

# YARGI BAĞIMSIZLIĞI VE TARAFSIZLIĞINA İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN TÜRK HUKUKU VE ROMA ÖZEL YARGILAMA SİSTEMİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ\*

Ahmet KARAKOCALI\*\*

## Özet

Adâlet temeline dayanan bir hukuk sisteminde, kanun koyucular tarafından getirilen kurallar gereği gibi uygulanmaz ve hukuk kurallarına aykırı davranışlar denetlenmezse, hukukun âdil olup olmadığı sorgulanmaya başlanır. Günümüzde olduğu gibi Roma İmparatorluğu döneminde de böyle bir denetimin yargılama hukuku kuralları ve yargı organları aracılığı ile yapılabileceği kabul edilerek, günümüzde hâkim, Romalılar'da ise *iudex* olarak adlandırılan kişiler uyuşmazlıkların çözümünde görevli ve yetkili kılınmıştır.

Bu çalışmanın amacı Roma devletinin kuruluşundan itibaren karşımıza çıkan özel yargılama sisteminin genel özellikleri ve geçirdiği değişiklikler, Roma'da hâkimlerin (*iudex*) seçilmesi, atanması ve nitelikleri gibi konu başlıkları etrafında, günümüzdeki anlamıyla yargının bağımsızlığının ve tarafsızlığının Roma yargısı bakımından değerlendirilmesidir. Böylelikle doğrudan olmasa dahi dolaylı yoldan hâkimlerin (*iudex*) tarafsızlığına ve yargının bağımsızlığına ilişkin olduğu kabul edilen Roma hukuku kuralları ile hukuk sistemimizde hâkimlerin tarafsızlığına ve yargının bağımsızlığına ilişkin olarak getirilen kuralları karşılaştırmak ve bazı sonuçlar çıkarmak mümkün olacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Roma hukuku, Türk hukuku, yargı, yargının bağımsızlığı, hâkimin tarafsızlığı.

---

\* Bu çalışma, 24.10.2015 tarihinde gerçekleştirilen “Hukukun Geleceğine Genç Bakış Sempozyumu”nda tebliğ olarak sunulmuş ve gelen eleştirilen doğrultusunda makale haline getirilmiştir.

\*\* Yrd. Doç. Dr., Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Roma Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-mail: akarakocali@anadolu.tr

## EVALUATION OF THE REGULATIONS FOR JUDICIAL INDEPENDENCE AND IMPARTIALITY IN TERMS OF TURKISH LAW AND ROMAN PRIVATE TRIAL SYSTEM

### Abstract

If the law should not be applied as the rules introduced by legislators and behavior contrary to the rules of law are not controlled in a legal system which is based on justice, then the question whether the law is fair comes to the mind. During the Roman Empire, it was assumed that such control could be possible by means of procedural law rules and judicial bodies as it is today, and at the present time judge who was called as iudex by Romans is assigned and authorized for the resolution of disputes.

The aim of this study is to evaluate independence and impartiality of the judiciary, as it means today, in terms of Roman justice and around topics such as general features and changes of the private trial system which applied from the founding of the Roman state, selection appointment and qualifications of judges (iudex) in Rome. Thus Roman law rules which are indirectly considered to be related to judges' (iudex) impartiality and judicial independence would be compared with the rules of our legal system related to judicial independence and would be able to draw some conclusions.

**Keywords:** Roman law, Turkish law, judiciary, the independence of the judiciary, impartiality of the judge.

### GİRİŞ

Türk hukukunda, Anayasa'nın 140. maddesinin başlığı "Hâkimlik ve Savcılık Mesleği"dir. Aynı maddenin ikinci fıkrası "Hâkimler, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre görev ifa ederler" şeklinde belirtmektedir. Hâkimin bağımsız olması, hiç bir organ, makam, merci veya kişinin, yargı yetkisinin kullanılmasında hâkimlere

emir ve talimat verememesini, tavsiye ve telkinde bulunamamasını ifade eder. Bu durum kuvvetler ayrılığı ilkesi kapsamında yargının, yasama ve yürütmeden bağımsız olmasının bir sonucudur ve aynı zamanda hâkimin, adâletin sağlanması görevini gereği gibi yapabilmesi için bu kural getirilmiştir.

Yargının bağımsızlığı, sadece yargısal kararlar alırken hâkimlerin baskı ve etki altında kalmamaları şeklinde dar bir alanda kabul edilmemelidir. Yargısal olsun olmasın bir meslek olarak hâkimliğin gereği gibi yapılmasını etkileyen her türlü konuda hâkimlerin etki ve baskı altında olmaması şeklinde geniş bir alan içinde değerlendirmek gereklidir. Diğer taraftan bağımsız olamayan yargının tarafsızlığından da söz edilemez.

Roma hukukunda ise Roma hukukçularının, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı üzerine, varsa bile, teorik çalışmalarının günümüze kadar ulaşmadığını belirtebiliriz. Temelde bireyi ve bireyin ihtiyaçlarını dikkate alarak teorisinden ziyade uygulamasına odaklı bir biçimde hukuku ele alan Roma hukukçularının, yargılamaya ilişkin getirilen kurullarla dolaylı olarak günümüzdeki anlamı ile yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığını sağlamaya çalıştıkları görülmektedir. Roma yargılama hukukunda karşımıza çıkan bu düzenlemelerin hukuk sistemimizdeki düzenlemelerle birlikte değerlendirilmesi ile bazı sonuçlara varmak mümkün olacaktır.

Bu değerlendirmeyi günümüzden farklı özelliklere sahip olan ve Roma yargılama hukukunda en uzun süre ile yer edinen özel yargılama sistemi içerisindeki düzenlemeleri dikkate alarak yapmak, yargıya, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığına farklı açılardan bakmayı sağlayacaktır.

## **I. “YARGININ BAĞIMSIZLIĞI VE HÂKİM TARAFSIZLIĞI” - TÜRK HUKUKUNDAKİ YERİ**

### **A- Genel Olarak Yargı Bağımsızlığı**

Hâkimler, önlerine gelen uyuşmazlıkların çözümünde hukuk düzeninin çizdiği sınırlar içerisinde hukuka ve adâlete uygun şekilde karar

vermelidir. Başka bir ifade ile “hâkimin tek efendisi hukuk” olmalıdır<sup>1</sup>. Hâkimlerin hukuk düzeninin belirlediği kurallara göre karar vermelerini etkileyecek olan ya da baskı altında hissetmelerine neden olan her türlü olumsuz müdahalelere karşı korunmaları gerekmektedir. Olumsuzluğun kaynağı devlet içerisinde ve yargı organları dışındaki kişi, örgüt, organ veya makamlar olabilir. O halde devlet içerisinde yasama ve yürütme organlarının yanı sıra, siyasal partiler, sivil toplum örgütleri, medya, davanın tarafları veya davayla ilgili herhangi bir menfaati olan kişiler de etki, baskı ve müdahale kaynağı olabilirler. Ancak hâkimlerin maruz kaldıkları etki, baskı veya müdahalelerin kaynağı meslektaşları veya çeşitli yönlerden bağlı oldukları kurulları da olabilir<sup>2</sup>. Yargının bağımsızlığına yönelik iç ve dış kaynakların sayısının fazla olması, etki, baskı ve müdahalelerden tam olarak korunmasının her zaman mümkün olmadığını ortaya koymaktadır<sup>3</sup>.

Hâkim olarak atanan bir kişinin herhangi bir güce veya iktidara bağlı kalarak görev yapması düşünülemez<sup>4</sup>. Bu nedenle yargının bağımsız olması anayasal metinlerin temel konularından biridir ve bu düzenlemeler hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı ilkeleri ile sıkı ilişki içerisinde. Zira temel hak ve özgürlüklerin güvencesi yargı olduğu için, yargının bağımsızlığının hukuk devleti ile sıkı ilişki içerisinde olduğu anlaşılabilir. Diğer taraftan hukukun bekçisi olan yargının görevlerini yasama ve yürütme organlarından bağımsız, ayrı bir organ olarak yerine getirmesi

---

<sup>1</sup> **Barak, A.**, The Judge in a Democracy , Princeton University Press, Princeton, 2008, s. 78.

<sup>2</sup> Hâkimin kararını etkileyen faktörler için bkz., **Boran Güneysu, N.**, Medeni Usul Hukukunda Karar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 58-68.

<sup>3</sup> **Göneç, L.**, Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, TEPAV Anayasal Çalışma Metinleri, 2011, s. 2. ([http://www.tepav.org.tr/upload/files/1299851562-0.Yarginin\\_Bagimsizligi\\_ve\\_Tarafsizligi.pdf](http://www.tepav.org.tr/upload/files/1299851562-0.Yarginin_Bagimsizligi_ve_Tarafsizligi.pdf)\_Erişim Tarihi: 13.09.2015)

<sup>4</sup> 1994 tarihli "Avrupa Konseyi, Hâkimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Rolü Konusunda Tavsiye Kararı, 1. İlke, 2.d

gerekir ki, bunu sağlayan anayasal düzenleme ise kuvvetler ayrılığı ilkesidir<sup>5</sup>.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasalarına baktığımızda, tamamında yargı bağımsızlığına ilişkin hükümlerin yer aldığı görülür. Ancak yargının bağımsızlığına ilişkin güvenceler 1924 Anayasası'nda yeterince sağlanamamış ve kağıt üzerinde kalmıştır. 1961 Anayasası'nda, yargı bağımsızlığı için getirilen güvenceler artırılmış, kurulan Anayasa Mahkemesi tarafından kanunların yargısal denetim mekanizması oluşturulmuştur. Bu güvenceler 1982 Anayasası ile varlığını korumuştur.

### **B- Uygunsuz Müdahaleler**

Teorik olarak yargı bağımsızlığının, yargının her türlü etki, baskı ve müdahalelerden korunması ile gerçekleşeceğini ifade etmek mümkündür. Ancak bunun tam olarak gerçekleşmesinin mümkün olmadığını da ifade etmek gerekir. Dolayısıyla yargının bağımsızlığında asıl olan, yargının her türlü etki ve müdahalelerden değil, uygunsuz etki ve müdahalelere karşı korunmasıdır. Uygunsuz müdahale ile kastedilen hâkimin karar verme kapasitesini zaafa uğratan etki ve müdahalelerdir<sup>6</sup>. Bunun hukuk sistemimiz bakımından en sık görülen örneği yasama ve yürütme organının hukuk düzeninin verdiği yetki ile yargıyı etki ve baskı altına alma çabaları veya mahkemelerin yapısına, işleyişine ve oluşumuna yönelik müdahalelerde bulunmalarıdır. Gerek mahkemelerin gerekse de bağlı oldukları kurulların yapısı, işleyişi, üyelerin belirlenmesi, niteliklerinin farklılaştırılması ve sayılarının arttırılması gibi konularda yeni düzenlemeler görünüşteki amacın arkasına gizlenen amaçlarla ve rahatlıkla yapılabilmektedir.

