

III. BÖLÜM

AVRUPA MAHKEMELERİNİN “MAHKEME” KAVRAMINA YAKLAŞIMI

Bu bölümde, “Avrupa Mahkemeleri” başlığı altında hem Avrupa’da oluşturulan bölgesel entegrasyonlar sonucu kurulan ulusüstü yargılama yetkisine sahip Avrupa Toplulukları Adalet Divanı ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin mahkeme kavramına yaklaşımları hem de çoğunluğu Avusturya Modelini⁹⁸ benimsemiş olan Avrupa ülkelerinin anayasa mahkemelerinin konuya yaklaşımları özetlenmeye çalışılacaktır.

3.1. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı

1957 tarihli Roma Antlaşması’nın 234. maddesine göre, ulusal mahkemeler Toplum hukukunun uygulanmasına yönelik bir sorunla karşılaştıklarında, uygulayacakları normun Toplum Müktesebatına aykırı olup olmadığını Avrupa Toplulukları Adalet Divanı’na (ATAD) sormak durumundadırlar (Önkarar süreci). ATAD, sürekli faaliyet gösteren ve halka açık bir şekilde yetkilendirilmiş “tribunal”ları, mahkeme olarak kabul etmektedir. ATAD, bir çok yarı-yargısal nitelikte faaliyet gösteren özel idari birimleri ön karar başvurusunda bulunmaya yetkili kabul etmektedir.⁹⁹

Doğrusu, Divan bu iki kavramla ifade edilen her türlü yargısal işlev yapan organı bu kapsam içerisine alacak şekilde yorumlayarak, Toplum hukukunun bütün üye devletlerde tam olarak anlaşılmasını ve uygulanmasını sağlamaktadır. Hatta o kadar ki, üye ülkelerde oluşan

⁹⁸ Hans Kelsen tarafından ortaya atılan “Avusturya Modeli” İkinci Dünya Savaşından sonra birçok Avrupa ülkesi tarafından benimsenmiştir. Türk Anayasa Mahkemesinin de aralarında bulunduğu pek çok ülke “Avrupa Modeli” olarak da adlandırılan bu sisteme göre yargılama yapmaktadırlar. Bknz. KABOĞLU, a.g.e., 17. Avrupa modelini benimsemiş ülkelerin tamamı için bknz. <http://www.concourts.net/> (Bir nolu tablo).

⁹⁹ C-275/98, Unitron, judgment, 18 November 1999, <http://193.191.217.21/-colloquia/2002/denmark.pdf>

mahkeme olarak kabul edilmeyen “*judicial panels*- yargısal heyetler”, “*industrial tribunals*- endüstri heyetleri”, “meslek odalarının heyetleri” ve diğer yarı yargısal organların önkarar başvurusunda bulunabilecekleri kabul edilmiştir.¹⁰⁰

Hakem mahkemeleri de bu kavram içerisinde yer almaktadır. ATAD, 1966 yılında *Vaasen-Göbbels* davasında verdiği bir kararda kimi durumlarda hakem mahkemelerinin kendisine başvuru yapıp görüş isteyebileceklerini kabul etmiştir.¹⁰¹ ATAD, Topluluk Hukukunun etkin uygulanması amacıyla, “mahkeme” kavramını geniş yorumlayarak kaldıramayacağı kadar ağır bir yükün altına girmesine rağmen, iş yükünden korkarak sınırlama yoluna gitmemiştir. ATAD, *Broekmeulen* davasında özel hakemlerin mahkeme olup olmadıklarını tartışmış,¹⁰² Topluluk hukukunun bütün üye devletlerde gözetilmesi amacıyla ihtiyari tahkim çerçevesinde oluşturulacak hakem mahkemelerinin 177. madde (yeni 234. madde) anlamında *tribunal* olarak kabul edilmesi gerektiğini söylemiştir.¹⁰³

Burada ATAD’ın mahkeme kavramını yorumu ilk bakışta Türk Anayasa Mahkemesi için bağlayıcı olarak görülmesi de, ortaya şöyle bir sonuç çıkmaktadır: Farz edelim ki, on yıl sonra Türkiye Avrupa Birliği’ne tam üye olmuş olsun. Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, kendi kuruluş kanunundaki bir hükmün haberleşme özgürlüğüne ve Avrupa Birliği’nin direktiflerinden birisine aykırı olduğunu ileri sürerek Anayasa Mahkemesi’ne başvurmuş olsun. Bu durumda Anayasa Mahkemesi yapılan başvuruyu görevli ve yetkili bir mahkemeden gelmediği gerekçesiyle ilk inceleme safhasında reddedecektir. Buna karşın, RTÜK, AT Antlaşması’nın 234. maddesi gereğince Anayasa ile direktif arasındaki uyumsuzluğun nasıl giderileceği konusunda danışma görüşü almak amacıyla ATAD’a başvurduğunda, ATAD, RTÜK’ü bir “tribunal” olarak kabul edip (234. madde anlamında) Topluluk Hukuku ile çelişen uygulamada bir tüzük veya direktifin nasıl anlaşılıp uygulanması

¹⁰⁰ Petra JENEY, “Victim of its Own Success - The EU Court in Need of Reform”, 12 August 2002, http://www.eumap.org/articles/content/80/801/index_html?print=1

¹⁰¹ GÜNUĞUR, a.g.e., (Fusün Arsava ve Tuğrul Arat’tan naklen), 365.