<sup>5</sup> Yargı bağımsızlığının sadece anayasaların temel konularından biri olmadığını da belirtmek gerekir. 1985 tarihli "Birleşmiş Milletler, Yargı Bağımsızlığının Temel İlkeleri", 1994 tarihli "Avrupa Konseyi, Hâkimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Rolü Konusunda Tavsiye Kararı", 2007 tarihli "Venedik Komisyonu, Yargısal Atamalar Raporu" 2010 tarihli "Venedik Komisyonu, Yargıçların Bağımsızlığı Raporu" gibi uluslararası belgelerde de özel olarak ele alınan konulardandır.

<sup>6</sup> Gönenç, s. 3.

### C- Hâkimin Tarafsızlığı ve Yargı Bağımsızlığı İle Olan İlişkisi

Yargının bağımsızlığı ile birlikte öne çıkan bir diğer ilke ise "hâkimin tarafsızlığı"dır<sup>7</sup>. Bağımsızlık kavramı yargının geneli ile ilişkilendirilebilir iken tarafsızlık daha ziyade yargılama faaliyetini gerçekleştiren hâkim ile ilişkilendirilebilir. Zira tarafsızlık, bağımsız hâkimin kararını verirken hukuk ve adâletle kendisini sınırlandırması, değer yargılarını, siyasi-ideolojik eğilimlerini dikkate almaksızın karar vermesidir. Bağımsız olmayan yargının tarafsız olması da beklenemez. Bu nedenle yargı bağımsızlığı ve hâkimin tarafsızlığı birbirinden ayrı düşünülemeyen iki ilkedir. Bu anlamda bağımsızlık, tarafsızlığın ön şartı olarak da kabul edilebilir.

Bağımsızlık ve tarafsızlık arasındaki sıkı ilişki gereği, anayasal düzenlemelerde yargı bağımsızlığına ilişkin hükümler varsa en azından yasal düzenlemelerde hâkimin tarafsızlığına ilişkin güvencelerin de yer alması gerektiği kolayca anlaşılabilir. Nitekim hâkimin davaya bakmaktan yasaklı olması veya reddi bu düzenlemelerin başında gelir.

Hâkimin tarafsızlığı yahut hukuk düzeninin çizdiği sınırların dışına çıkarak karar alması ise sorumluluk konusunu karşımıza çıkaracaktır. "Ceza hukuku alanında", "özel hukuk alanında" ve "disiplin hukukunda" hâkimin sorumluluğu söz konusu olabilir.

### D- Yargının Bağımsızlığına İlişkin Düzenlemeler

Bireylerin yargıya bağımsızlık ve tarafsızlık anlamında duydukları güven ne kadar fazla olursa hukukun varlık nedenleri de meşruiyet kazanmış olur. Aksi halde bireylerin hukuk devletine olan inançları

<sup>7</sup> "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 6. madde kapsamında hâkimin tarafsızlığına ilişkin önemli kararlar vermiştir. Mahkeme kararlarında tarafsızlığın biri objektif diğeri ise subjektif tarafsızlık olarak nitelendirilen iki çeşidinden bahsedilmektedir. Subjektif tarafsızlıkta, belirli bir davada hâkimin kişisel fikri/kanaati araştırılmakta iken objektif tarafsızlıkta hâkimin dava hakkındaki tarafsızlığını kaybedecek işlemler yapıp yapmadığına bakılır." **Güneysu, G.**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Hâkimin Tarafsızlığı, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, 2012, s. 78-79.

azalacaktır. Dolayısıyla bağımsızlık ve tarafsızlık hukuk devleti bakımından önem taşıyan iki kavramdır<sup>8</sup>.

Yargı bağımsızlığı açısından hâkimlere ilişkin aşağıdaki düzenlemeler büyük önem taşır; hâkim adaylarının nitelikleri, hâkimlerin atanması ve yükseltilmesi, hâkimlerin tayinleri ve nakilleri, hâkimlerin disiplin işleri, görevden uzaklaştırmaları, görevden alınmaları, hâkimlerin görev süresi ve özlük hakları.

Türk hukuk sisteminde yargının bağımsızlığına ilişkin bazı düzenlemeleri kısaca değerlendirecek;

Türkiye'de hâkimlerin mesleğe girişlerinde bürokratik model<sup>9</sup> ve doğrudan atama sistemi<sup>10</sup> uygulanmaktadır. Bürokratik modelde ve doğrudan atama sisteminde, yargının çeşitli açılardan devlet bürokrasisinden tamamen bağımsız olduğu düşünülemez<sup>11</sup>. Zira hâkim adaylarının seçilmesi ve atanmasında bürokratik iki aşama söz konusudur. Seçim işlemi bakımından ÖSYM yazılı sınavı ve sonrasındaki mülakat kurulu, atanma bakımından Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) yetkilidir. Bu konulardaki eleştirilerin kaynağı mülakat kurulunun oluşumu<sup>12</sup> ve HSYK'nın yapısına ilişkindir<sup>13</sup>.

<sup>8</sup> Gönenç, s. 9.

<sup>9</sup> Anglo-Sakson modeli olarak da bilinen profesyonel modelde, yargıçlar hukuk alanında çalışan profesyoneller arasından seçilir.

<sup>10</sup> “Seçim sisteminde yargıçlar ya doğrudan halk tarafından veya halk iradesini temsil eden parlamentolar tarafından seçilir. Örneğin İsviçre’de seçim sisteminin bu iki versiyonu da kullanılmaktadır. Bu ülkede yargıçlar federe devletler düzeyinde doğrudan halk tarafından, federal devlet düzeyinde de ise parlamento tarafından seçilmektedir. Yargıçların doğrudan halk tarafından seçilmesi yöntemi dünyada çok az tercih edilen bir yöntemdir.” Seçim yöntemleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için, bkz., Ünver, Y., Yargı Bağımsızlığı Açısından Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, İÜHFM, Cilt no 53, Sayı no 1-4, Yıl 1988-1990, s. 155 vd.

<sup>11</sup> Gönenç, s. 15.

<sup>12</sup> Toplam yedi üyesi bulunan Mülakat Kurulunun oluşumu şöyledir: Adalet Bakanlığı Müsteşarı veya görevlendireceği Müsteşar Yardımcısı (başkan), Teftiş Kurulu Başkanı, Ceza işleri, Hukuk işleri ve Personel Genel Müdürleri ile Türkiye Adalet Akademisi Yönetim Kurulunun her sınav için kendi üyeleri arasından belirleyeceği iki üye.

Türkiye’de hâkimlerin yükseltilmesinde, Hâkim ve Savcıların Derece Yükselmesi Esaslarına İlişkin Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu İlke Kararı<sup>14</sup> belirleyicidir. Bu kararda yükselme esaslarının yer aldığı 6 ncı maddesine göre; “a) Ahlakî gidişleri, b) Meslekî bilgi ve anlayışları, c) Gayret ve çalışkanlıkları, d) Gördükleri işlerin birikmesine sebep olup olmadıkları, e) Çıkardıkları işlerin miktar ve mahiyetleri, f) Göreve bağlılıkları ve devamları, g) Üst merciler ve müfettişlerce haklarında düzenlenen performans değerlendirme ve geliştirme formları, hâl kâğıtları ve sicil fişleri, h) Kanun yolu incelemesinden geçen işleri, i) Örnek karar ve mütalaaları ve varsa meslekî eser ve yazıları ile genel sicil durumları” göz önünde tutularak yükselmeye layık olup olmadıklarına karar verilir. Bu uygulama özellikle yargı bağımsızlığının bir iç tehdidi olarak eleştirilebilir. Diğer taraftan bir hâkim liyakat esasına göre başarılı olduğu için değil de siyasal iktidara yakın olduğu için terfi alabilir.

Türk hukukunda hâkimlerin coğrafi yer teminatı<sup>15</sup> söz konusu değildir. Tayin ve nakil hâkimler üzerinde baskı kurmak için kullanılabilir. Bu durumda, tayin ve nakil konusunda yetkili makam hâkimler üzerinde baskı kurmak için "iyi yerlere tayin ve nakil" vaadini kullanabilir.

2010 yılı değişikliği sonrasında Anayasa’nın 144. ve 159. maddesinde hâkimlerin ve savcılarının denetiminin HSYK’ya bırakılması ve HSYK’ya bağlı müfettişler eliyle yapılacağı öngörülmesi olumlu

---

<sup>13</sup> "Mülakat Kurulu"nun Adalet Bakanlığının kontrolünde olması ve yargıçların mesleğe kabul işlemlerinin yapan HSYK’da Adalet Bakanı ve Adalet Bakanlığı Müsteşarı’nın yer alması uluslararası standartlara uygun olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir (Avrupa Birliği Komisyonu, İstişari Ziyaret Raporu, IV, 2008, 2.12.1.).

<sup>14</sup> Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, 30.09.2011 tarihli ve 282/1 nolu karar

<sup>15</sup> Yani yargıçların kendi istekleri dışında, yer ve görevlerinin değiştirilemeyeceği esastır. Türkiye’de 1961 Anayasası’nda yargıçlar için "coğrafi güvence"ye yer verilmiş, ancak 1972 yılında 2556 sayılı "Hâkimler Kanunu"nda yapılan değişiklikle bu uygulama kaldırılmış ve "bölge sistemi"ne geçilmiştir. Coğrafi güvence sistemi yerine bölge sistemine geçilmesi, yargı bağımsızlığına ters düştüğü gerekçesiyle literatürde eleştirilmiştir **Özen, M.**, Yargı Bağımsızlığını Zedeleyen Düzenleme, Uygulamalar ve Bağımsızlığı Sağlamaya Yönelik Çözüm Önerileri, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 68, Sayı no 2010/1, s. 47.



görülebilir. Ancak Adâlet Bakanı halen kurulun başkanı ve üyesidir ve kurulun yönetim ve temsil yetkisi ona aittir. Dolayısıyla, görünüşte Kurula bağlanan adâlet müfettişleri, Adalet Bakanı Kurulun başkanı olduğu için fiilen yine Adalet Bakanlığı'na bağlı çalışacaklardır<sup>16</sup>.

Son olarak, hâkimler keyfi biçimde görevden alınamamalı veya görevden uzaklaştırılamamalıdır. 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda yargıçların görevden uzaklaştırılamaması ve görevden alınamamasına ilişkin güvenceler 139. maddede düzenlenmiştir: "Hâkimler ve savcılar azlolunamaz, kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamaz; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamaz."

## **II. ROMA ÖZEL YARGILAMA SİSTEMİNDE YARGI BAĞIMSIZLIĞI VE TARAFSIZLIĞINI SAĞLAYAN DÜZENLEMELER**

### **A- Genel Olarak**

Bu konu başlığı altında öncelikle belirtilmesi gereken Roma hukukunda yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı üzerine Roma hukukçularının özel olarak günümüze kadar ulaşan çalışmalarının bulunmadığıdır. Bu durum Roma hukukunun günümüze kadar ulaşan bilgi kaynaklarının sayısının yetersiz olması ile açıklanabilir. Ancak Roma hukukçularının yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığını sağlamaya yönelik düzenlemeleri getirmedikleri anlamına da gelmez. Bilindiği üzere Roma hukuku, hak ve dava kavramları arasındaki sıkı ilişkinin neticesinde davalar sistemi olarak da adlandırılır ve Roma hukukçuları, temelde bireyi ve bireyin ihtiyaçlarını dikkate alarak teorisinden ziyade uygulamasına odaklı bir biçimde hukuku ele almışlardır. Bu anlamda daha çok teorik olarak yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı kavramları üzerinde çalışmış olmaları beklenmese de aşağıda görüleceği üzere, yargılama hukukuna ilişkin düzenlemelerde günümüzdeki anlamı ile yargı bağımsızlığı ve

---

<sup>16</sup> Gönenç, s.22.

tarafsızlığının dolaylı olarak ve kısmen sağlandığı kabul edilebilir. Bu düzenlemelerden bahsetmeden önce Roma özel yargılama sistemini kalın çizgilerle ve yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusu ile ilgili olduğu ölçüde sınırlayarak açıklamak gerekir.

Sistem dışı yargılamada ise, her alanda mutlak otorite ve en üst yargı organı olan imparatorun alınan yetki ile hâkim sıfatına sahip olunması, yargının imparatorun tekelinde olduğunun açık bir göstergesidir. Kanımızca, sahip oldukları yetkiyi imparator adına kullandıklarının ve onun otoritesine uygun bir adâletin sağlanması görevini yerine getirdiklerinin farkında olarak yargılama yapan hâkimlerin bağımsız olduklarından söz edilmesi mümkün değildi. Yargılama yapan hâkimi baskı altına alan, imparatorun tekeli yaklaşımına ve onun otoritesine aykırı kararlar almama çabasıdır. Hukuk eğitimi almamış olan sistem dışı yargılama hâkimlerinin, hukukun üstünlüğü ilkesini, imparatorun üstünlüğü şeklinde algılamış olmaları, yargıda devlete bağlılığın aşırı bir biçimde uygulanmasını ortaya çıkarmıştır. Dolayısıyla sadece hâkimin değil, aynı zamanda yargının da bağımsızlığından söz edilemezdi.

### **B- Roma Özel Yargılama Sistemi ve Özellikle Formula Usulü**

Romalılar değişen ihtiyaçlar karşısında farklı yargılama sistemlerini uygulamıştır. Roma hukukunda geçerli ilk yargılama sistemi özel yargılama sistemi olup bu yargılama sisteminin, yasal davalar (*legis actiones*) ve *formula* yargılaması olarak adlandırılan iki farklı çeşidi vardı. Bir diğer yargılama sistemi ise Roma İmparatorluğu'nun son dönemlerinde yürürlükte olan sistem dışı yargılamadır<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> Sistem dışı yargılamada devlet, taraflar arasında ortaya çıkan uyuşmazlığa kendi organları aracılığıyla doğrudan müdahale ediyordu. Bu sistemde yargılama faaliyetinin kamusal niteliğinin ön plana çıkmıştır. Zaman içinde birbirlerinin yerini alan bu yargılama sistemleri, Roma usûl hukukunda katı şekilcilik anlayışının yerini daha esnek kurallara bıraktığının bir göstergesi olmuştur. Iustinianus zamanında, tüm davalar *extra ordinem* usûlle görülmüş ve Iustinianus özel yargılama sisteminin bir hatradan ibaret kaldığını belirtmiştir. Iust. Inst. 4.18.8., **Küçükgüngör, E.**, Roma Özel Hukukunda Delil ve İspat, Ali Bozer'e Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1998, s. 477.

Roma hukukunun ilk yargılama sistemi yani özel yargılama sistemi, tam olarak hangi tarihten itibaren uygulanmaya başladığı bilinmemekle birlikte, Roma'nın en eski dönemlerinden M.S. 342 yılına kadar geçerli olan yargılama sistemi olarak kabul edilir. Bu sistemin en belirgin özellikleri, iki aşamalık, tarafların iradesinin egemen olması ve uyuşmazlıkların özel kişiler aracılığıyla çözülmesiydi<sup>18</sup>. Zaten sisteme ismini veren özelliği de yargılama yaparak uyuşmazlığın çözümü ile ilgili karar veren hâkimin, özel kişi veya kişiler olmasıydı.

Özel yargılama sisteminin M.S. 342 yılına kadar kendi içinde iki farklı yargılama şekli geçerli olmuştur. Bunlardan ilki, M.Ö. 17 yılına kadar devam etmiş olan yasal davalar (*legis actiones*) yargılaması<sup>19</sup>, diğeri ise M.Ö. 17'den M.S. 342 yılına kadar geçerli olan *formula* yargılamasıdır.

En ufak hataya bile tahammülünün olmaması nedeniyle yasal davalar (*legis actiones*) usûlünün itibarı ve uygulaması zamanla önemli derecede azalmış ve bu sistem yerini *Aebutia* ve *Julia* Kanunları ile *formula* usûlüne bırakmıştır<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> **Watson, A.**, Ancient Law and Modern Understanding, The Universty of Georgia Press, Athens, 1998, s. 91.

<sup>19</sup> Yasal davalar (*legis actiones*) yargılaması, Roma usûl hukukunun en eski yargılama sistemi olarak, Krallık döneminin ortalarından M.Ö. 17 yılında çıkarılan “*Lex Julia de Iudiciis Privatis*” adlı kanuna kadar geçerli olmuştur. Burada, bazı davalar yasal davalar (*legis actiones*) yargılamasında yer alan dava kalıpları içinde görüldü. Genel olarak bu sistem, tarafların *magistra* önünde şekle tabi bir merasimi gerçekleştirmelerini gerektirirdi. Roma hukukunun en eski yargılama sistemi olan *legis actio* usûlünün bu katı şekilcilik anlayışında etkili olan *ius civile* ve özellikle örf ve âdetlerdi. Başlangıçta örf ve âdet kuralları tarafından meydana getirilmiş olan bu şekilcilik zamanla kanunlarla belirlenmiş ve bu nedenle *legis actiones* yani yasal dava kalıpları olarak adlandırılmışlardır. **Di Marzo, S.**, Roma Hukuku, Çev. Ziya Umur, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1959, s. 112.

<sup>20</sup> Yasal davalar (*legis actiones*) yargılamasından *praetor*'ların geliştirdiği *formula* yargılmasına geçiş birdenbire olmamıştır. Öncelikle M.Ö. 110 yılında çıkarılmış *Lex Aebutia* adlı kanun ile *formula* yargılmasının tarafların isteğine bağlı olarak uygulanabilirliği kabul edilmiş ve bu düzenleme sonrasında yaygın olarak tercih edilen yargılama usûlü olması sağlanmıştır. **Umur, Z.**, Roma Hukuku Lügatı, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1983, s.112.

*Formula* usûlünde katı bir şekilcilik anlayışının yerini, yazılı belgelere dayanan daha esnek ve daha az şekilci bir anlayış almıştır<sup>21</sup>. *Formula* usûlü, yasal davalar (*legis actiones*) usûlünde bulunmaması eksiklik olarak nitelendirilebilen özelliklere sahip bir yargılama sistemi olarak, kısa bir geçiş döneminden sonra, M.Ö. 17 yılında “*Lex Julia de Iudiciis Privatis*” ile yasal davalar yargılamasının yerini almıştır<sup>22</sup>.

Klasik Hukuk Döneminin yargılama sistemi olan *formula* yargılaması, *formula*'nın hazırlanarak davanın belirlendiği ve sonrasında *magistra*'nın tarafları *iudex* olarak ifade edilen hâkime yönlendirdiği basit bir usûldür. *Formula* usûlünde de davalar iki aşamada görülürdü. *In iure* aşamasında, davacının iddiasına uygun olarak hazırlanan bir *formula*, davanın esasını oluştururdu. Davacının iddiasına uygun bir *formula*'nın bulunabilmesi, davacının iddiasında haklı dayanaklarının olmasına bağlıydı. Bu usûlde, *magistra*'lar tarafından hemen hemen her dava için ilgili olduğu uyuşmazlığa uygulanacak olan *formula*'lar oluşturulurdu. *Magistra*, sahip olduğu *denagare actionem* yetkisine dayanarak hakkının ihlal edildiğini ileri süren tarafa *iudex* denilen özel kişi hâkim önüne gitme olanağını tanımayabilir, başka bir ifade ile istenilen *formula*'yı hazırlamayabilirdi. Başvurusu reddedilen taraf, diğer bir *magistra*'ya gidebilir veya reddeden *magistra*'nın görev süresi olan bir yılın bitmesini

<sup>21</sup> Bu anlayış, sabit şekilciliğin karşısında ferdi durumlara uyarlanabilen *formula*'ların, içeriği hiçbir şekilde değişmeyen ve mutlaka sözlü bir şekilde seçilmesi gereken, sayısı sınırlı dava kalıplarının yerini alması ile karşımıza çıkardı. **Kocourek, A.**, The Formula Procedure of Roman Law, Virginia Law Review, Vol. 8, No. 6, 1922, s. 438

<sup>22</sup> “*Lex Lulia de Iudiciis Privatis*, Augustus zamanında çıkarılmış, bazı ufak istisnalarla *legis actio* usûlünü ortadan kaldırıp, *formula* usûlünün kullanılmasını yaygınlaştırarak, usûl hukukunu düzenleyen kanundur. Aynı yıl çıkarılan *Lex Lulia de Iudiciis Publicis* ile ceza yargılama usûlü düzenlenmekteydi. *Legis actio* usûlünden *formula* usûlüne geçişi sağlayan kanun ise *Lex Aebutia*'dır. Yaklaşık M.Ö. 110 yılında çıkarılan bu kanun ile, yabancılar *praetor*'unun uygulamaya başladığı *formula* usûlü şehir *praetor*'u tarafından da tarafların isteği üzerine uygulanmaya başlandı. Bu kanun *legis actio*'ları kaldıramamakla birlikte, *formula* usûlünün uygulanabilirliğini arttırmıştır.” **Umur**, Lügat, s. 114 ve 120; **Di Marzo**, s. 113.

bekleyerek yeni *magistra* önünde tekrar başvuruda bulunabilir, imparatorluk döneminde ise imparatora başvurabilirdi<sup>23</sup>.

*Apud iudicem* denilen yargılamanın ikinci aşamasında hâkim, aynı zamanda *formula* metnine bağlı kalarak tarafların iddialarını dinler ve yine *formula*'da belirtilen şartların gerçekleşip gerçekleşmemesine bağlı olarak mahkûmiyet ya da beraat kararı verirdi. Karardan (*sentantia*) sonra taraflar herhangi bir üst makama itirazda bulunamaz ve aynı uyuşmazlık konusunda dava açamazlardı (*Bis de aedem re ne sit actio*). Buna rağmen taraflar aynı konuda dava açmak istediklerinde *praetor*, davalıya kesin hüküm def'i (*exceptio iudicatae*) olanağı tanıyarak davayı reddederdi<sup>24</sup>.

M.S. 342 yılından sonra *formula* yargılama sisteminin “zararlı kelime oyunları” olarak nitelendirilerek<sup>25</sup> kaldırılmasıyla birlikte, Roma hukukunda *cognitio extra ordinem* usûlü yani sistem dışı yargılama geçerlilik kazanmıştır. Iustinianus zamanında, tüm davalar *extra ordinem* usûlle görülmüş ve Iustinianus, özel yargılama sisteminin bir hatıradan ibaret kaldığını belirtmiştir<sup>26</sup>.

## C- Özel Yargılama Sisteminde Hâkim (*Iudex*)

### 1- Genel Olarak

Roma'nın gelişim süreci içerisinde Krallık döneminde kral, Cumhuriyet döneminde *magistra* ve İmparatorluk dönemlerinde *princeps* veya imparator, her alanda olduğu gibi yargı işlerinde de en yetkili kişi veya makamlar olarak uyuşmazlıkların çözümü ile ilgili kararlar alırlardı<sup>27</sup>. Özel yargılama sistemi içerisinde hukuk davalarında karar verecek kişiler için kullanılan genel ifade *iudex*'dir ve yukarıda belirtilen kişi veya makamların her biri aynı zamanda *iudex* olarak nitelendirilirdi.

<sup>23</sup> Crook, J. A., Law and Life of Rome, Cornell University Press, New York, 1967, s. 76-77.

<sup>24</sup> Umur, Z., Roma Hukuku-Umumi Mefhumlar, Hakların Himayesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1970, s. 260,278-283; Di Marzo, s. 126-127.

<sup>25</sup>“*Iuris formulae aucupatione syllabarum insidiantes*” Bu ifade M.S. 342 yılında Constans ve Constantius tarafından çıkarılan bir emirnamede yer almaktadır. Iust. Cod. 2. 57.1

<sup>26</sup> Iust. Inst. 4.18.8.

<sup>27</sup> Declareuil, J., Rome The Law Giver, Alfred A. Knopf, New York, 1926, s. 62.

Ancak Roma'nın küçük bir şehir devletinden imparatorluğa doğru olan tarihsel gelişim sürecinde, sınırları genişlemiş ve dolayısıyla siyasi, idari ve toplumsal yapısı değişmiş, ihtiyaçlar farklılaşmış, nüfus ve uyumsuzlukların sayısı artmıştır. Buna bağlı olarak bu kişi veya makamlar, diğer işlerinin yanında yargılama işleri ile ilgilenemeyecek duruma gelmişler ve yargılamayı kendi adlarına yapacak özel kişilere bırakmışlardır.

## 2- Niteliğinin Belirlenmesi

Özel yargılama sisteminde yargılamanın ikinci aşaması olan *apud iudicem* aşamasında uyumsuzlukla ilgili kararı özel kişi hâkimler verirdi ve bu kişiler *iudex* olarak adlandırılırdı. Ancak zamanla, *iudex* ifadesinin öncesinde veya sonrasında kullanılan ilave kelimelerle, *iudex* şeklindeki genel ifadenin kapsamı daraltılmıştır<sup>28</sup>.

Genel bir ifade olmasına rağmen, *iudex* için bir tanım verilmesi oldukça güçtür. Zira bir tanımla aynı zamanda niteliği de belirlenmiş olacaktır. *Iudex*'in, modern hukukçuların eserlerinde resmi sıfatı olmayan özel kişi olarak davanın esası hakkında karar verecek tek kişilik bir jüri, resmi bir sığata sahip olmayan özel kişi, taraflar arasındaki uyumsuzluğun çözümü için başvurulmuş ve belirli bir uzmanlığa sahip olmayan bir hakem veya sadece davanın hâkimi şeklinde çeşitli nitelendirmelerinin yapıldığı görülür. Esasen özel bir hakem olduğu bununla birlikte hâkim olarak da kabul edilebileceği veya bir hâkim ve aynı zamanda jüri üyesi olarak ifade edilebileceği de modern Roma hukuku çalışmalarında yer almaktadır. Bizim de katıldığımız görüşe göre, *iudex*, günümüzdeki anlamı ile hâkim, hakem veya jüriye özgü bazı özelliklere sahip iken bazı özellikleri ise taşımamaktadır. Bu nedenle *iudex*, hâkim, hakem ve jüriye özgü bazı nitelikleri taşıyan, ancak bunlardan herhangi biri olarak

---

<sup>28</sup> *Iudex appellationis, Iudex competens, iudex datus, iudex delagatus, iudex ordinarius, iudex pedaneus, iudex specialis* gibi özel ifadelerin kullanıldığı görülür. **Berger, A.**, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Transactions of the American Philosophical Society, New Series, Vol. 43, No. 2, 1953, s. 518-519.

nitelendirilemeyen, Romalıların hukuk dehasının bir örneğini oluşturan yargı organı olarak kabul edilmelidir<sup>29</sup>.

### 3- Hâkim Olabilmek İçin Aranılan Özellikler

Roma hukukunda hâkimlik görevini yerine getirecek olan özel kişilerin belli özellikleri taşıması gerekirdi. Ancak, M.Ö. 1. yüzyıla kadar kimlerin hâkim olabileceği konusunda kesin bir kaynak veya kanun hükmü bulunmadığından, *magistra*'ların bu konuda uyguladıkları kuralların, geçerli kurallar olduğu kabul edilirdi<sup>30</sup>.

Uygulamada hâkim, toplumda belirli bir konuma gelmiş olan, hukukçu ve *sui iuris* olmaları gerekmeyen, ancak köle, kadın<sup>31</sup> ve yirmi beş yaşından<sup>32</sup> küçük altmış yaşından büyük olmayan, özgür doğmuş Roma vatandaşları arasından uyuşmazlığı çözecek olan özel kişi olarak seçilirdi. Bu kişilerin aynı zamanda sağır (*surdi*), dilsiz (*muti*) ve akıl hastası (*furiosi*) olmamak gibi bazı fiziksel ve zihinsel engellerinin bulunmaması da aranırdı. Ayrıca M.Ö. 122 yılında, *Lex Acilia Repetundarum* adlı kanun gereğince mahkûm edilmiş bir kimsenin herhangi bir mahkemede hâkim olarak davalara bakması da yasaklanmıştır. Senato'dan ihraç edilen bir kimsenin yargılama yapması da engellenmiştir<sup>33</sup>.

M.S. 73-74 yıllarında çıkarılan *Lex Imitana* adlı kanunla Roma usûl hukuku alanında önemli düzenlemeler yapılmıştır. *Magistra*'ların yargısal faaliyetleri ve mahkemeler gibi usûl hukukunu ilgilendiren birçok temel

<sup>29</sup> Bu görüşler için bkz. **Karakocalı, A.**, Roma Hukukunda Hâkim ve Sorumluluğu, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 56-57.

<sup>30</sup> **Karadeniz Çelebican, Ö.**, Roma Hukuku-Tarihi Giriş, Kaynaklar, Umumi Mefhumlar, Hakların Himayesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 285.

<sup>31</sup> Kadınlar ve köleler ise yargılama yetileri olmadığından değil, örf ve âdet gereği toplumsal görevleri yerine getiremeyecekleri kabul edildiği için yargılama yapamazlar. Dig. 5.1.12.2

<sup>32</sup> Augustus döneminden sonra yirmi beş, öncesinde ise otuz yaşından küçük olanların hâkim olamayacağı kuralı geçerli idi. **Hunter, A.W.**, A Systematic and Historical Exposition of Roman Law In the Order of a Code, Sweet and Maxwell Ltd., London, 1920, s. 46.

<sup>33</sup> Dig. 5.1.12.2

kavram ve organla ilgili bu yeni düzenlemelerde hâkim olabilecek kişilerin ayrıca belirli bir malvarlığına sahip olması ve en az beşbin sesterz<sup>34</sup> değerinde bir malvarlığını kontrol ediyor olması aranmıştır<sup>35</sup>.

M.Ö. 1. yüzyılın başlarından itibaren, seçilecek hâkimlerin kimler olabileceği, *album iudicum* denilen liste ile düzenlenmiştir. Beyaz bir levha üzerine her yıl yenilenmek üzere isimleri yazılan hâkim olabilecekler listesini ilk zamanlar *consul* hazırlarken, daha sonra *ensor* ve *praetor urbanus*'lar hazırlamışlardır<sup>36</sup>. M.Ö. 17 yılında ise imparator Augustus, bu listeyi sadece imparatorların düzenleyeceği kuralını getirmiştir<sup>37</sup>. Hâkim olabilecekler listesinde farklı dönemlerde farklı sayıda hâkimin yer aldığı görülmüştür<sup>38</sup>.

İlk zamanlarda Roma hukukunun üzerinde dinsel kuralların etkili olmasından dolayı, hâkimler, rahip hukukçular arasından seçilirdi. Zamanla dinin, hukuk üzerindeki etkisinin azalması ve hukukçuluğun rahiplerin tekelden çıkması sonucunda *tribuni aerarii*, *senatus* ve şövalye sınıfından olanların hâkim olarak seçilebilecekleri kuralı yerleşmiştir. *Album iudicum* denilen listede toplumun üst sınıfından olanlar ve özellikle senatörler yer alırdı<sup>39</sup>.

<sup>34</sup> Latince *sestertius* olarak yazılan Roma para birimidir.

<sup>35</sup> Bu kanun 1981 yılında İspanya'da keşfedilmiştir. Bu nedenle uzun yıllar boyunca üzerinde çalışılan ve yorumlanan bir kanun olmamakla birlikte, M.S. 1. yüzyıl ve sonrası Roma usûl hukukunu aydınlatan önemli bir kaynaktır. **Johnston, D.**, Three Thoughts on Roman Private Law and the Lex Irnitana, The Journal of Roman Studies, Vol. 77, 1987, s. 62; **Rodger, A.**, The Lex Irnitana and Procedure in the Civil Courts, The Journal of Roman Studies, Vol. 81, 1991, s. 74.

<sup>36</sup> **Berger**, s. 359.

<sup>37</sup> **Karadeniz Çelebican**, s. 285.

<sup>38</sup> *Lex Acilia* adlı kanuna uygun olarak M.Ö. 122 yılında dört yüz elli hâkim, Hâkim listesinde yer alabileceklerin sayısı daha sonra *Lex Livia* ile altı yüz, *Lex Plautia* ile beş yüz yirmi beş, Cicero zamanında sekiz yüz elli olarak değişmiştir. **Hunter**, s. 46.

<sup>39</sup> Augustus, *Lex Aurelia* ile hâkim olabilecekler arasına yeni bir sınıf daha eklemiştir. İtalya'da yaşayan, Roma vatandaşı ve en az 200 sesterz değerinde malvarlığına sahip olan bu sınıf *ducenarii* olarak adlandırılırdı. Ancak bu kişiler daha basit davalar için seçilebilirlerdi. Augustus bu kişileri hâkim listesine dâhil ederek, ilk üç sınıftan olanların hâkim olabileceği davaları ve dolayısıyla yükümlülüklerini hafifletmek istemiştir. Caligula zamanında bu listeye bir sınıf daha eklenmiştir. Listenin bu şekilde



Roma hukukunda *iudex*'ler ile ilgili belki de en çok dikkat çeken husus Roma hukukunun geçerli olduğu bin yılı aşkın süre içerisinde belirli bir hukuk uzmanlığına sahip olmayan bu kişilerin, hâkim sıfatı ile yargılama sistemi içerisinde yer almalarıdır. Yargılamada önemli bir fonksiyona sahip olmalarına rağmen bu kişilerin hukuk bilgisine sahip olmaları şartı aranmamıştır. Ayrıca, Roma hukuku içerisinde bu durum büyük bir eksiklik olarak görülmemiş ve herhangi bir değişiklikte yapılmamıştır<sup>40</sup>.

#### 4- Hâkimlerin Seçilmesi ve Atanması

Roma hukukunda hâkimin seçimi ve atanması iki farklı işlem olarak kabul edilirdi. Hâkimi atayanın *magistra* olduğu kesindir. Seçim ise, atamadan önce taraflarca yapılan bir işlemdi. Seçim işleminde *sortitio* adı verilen kura yolu ile hâkimin belirlenmesi genel yöntem olarak uygulanmıştır<sup>41</sup>.

Taraflar davayı görececek olan hâkimi *album iudicium*'dan *sortitio* yani kura yolu ile seçebilecekleri gibi listede ismi olmayan bir kişi üzerinde de anlaşılabilirlerdi<sup>42</sup>. Ayrıca alternatif bir yol olarak *editio* yolu ile yani taraflardan birisinin, diğer taraf kabul edinceye kadar bu listeden isim teklifinde bulunması şeklinde gerçekleşirdi. Listedeki seçim yapılmaz yahut listede olmayan bir kişi üzerinde taraflar uzlaşma sağlayamazlarsa, listede yer alan son isim üzerinde anlaşmaları kabul edilirdi<sup>43</sup>. Daha sonraki dönemlerde ise *sortitio* yöntemi ile hâkimin

---

genişlemesine ve sayının artmasına rağmen üst sınıftan kişilerin hâkim olarak seçilebileceği kuralı devam etmiştir. **Kaser, M.**, Roman Private Law, Çev. Rolf Danenbring, Butterworths&Co. Ltd., London, 1968, s. 343; **Kelly, J M.**, Roman Litigation, Clarendon Press, Oxford, 1966, s. 102.

<sup>40</sup> **Johnston**, s. 125.

<sup>41</sup> **Kaser**, s. 342.

<sup>42</sup> Hukuk davaları ile ceza davaları hâkimlerinin seçilmesi işleminin M.Ö. 123 yılından Augustus dönemine kadar aynı şekilde olup olmadığı kesin olarak söylenemez. Ancak hukuk davaları bakımından tarafların liste dışından hâkim seçebildikleri kesindir. **Hunter**, s. 46-47.

<sup>43</sup> **Karadeniz Çelebican**, s. 286.

seçimi konusunda tarafların uzlaşmamaları durumunda *magistra*, kura yolu ile hâkimi belirlemiştir<sup>44</sup>.

İlk imparatorluk döneminde de listeden seçim işlemi devam etmiş fakat bir süre sonra imparator, hukuku tekeline geçirince M.S. 3. yüzyılda listeden hâkim seçilmesi işlemine son verilmiştir<sup>45</sup>.

### 5- Hâkimin Reddi

Özel yargılama sisteminde atanmış hâkimin taraflarca reddinin talep edilmesi söz konusu değildi. Hâkim, taraflarca ve onların uzlaşması sonucunda seçildiği için, aynı taraflarca reddi kabul edilmemiştir. Seçim işlemi sırasında taraflar, uzlaşmaya kadar karşılıklı olarak önerilen hâkimi reddedebilirdi. Ancak bu hukukî anlamda değil, görülmeye başlayacak olan bir dava öncesinde taraflar arasında gerçekleşen teknik anlamda bir reddir<sup>46</sup>.

Hâkimin seçilmesi ile birlikte, hâkim ile taraflar arasında hukuksal nitelikte olmayan, güvene dayalı özel bir bağ meydana gelirdi. Bu seçim işlemi sonrasında taraflara hâkimin tarafsızlığından şüphe duydukları gerekçesi ile davanın başka bir hâkim tarafından görülmesini talep etme hakkı tanınmamıştır. Özel yargılama sisteminde *reiectio* olarak adlandırılan, davanın görülmesinden önceki seçim işlemi sırasında önerilen hâkimin diğer tarafça ret edilmesi usûlü<sup>47</sup>, hukukî anlamda ret olarak ifade edilemez.

### 6- Hâkimin Sorumluluğu

Atanmış hâkimler, bir çeşit geçici hâkimlik görevi üstlenen, toplumda saygın bir konuma ve belli bir malvarlığına sahip özel kişilerdi. Davayı karara bağlaması için atanmış olan özel kişi hâkimlerin, kamu görevini yerine getiren bir hâkim gibi hareket etmeleri zorunluymuştu. Bu

---

<sup>44</sup> Cicero, M.T., Pro. P. Sulla Oratio, Çev. D.H. Berry, Cambridge University Press, Cambridge, 1996, s. 316.

<sup>45</sup> Dig.5.1.47.

<sup>46</sup> Söğütü Erişgin, Ö., Roma Hukuku'nda Yargıcın Reddi, AÜHFHD, Cilt no 51, Sayı no 1, Yıl 2002, s. 97-100.

<sup>47</sup> Berger, s. 673; Kaser, s. 343.

zorunluluğa ve belirlenmiş görev kurallarına rağmen, hâkimlerin hukuka aykırı davranışlarda buldukları görülmüştür. Bu anlamda özellikle rüşvet almalarına<sup>48</sup>, kamusal otoritenin yani *magistra*'ların davanın görülmesi ile ilgili *formula* metninde belirtilen talimatlarına aykırı kararlar almalarına Roma hukukunun her döneminde rastlanılmıştır<sup>49</sup>.

Hâkimin davayı gereği gibi yönetmemesi ve rüşvet alması, adâlet sisteminin fonksiyonlarını tam olarak yerine getirmesine ciddi biçimde engel olan başlıca sorunlardır. Roma hukukundan günümüze kadar bu sorunlar ciddi biçimde ele alınmış ve çözüm yolu olarak da hâkimin sorumlu tutulması kabul edilmiştir<sup>50</sup>.

Ancak atanmış hâkimin, dava sonuçlanıncaya kadar yargısal anlamda sorumluluğu bulunmazdı. Özel kişi hâkimlerin, kararla birlikte görev süreleri sona ererdi. Bu andan itibaren atanmadan önceki yaşantılarına geri dönerlerdi ve görev süresi içinde yapmış oldukları hukuka aykırı davranışları dolayısıyla hukukî ve cezai anlamda yargısal sorumluluğa tabi olurlardı.

### III. YARGI BAĞIMSIZLIĞI VE TARAFSIZLIĞINA İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN ROMA VE TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Roma hukukunda yargı bağımsızlığı ve hâkim tarafsızlığı teorik olarak ele alınmayan ancak dolaylı olarak sağlanan konulardır. Günümüzde yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığına ilişkin yapılan eleştiriler ve getirilen düzenlemeler dikkate alınarak aşağıdaki başlıklar altında değerlendirmelerde bulunmak mümkündür.

<sup>48</sup> Roma'da hâkimlerin yargılama alanındaki yanlış davranışlarına bazen, rüşvet almalarını kapsayacak şekilde *sordes*, bazen kasten yapılan dürüstlüğe aykırı davranışlarını ve verilen kararları kapsayacak şekilde *iniquitas* bazen de *iniuria* denilmiştir. **Türkoğlu Özdemir, G.** Roma Hukukunda Hâkimin Sorumluluğu, M.Ü.H.F Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt no 14, Sayı no 4, Yıl 2008, s. 284 vd.

<sup>49</sup> **Kelly**, s. 102.

<sup>50</sup> **Kelly**, s. 31-69.

### A- Otoritenin Sınırlandırılması

Roma hukukunun gelişim sürecinde devlet içerisinde farklı otoritelerin sahip oldukları yargılama yetkilerini, değişen toplumsal, siyasi ve idari yapı içerisinde özel kişi hâkimlere bırakması demokratik ve yerinde bir adımdı. Zira bu durum, aynı zamanda otoritenin kendi isteği ile yargılama yetkisinin sınırlandırılmasına örnek teşkil etmektedir. Roma hukukunda özel yargılama sisteminde karşımıza çıkan ve yargılamayı yapan özel kişilerden temel beklenti, bu kişilerin otoritenin etkisi altında kalmadan serbest iradeleri ile âdil bir karar vermeleri idi.

Günümüzde ise otoritenin (iktidarın), yargının yetkisini sınırlandırma çabalarının karşımıza çıktığı görülmektedir. Bu amaçla günümüzde en sık kullanılan yöntem ise, mahkeme doldurma yöntemidir. Buna göre yasama ve yürütme organları, Anayasa ve yasal düzenlemelerden aldığı yetki ile mahkemelerin veya bağlı oldukları kurulların yapısına, işleyişine ve oluşumuna yönelik müdahalelerde bulunmaktadır. Bu yöntemde gerek mahkemelerin gerekse de bağlı oldukları kurulların yapısı, işleyişi, üyelerin belirlenmesi, niteliklerinin farklılaştırılması ve sayılarının arttırılması gibi konularda yeni düzenlemeler görünüşteki amacın arkasına gizlenen amaçlarla ve rahatlıkla yapılabilmektedir<sup>51</sup>.

### B- Devlete Bağ(ım)lılık

Yargı bağımsızlığı ile ilgili olarak günümüzde yapılan eleştirilerin kaynağında hâkimin devlet ile olan ilişkisi yer almaktadır. Yargı organlarının devlete bağlılığı bir prensip haline getirmesi yargının bağımsız olduğunu değil, tam tersine bağımlılığını ifade eder<sup>52</sup>. Bu

---

<sup>51</sup> 2010 yılında yapılan referandumda halkın yüzde 58 oranında kabul oyuyla yapılan Anayasa değişikliklerinde Anayasa Mahkemesi'nin yapısının değiştirilmesi hükümetin mahkemeyi doldurma planı olarak nitelendirilebilir. **Gönenc**, s.5.

<sup>52</sup> Türk hukukunda, Anayasa'nın 140. maddesinin başlığı "Hâkimlik ve Savcılık Mesleği"dir. Aynı maddenin ikinci fıkrası "Hâkimler, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre görev ifa ederler" şeklinde belirtmektedir. Yine aynı maddenin altıncı fıkrasında "Hâkimler ve savcılar idarî görevleri yönünden Adâlet Bakanlığı'na bağlıdırlar." şeklinde belirtilmiştir. Hâkimin bağımsız olması, hiç bir organ, makam, merci veya kişinin, yargı yetkisinin kullanılmasında hâkimlere emir ve talimat

durumda, yargılama sırasında hukukun üstünlüğü ile devletin üstünlüğü karşı karşıya geldiğinde ve hâkimlerin ikisi arasında bir tercih yapma zorunluluğu olduğu takdirde, devlet ile olan ilişkilerini de gözeterek, devletin üstünlüğünü hukukun üstünlüğüne tercih etmeleri söz konusu olabilecektir.

Roma hukukunda ise özel yargılama sisteminde resmi bir sıfatı bulunmayan ve dolayısıyla yargılamanın yapıldığı sırada devlete ve organlarına yargılama faaliyeti bakımından doğrudan bağımlılığı söz konusu olmayan kişilerin yargılamayı yaptığı görülmektedir. Kanımızca, her ne kadar özel kişiler olarak davayı görseler de, Roma yargısının temelini oluşturan hâkim statüsüne sahip olabilecek bu kişilerin ağırlıklı olarak senatör ve *equites*<sup>53</sup> gibi siyasi ve kamusal alanda devlet hizmeti gören kişiler olması, Roma yargısında, devlete doğrudan olmasa da dolaylı olarak bağıllığın olduğunun göstergesi olarak kabul edilmelidir.

Bununla birlikte devletin müdahalesi, uyuşmazlığın taraflarına dava hakkı tanımak ve bu davanın görülme şekli ile kapsamını belirlemekle sınırlıydı. Bu nedenle, özel yargılama sisteminde devletin hâkim üzerinde sınırlı bir rolü vardı<sup>54</sup>.

### C- Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Bağlamında

Bilindiği üzere yargının bağımsızlığı kuvvetler ayrılığı ilkesinin geçerlilik taşıması bakımından da önemlidir. Yargı bağımsızlığı kuşkusuz

---

verememesini, tavsiye ve telkinde bulunamamasını ifade eder. Bu durum kuvvetler ayrılığı ilkesi kapsamında yargının, yasama ve yürütmeden bağımsız olmasının bir sonucudur. Hâkimin, adâletin sağlanması görevini gereği gibi yapabilmesi için bu kural getirilmiştir. İdari görevleri yönünden Adâlet Bakanlığı'na bağlı olmaları ise hâkimin görevi ile ilgili olmayan idari konularla ilgilidir. Ancak idari yönden hâkimlerin baskı altında olması, hâkimin bağımsızlığı prensibine gölge düşmesi ihtimalini doğurur. **Centel, N.**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Mahkemelerin Bağımsızlığı İle Tarafsızlığı ve Türk Hukuku, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, Beta Yayınevi, İstanbul, 1998, s. 45, 51 ve 52; **Keskin, S.**, Yargıç Bağımsızlığı, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, Beta Yayınevi, İstanbul, 1998, s. 129-130 ve 135-141.

<sup>53</sup> *Equites* denilen ve ordunun atlı sınıfını oluşturan şövalyeler, Cumhuriyet dönemi sonlarından itibaren seçkin bir sınıf olarak kabul edilmişlerdi.

<sup>54</sup> **Karadeniz Çelebican**, s. 272.

kuvvetler ayrılığının ve hukuk devletinin de zorunlu bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır.

Siyasal bilim ve kamu hukuku literatürüne “Kuvvetler Ayrılığı” adlı kuramı ile geçen Montesquieu, 1748 yılında yazdığı “Kanunların Ruhu Üzerine” adlı ünlü eserinin XI. kitabının VI. bölümünde kuvvetler ayrılığına ilişkin görüşlerini açıklamıştır. Devletin başlıca üç gücü (yetkisi) arasındaki ilişki nasıl düzenlenmeli ki, bireyler temel hak ve özgürlüklere sahip olsunlar sorusunun yanıtını arayan Montesquieu’nun vardığı sonuç, devletteki üç gücün aynı kişi veya kurulda toplanmamasının gerekli olduğudur. XI. kitabının VI. bölümünde vardığı bu sonucu şu ifadelerle açıklamaktadır. “Yasama gücü ile yürütme gücü (yetkisi) aynı kişi ya da kurulda birleşirse özgürlük kalmaz. Yargı gücü, yasama ve yürütme güçlerinden ayrılmamışsa hiçbir özgürlükten bahsedilemez. Hele bu üç güç aynı kişinin elinde toplanırsa her şey kaybolur.”<sup>55</sup> İktidarın sınırlandırılmasında yargı önemli bir etkiye sahiptir. Yargı, iktidarı denetler ve bireyi iktidarın keyfi ve hukuka aykırı uygulamalarına karşı korur. Bunun için iktidarı denetleyen yargının mutlaka bağımsız olması aranır.

Modern hukuk sistemlerine ve devlet anlayışına kalıcı etkileri olan bu görüş, Roma’nın siyasal dönemleri içerisinde karşımıza çıkmaz. Ancak Roma’nın her döneminde, adil bir yargılama yapacak olan hâkimlerin, yargı yetkisini ne ilahi bir güçten veya Kral’dan ne de imparator gibi mutlak bir otoriteden aldıkları düşüncesi ile kullanmamaları beklentisi bulunmaktaydı.

#### **D- Hâkimlerde Aranılan Özellikler**

Hâkimlerin seçiminde devletin fonksiyonu hâkimler listesini hazırlamaktı. Hâkim olabilecekler için iki hukuk sisteminde de belli ölçütler aranmakla birlikte, iki noktada belirgin farklılık vardır. Bunlardan

---

<sup>55</sup> Montesquieu, Kanunların Ruhu Üzerine - Cilt I, Çev. Fehmi Baldaş, İkinci Matbaası, İstanbul, 1998, s. 235; Mumcuoğlu, M., Hukuk Devletinde Bağımsız Yargının Yeri ve Bağımsız Yargının Türkiye’de Gelişimi, Ankara Barosu Dergisi, Cilt no 46, Sayı no 2, Yıl 1989, s. 265.

biri, hâkimlik yapabileceklerin yaşına ilişkin, diğeri ise hukukçu olma niteliği bakımından karşımıza çıkar.

Hukumumuzda hâkim olabilmek için belirlenen üst yaş sınırı otuz beş iken<sup>56</sup>, Roma'da altmış idi. Ayrıca Roma hukukunda Augustus döneminden önce en az otuz daha sonra ise en az yirmi beş yaşını tamamlamış olma şartı aranırken Türk hukukunda alt yaş sınırı aranmaz. Lisans diploması ve iki aşamalı sınavda başarılı olmak yeterli olduğuna göre yirmi üç yaşında olan bir kimsenin hâkim adaylığına atanabilmesi mümkün görünmektedir. Hukuk uygulamasında herhangi bir tecrübe sahibi değilken, genç yaşta hâkimlik sıfatına sahip olunabilmesi eleştirildiği gibi, üst yaş sınırının getirilmesi de eleştirilmektedir. Hukuk alanında tecrübesi ile hâkimlik mesleğini layiki ile yerine getirebilecekleri otuz beş yaş ile sınırlamak kanımızca da yerinde bir düzenleme değildir.

Ayrıca Türk hukukunda hâkimlerin belirlenmesinde hukukçu olma şartı aranırken<sup>57</sup>, Roma'da ise aranmazdı. Bu durum Roma hukukunda hâkimlerin hukukçu olabileceği gibi, hukukçu sıfatı olmaksızın da bu görevi yürütebileceklerini ortaya koymaktadır. Ancak unutmamak gerekir ki Roma hukukunda hâkimler toplum içerisinde saygı gören üst tabakadan kişiler olup genel olarak iyi eğitilmiş kişilerdi. Hâkimin hukuku bilmemesi önemli bir eksiklik olarak kabul edilse bile bu durumu Roma'da hukukçuların sayısının az olması ile açıklamak mümkündür. Hâkimin çoğu zaman hukuku bilmemesi, hukuku uygulamadığı anlamına da

<sup>56</sup> 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu m. 8/b düzenlemesinde "(Değişik: 3/6/2011-KHK-643/12 md.; İptal: Anayasa Mahkemesi'nin 14/2/2013 tarihli ve E:2011/89, K:2013/29 sayılı Kararı ile.; Yeniden düzenleme: 2/12/2014-6572/28 md.) Giriş sınavının yapıldığı yılın ocak ayının birinci günü itibarıyla otuz beş yaşını doldurmamış olmak." adaylığa atanabilmek için aranan bir nitelik olarak belirtilmektedir.

<sup>57</sup> 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu m. 8/c'de idari yargı hâkim adayları için "hukuk fakültesinden mezun olanlar dışından alınacak adaylar bakımından, her dönemde alınacak aday sayısının yüzde yirmisini geçmemek üzere ihtiyaç oranında, hukuk veya hukuk bilgisine programlarında yeterince yer veren siyasal bilgiler, idarî bilimler, iktisat ve maliye alanlarında en az dört yıllık yüksek öğrenim yapmış veya bunlara denkliği kabul edilmiş yabancı öğretim kurumlarından mezun olmak" şeklinde belirtilen hükümle istisna getirilmiştir.

gelmez. Örf ve âdet ile hukukun diğer kaynaklarına bağlı olarak ve bunları araştırarak karar verecek olan hâkim, Roma hukukunun gelişiminde önemli bir yere sahip olan *praetor edictum*'larından da<sup>58</sup> yararlanırdı. Ayrıca hâkimin hukuksal yardım için başvurduğu hukukçuların uyuşmazlığa ilişkin kuralların ne şekilde uygulanacağına dair görüşleri<sup>59</sup>, bir taraftan hukukun uygulanmasına diğer taraftan gelişimine önemli katkılar sağlamıştır<sup>60</sup>.

Günümüzde mahkemelerin iş yükünün azaltılması için Avrupa Birliği'ne üye ve aday ülkelerin Adâlet Bakanları'nın yapmış olduğu çeşitli toplantılarda, mahkemelerin iş yükünün azaltılması için alınması gereken tedbirler konusunda tavsiye kararlar alınmaktadır. Bu tedbirlerden biri olarak hâkimlerin, idari nitelikteki işler ve basit uyuşmazlıklarla çok fazla uğraşmalarını önlemek için adli hizmet uzmanı olarak adlandırılan kişilerin, mahkemelerde görev yapması tavsiye edilmektedir. Adli hizmet uzmanları yeterli hukuk eğitimi almış, hâkime iş yükü anlamında yardımcı olan ve hâkimin kontrolünde çalışan kişilerdir. Batı Avrupa'nın hemen hemen tamamında ve Brezilya, Şili, Japonya gibi ülkelerde yargı memuru olarak adlandırılan ve yetkileri oldukça geniş olan kişiler adli hizmet uzmanı olarak görev yapmaktadırlar. Örneğin, Almanya'da "*Rechtspfleger*" adı ile anılan yargı memurları, hiyerarşik sıralamada bütün adliye memurlarının üstündedir. Bu kişiler, hâkimin yargı yetkisini kullanmasını gerektirmeyen hukukî konularda yetkilendirilmiş bulunan bir hukuk teknisyenidir<sup>61</sup>. Günümüzde adli hizmet uzmanı gibi hâkime

<sup>58</sup> Göreve gelen *praetor*, yargı işlerinin görülmesinde düzeni sağlamak için uygulayacağı kuralları ve yapacağı faaliyetleri *edictum*'la ilan ederdi. *Edictum*'da yer alan prensipler, aynı zamanda dava açmak isteyenler için yönlendirici bir işleve sahipti. Ancak *edictum* kanun niteliğinde değildi, sadece *edictum*'u yayınlayan *praetor* için bağlayıcı nitelik taşırdı. **Sohm, R.**, *The Institutes of Roman Law* Çev. James C. Ledlie, Gorgias Press, New Jersey, 2002, s. 48; **Declareuil**, s. 21.

<sup>59</sup> Hâkimin hukukçu olmadığı durumlarda, bir uzman tavsiyesine başvurmaması nadiren görülürdü. Bu nedenle *consilium* adı verilen danışma heyetinde yer alan hukukçuların yazılı görüşlerine sıklıkla ihtiyaç duyarlardı.

<sup>60</sup> **Sohm**, s. 62-71.

<sup>61</sup> **Özbek, M.**, *Avrupa Konseyince Adâlet Hizmetlerinin Etkinliğinin Arttırılması İçin Öngörülen Tedbirler*, AÜHFD, Cilt no 55, Sayı no 1, Yıl 2006, s. 263.



yardımcı personel bulunması ihtiyacının, Roma hukukunda, iş yükünü azaltmak anlamında olmasa bile, hâkimin eksik olan hukuk bilgilerini tamamlamak için her zaman danışabileceği hukukçularla sağlanmış olduğu görülmektedir.

Türk hukukunda hâkimin hukuku tam olarak bildiği kabul edilir ve yargılama sırasında hukuksal konularda bilirkişi dâhil kimseden yardım alamaz. Ancak her uyuşmazlıkta uygulanacak hukuku hâkimin bilmesini beklemek gerçekçi değildir.

### **E- Hâkimlerin Seçimi ve Atanması**

Türk hukukunda hâkimin seçilmesi ve atanması ile olarak, hâkimler 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu gereğince Adâlet Bakanlığı'nın açtığı sınavı kazanıp, iki yıl staj yaptıktan sonra, Hâkim ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca mesleğe kabullerine karar verilmesi üzerine atanırlar. Hâkimler ancak bu usûle uygun olarak atandıkları takdirde bu sıfatı kazanırlar. Türk hukukunda seçim ve atamanın devlet içinde çeşitli kurumlarca yapıldığı görülür.

Roma hukukunda ise devlet, hâkimin seçiminde değil fakat atanmasında *magistra*'lık kurumu aracılığıyla etkili olmaktadır. Atama işleminin devletin organları aracılığı ile yapılması, bir anlamda devletin bu hizmeti görmesi için hâkime yetki vermesi anlamını taşırdı. Bu nedenle Türk hukukunda olduğu gibi Roma hukukunda da hâkimlik sıfatı, devletin ataması ile kazanılırdı. Dolayısıyla Roma hukukundan günümüze hâkimlik önemli bir kamu hizmeti olarak görüldüğü için hâkimin atamasında devlet her zaman etkili olmuştur.

Roma yargılama hukukunun farklı bir özelliği de, mahkemede yer alacak hâkim veya hâkimlerin, davanın taraflarınca belirlenerek yargılamaya toplumun yakınlaştırılması ve yargılamanın üzerinde kısmen de olsa bir çeşit sosyal denetim mekanizmasının var olmasıdır<sup>62</sup>. Ayrıca seçim işlemi sırasında *magistra*'nın uzlaşmayı onaylama gibi bir

---

<sup>62</sup> Karakocalı, s. 69.

fonksiyonunun olmadığı, seçim işleminin sadece davanın tarafları arasında gerçekleşen bir uzlaşma ile tamamlandığı anlaşılmaktadır.

Kanımızca, Roma özel yargılama sisteminde, hâkimlerin seçiminin taraflarca yapılması yargının denetimi anlamında olumlu bir uygulamadır. Bu uygulama, yargının dışsal denetim yollarından biri olarak kabul edilebilir<sup>63</sup>. Yargının dışsal denetimi, hâkimin vereceği kararda toplum tarafından denetlendiğinin farkında olarak tarafsız bir yargılama yapmasını sağlar. Roma hukukunda ise taraflar dava sırasında olmasa bile dava öncesinde, tarafsızlığına inandıkları bir kişiyi uzlaşma yolu ile seçerek benzeri bir denetimi yapmışlardır. Diğer taraftan yargının dışsal denetimi, toplumun yargıya karşı olumsuz, kuşku veya korku ağırlıklı bir bakışa sahip olmasını engeller. Bireylerin hak arama özgürlüklerinin farkında olarak, rahatlıkla hak arama yollarına başvurmalarını sağlar. Bu nedenle, Roma özel yargılama sisteminde tarafların ve daha genel bir biçimde toplumun, hâkimin seçilmesinde sahip olduğu bu ayrıcalıkla, yargı organları önünde hak aramaya teşvik edilmiş olduğu düşünülebilir.

Hâkimlerin seçilmesi bakımından Roma hukukunda taraf iradesi egemendi. Uyuşmazlığı çözecek hâkimi genellikle taraflar belirlerdi. Türk hukukunda ise yazılı aşama sonrasında mülakat kurulu etkilidir. Bu mülakat kurulunun yapısı ise günümüzde yargı bağımsızlığı bağlamında eleştirilmektedir. Roma hukukunda tarafların uzlaşma yolu ile hâkimi seçmesi, bu hâkimin yapacağı yargılamada tarafsız davranacağına ve yargılamayı âdil şekilde yapacağına ilişkin güven duyduklarının göstergesidir.

#### **F- Hâkimin Sorumluluğu**

Yargı bağımsızlığının sağlanması için, hâkimlerin yargısal sorumsuzluğa sahip olmaları büyük bir öneme sahiptir. Roma hukukunda, günümüzdeki anlamıyla hâkimin bağımsızlığı gibi bir kurum

---

<sup>63</sup> Günümüzde, Amerikan hukuk sisteminde dava sırasında toplum içinden seçilmiş sıradan kişilerin görüşlerine başvurulduğu juri sistemi ya da İngiliz hukuk sisteminin “case law” dedikleri içtihatlarla dayanan hukuk sisteminde daha önce benzer davalarda verilmiş kararların uyuşmazlığın taraflarınca bilindiği düşüncesi ile hâkimin hareket etmesi, yargının dışsal denetim yollarına örnek olarak gösterilebilir. **Karakocalı**, s. 72, dn. 245.

bulunmamakla birlikte, hâkimin görev süresince sorumsuz olduğunun kabulü, günümüzdeki anlamı ile hâkimin bağımsızlığını pekiştiren bir düzenleme olarak düşünülebilir. Diğer taraftan âdil olmayan ve taraflı bir yargılama yapan hâkimlerin yargılama sonunda, karar verdikleri andan itibaren sorumluluklarının kabul edilmesi hâkimin kararının denetimsiz bırakılmamasını sağlamıştır<sup>64</sup>.

Hâkimin tarafsızlığının sağlanması için, hâkimlerin belli durumlarda sorumluluğa sahip olmaları büyük bir öneme sahiptir. Hukuka ve vicdani kanaatine göre karar verecek hâkimlerin de hata yapma ihtimalleri bulunmaktadır. Zekâ, psikoloji ve muhakeme yeteneği gibi içsel etkenler insandan insana farklı olduğundan hâkimlerin benzer olaylarda dahi aynı yönde kararlar vermedikleri görülür. Hâkimin iradesi dışında tarafların mahkemeye yanlış bilgi sunması gibi bazı dışsal etkenler de yargılama sonucunda hatalı kararlar verilmesine neden olmaktadır. Hâkimin hatalı veya yanlış karar vermesi bazı durumlarda kasıtlı davranışı veya ağır ihmali ile bazen de mazur görülebilir hafif ihmallerinden ortaya çıkabilir. Nedeni her ne olursa olsun, âdil bir yargılamanın yapılması için hatalı veya yanlış kararların düzeltilmesi gerekir. Bu amaçlarla kanun yolunun bulunması ve hâkimin sorumluluğunun hukuk sistemlerinde düzenlenmesi, âdil yargılamanın teminat altına alınmasını sağlayacaktır.

Yargılamaya ilişkin kurallardan sapmaların ve bu kurallara aykırı davranışların düzeltilmesi, adâletin, kamu düzeni ve güvenliğinin sağlanması bakımından oldukça önemlidir. Mahkemelerin hiyerarşik sistemine kanun yollarının dâhil edilmesi, hukuka aykırılıkların denetlenmesi ve düzeltilmesi için hukuk sistemlerinde mutlak bir biçimde yer alması gerekir. Roma hukukunda ise özel yargılama sistemi içerisinde üst derece mahkemeler yer almamıştır. Bu sistemde kanun yolları ile yargılama hukuku ve maddi hukuk kurallarına aykırılığın denetiminin ve

<sup>64</sup> **Monahan, M. A.**, The Problem of ‘The Judge Who Makes The Case His Own: Notions Of Judicial Immunity And Judicial Liability in Ancient Rome, The Catholic University Law Review, Vol. 49, 2000, s. 440.

düzeltilmesinin yapılmaması önemli sakıncalar taşırdı. Başka bir ifade ile hâkimin yanlış ve haksız karar vermesi ihtimali her zaman bulunmasına rağmen hükmün kesinliğinin kabul edilmesi, adâletin sağlanmasının önündeki en büyük engellerden biri olarak yer alırdı. Zira taraflar karardan tatmin olsun olmasın son sözü hâkim söylerdi.

Ancak hâkim, esasa ilişkin konular bakımından veya *magistra*'nın talimatlarına aykırı olarak, hatalı ve yanlış bir karar verebilirdi. Romalılar, bu ihtimalin dikkate alınmamasının âdil yargılanmayı tehlikeye sokacağına farkına varmışlar ve hâkimin sorumluluğunu kabul etmişlerdir. Hâkimin sorumluluğu yoluna gidilmesi, hukuka aykırı bir kararın neden olduğu âdil olmayan bir durumun yaratacağı olumsuz sonuçları tam olarak kaldırmasa da uğranılan zararın telafi edilmesini sağlardı.

### G- Hâkimin Reddi

Hâkimin hukuksal anlamda reddi, hâkimin tarafsızlığını sağlamak için başvurulabilecek yollardan biri iken uyuşmazlığı gören hâkimin reddinin ileri sürülememesi, Roma özel yargılama sisteminin başlıca eksikliklerinden biri olarak gösterilebilir<sup>65</sup>.

Ayrıca, özel yargılama sisteminde *sortitio* veya *editio* yolu ile hâkimin seçilmesi işlemi yapılırken taraflardan her birine *reiectio* yolu ile reddetme hakkının tanınması, mahkemelerin oluşumunu ve dolayısıyla yargılamanın başlamasını geciktirmekteydi<sup>66</sup>. Diğer taraftan listede yer alan hâkim sayısının çok fazla olması *reiectio*'nun uygulanmasını

---

<sup>65</sup> Sistem dışı yargılamanın bir önemli özelliği, bu yargılama sisteminde hâkimin reddinin kabul edilmesidir. Roma hukukunda hâkimin reddi (*recusatio*), sistem dışı yargılamanın geçerli olduğu Iustinianus döneminden itibaren uygulanmaya başlamıştır. Bu dönemde hâkimin reddi, özel yargılama sisteminde tarafların *reiectio* olarak adlandırılan ve hâkimin seçilmesi sırasında bir tarafın önerdiği hâkimin diğer tarafça kabul edilmemesi ile aynı anlamı taşımamaktadır. Sistem dışı yargılamada hâkimin hukuksal anlamda reddi, tarafsızlığından şüphe duyulan ve bu nedenle *iudex suspectus* olarak adlandırılan hâkimin, davaya bakamayacağına taraflarca talep edilmesidir. **Söğütlü Erişgin**, s. 104.

<sup>66</sup> **Cicero**, *Oratio*, s. 317.

zorlaştırdı. Bu nedenle *reiectio*'nun tarafların menfaatlerine uygun bir uygulama olduğu düşünülemez.

## SONUÇ

Yargının “olmazsa olmazları” olarak karşımıza çıkan bağımsızlık ve tarafsızlık, her hukuk sisteminin ve hatta bazı uluslararası belgelerin de ele aldığı konular arasında yer almaktadır. Yargı mensuplarının hukuk kurallarının öngördüğü adâleti sağlaması bakımından bağımsız ve tarafsız olması, hukuk devletinin temel ayakları arasında yer alır. Gerçekten de, hukuk devletinin temel kavramı adâlet olduğuna göre, adâlet ve dolayısıyla hukuk devleti birbirinden ayrı düşünülemez.

Romalılarda da, devlet iktidarının sınırlandırılması, adâlet temelinden hareket edilmesinin gerekliliği düşüncelerine tesadüf etmek mümkündür. Roma hukukunda, günümüzdeki anlamı ile yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının, doğrudan olmasa da, adâleti sağlama düşüncesi temeline dayanan düzenlemelerle sağlandığını görmek mümkündür.

Roma hukukunda, günümüzdeki anlamı ile yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığını ilgilendiren konuları, Türk hukukunda yer alan düzenlemelerle birlikte ele aldığımızda ortaya çıkan farklılıkları iyi bir biçimde analiz etmek bizlere farklı bir bakış açısı kazandıracaktır.

## KAYNAKÇA

- Barak, Aharon.** The Judge in a Democracy , Princeton University Press, 2. baskı, Princeton, 2008.
- Berger, Adolf.** Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Transactions of the American Philosophical Society, New Series, (333-809), Vol. 43, No. 2, 1953.
- Boran Güneysu, Nilüfer.** Medeni Usul Hukukunda Karar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- Centel, Nur.** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Mahkemelerin Bağımsızlığı İle Tarafsızlığı ve Türk Hukuku, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, Beta Yayınevi, İstanbul, 1998.
- Cicero, Marcu Tullius.** Pro. P. Sulla Oratio, Çev. D.H. Berry, Cambridge University Press, Cambridge, 1996.
- Crook, John Anthony.** Law and Life of Rome, Cornell University Press, New York, 1967.
- Declareuil, Joseph.** Rome The Law Giver, Alfred A. Knopf, New York, 1926.
- Di Marzo, Salvatore.** Roma Hukuku (Çev. Ziya Umur), İÜHF Yayınları, İstanbul, 1959.
- Gönenç, Levent.** Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, TEPAV Anayasal Çalışma Metinleri, 2011.
- Güneysu, Gökhan.** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Hakimin Tarafsızlığı, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, 2012.
- Hunter, William Alexander.** A Systematic and Historical Exposition of Roman Law In the Order of a Code, Sweet and Maxwell Ltd., London, 1920,.
- Johnston, David.** Three Thoughts on Roman Private Law and the Lex Irnitana, The Journal of Roman Studies, (62-77), Vol. 77, 1987.

- Karadeniz Çelebican, Özcan.** Roma Hukuku-Tarihi Giriş, Kaynaklar, Umumi Mefhumlar, Hakların Himayesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.
- Karakocalı, Ahmet.** Roma Hukukunda Hakim ve Sorumluluğu, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.
- Kaser, Max.** Roman Private Law, Çev. Rolf Danenbring, Butterworths&Co. Ltd., London, 1968.
- Kelly, John Maurice.** Roman Litigation, Clarendon Press, Oxford, 1966.
- Keskin, Serap.** Yargıç Bağımsızlığı,” Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, Beta Yayınevi, İstanbul, 1998.
- Kocourek, Albert.** The Formula Procedure of Roman Law, Virginia Law Review, Vol. 8, No. 6, (434-444), 1922.
- Küçükgüngör, Erkan.** Roma Özel Hukukunda Delil ve İspat, Ali Bozer’e Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1998.
- Monahan, M. A.,** The Problem of ‘The Judge Who Makes The Case His Own: Notions Of Judicial Immunity And Judicial Liability in Ancient Rome, The Catholic University Law Review, (429-448),Vol. 49, 2000.
- Montesquieu,** Kanunların Ruhu Üzerine - Cilt I, Çev. Fehmi Baldaş, İkinci Matbaası, İstanbul, 1998.
- Mumcuoğlu, Maksut.** Hukuk Devletinde Bağımsız Yargının Yeri ve Bağımsız Yargının Türkiye’de Gelişimi, Ankara Barosu Dergisi, (262-306), Cilt no 46, Sayı no 2, Yıl 1989.
- Özbek, Mustafa.** Avrupa Konseyince Adâlet Hizmetlerinin Etkinliğinin Arttırılması İçin Öngörülen Tedbirler,” AÜHFD, (207-292), Cilt no 55, Sayı no 1, Yıl 2006.

- Özen, Muharrem.** Yargı Bağımsızlığını Zedeleyen Düzenleme, Uygulamalar ve Bağımsızlığı Sağlamaya Yönelik Çözüm Önerileri, Ankara Barosu Dergisi, (31-65), Yıl 68, Sayı no 2010/1.
- Rodger, Alan.** The Lex Irnitana and Procedure in the Civil Courts, The Journal of Roman Studies, (74-90), Vol. 81, 1991.
- Sohm, Rudolf.** The Institutes of Roman Law, Çev. James C. Ledlie, Gorgias Press, New Jersey, 2002.
- Söğütlü Erişgin,** Özlem. Roma Hukuku'nda Yargıcın Reddi, AÜHFD, (97-115), Cilt no 51, Sayı no 1, Yıl 2002.
- Türkoğlu Özdemir, Gökçe.** Roma Hukukunda Hâkimin Sorumluluğu, M.Ü.H.F Hukuk Araştırmaları Dergisi, (275-302), Cilt no 14, Sayı no 4, Yıl 2008.
- Umur, Ziya.** Roma Hukuku Lügati, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1983. (Lügat)
- Umur, Ziya.** Roma Hukuku-Umumi Mefhumlar, Hakların Himayesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1970.
- Ünver, Yener.** Yargı Bağımsızlığı Açısından Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, İÜHFM, (153-196), Cilt no 53, Sayı no 1-4, Yıl 1988-1990.
- Watson, Alan.** Ancient Law and Modern Understanding, The Universty of Georgia Press, Athens, 1998.