¹⁰² ECJ 246/80, 6 October 1981 [1981] ECR 2311)

¹⁰³ J.J. WEILER & Martina KOCJAN “The Community System of Judicial Remedies: Jurisdiction Examined: Article 234”, The Academy of European Law at the EUI in Florence and the Jean Monnet Center at NYU School of Law, 2003, 14: <http://www.jeanmonnetprogram.org/eu/PDF-files/UNIT2-3-2003.pdf>.

gerektiği konusunda görüş bildirecek ve 1982 Anayasası'nın 152. maddesinde yer alan hükümlerin gözardı edilmesini isteyebilecektir.

Bu kurgusal olay gerçek bir ATAD kararından esinlenerek verilmiştir.¹⁰⁴ Şöyle ki, Avusturya Anayasası'nın 133. maddesinin 4. fıkrasına göre, bir "tribunal" yasayla kurulmuşsa, içerisinde en az bir hakim bulunuyorsa,¹⁰⁵ üyeleri görevlerini yaparken dışarıdan talimat almıyorlarsa, bu "tribunal"ın verdiği kararlar idari denetim ve değişime konu olmadığı gibi, aleyhlerine İdare Mahkemesinde dava açılmaz. Avusturya Anayasa Mahkemesi *Open-Network-Provision Directive* adlı Yönergenin¹⁰⁶ ulusal bağımsız idari otoritelerin kararlarından etkilenen kişilere bağımsız bir organ önünde temyiz hakkı veren 5a/3. maddesi ile çelişen Anayasa'nın 133/4. maddesinin ihmal edilmesine karar vermiştir. Bunun üzerine kararları temyizen incelemek durumunda kalan İdare Mahkemesi, Avusturya Anayasa Mahkemesi'nin verdiği bu kararı beğenmeyerek ATAD'a başvurarak Yönergenin yorumlanmasını istedi. ATAD, verdiği cevapta Yönerge ile çelişen Anayasa'nın 133/4. maddesinin uygulanmamasını istemiştir.¹⁰⁷

Bu örnek de göstermektedir ki, Avrupa Birliği'ne tam üye olan devletler ATAD içtihatlarını dikkate almak ve temel hak ve özgürlüklerin korunmasını engelleyen veya güçleştiren hükümleri Anayasa hükmü olsa dahi gözardı etmek durumundadırlar.

3.2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 6. maddesinde "Her şahsın, kanuni, müstakil ve tarafsız bir *tribunal* tarafından makul bir süre içerisinde, hakkaniyete uygun ve aleni surette yargılanma hakkı" olduğundan daha önce bahsedilmişti. Bu madde İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 10. maddesinin adeta bir kopyası olup, 1948 Bildirgesinde de mahkeme yerine "tribunal" terimi tercih edilmiştir.

¹⁰⁴ Avusturya Anayasa Mahkemesi, 11.3.1999, (no: B 1625/98) AUT-1999-1-002. (CODICES)

¹⁰⁵ "Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag"

¹⁰⁶ Dir 90/387/EEC as amended by dir 97/51/EC.

¹⁰⁷ Bu kararın anlatıldığı bir kaynak için bkz. Stefan GRILLER, "EU Membership and Constitutional Transformation in Accession Countries – the Example of Austria, Finland and Sweden (1995)" in Alfred E. KELLERMANN Jaap W.de ZWAAN & Jenö CZUCZAI (eds), EU Enlargement – The Constitutional Impact at EU and National Level, The Hague (T. M. C. Asser Press) 2001, 147 – 181.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, *Bramelid v. Sweeden* davasında¹⁰⁸ Sözleşme'nin 6/1. maddesinin her uyuşmazlığın normal milli mahkemelerde görülmesi gibi bir zorunluluğun olmadığını söyledi. Mahkeme niteliğinde olmasa da, ilk derecede uyuşmazlığın bağımsız ve tarafsız bir organda görülmesinin 6. madde tarafından yasaklanmadığını; önemli olanın bu kararın hem usul hem de esas yönünden makul bir süre içerisinde bir mahkeme önünde *temyizen* incelenmesi olduğunu söylemiştir.¹⁰⁹

Strasbourg Mahkemesi, AİHS'nin 6. maddesini yorumlarken bir merciin aşağıda sayılacak kriterleri taşıması halinde bunun yeterli bir güvence olduğunu; mutlaka mahkeme olarak değerlendirilmesinin gerekmediği üzerinde durmaktadır. Diğer bir deyişle, yargısal bir görevi yerine getiren mercilerin genel ve olağan yargı organı grubu dışında yer alması¹¹⁰ veya yargısal fonksiyonu başka görevlerle birlikte yürütmekte olması, bu organın mahkeme olarak sayılmasına engel değildir.¹¹¹ Divan, disiplin suçlarını istinaf derecesinde yargılayan Belçika Hekimler Odasını, İngiltere'de cezaevleri disiplin kurulu görevini yürüten Cezaevleri Müfettişler Komitesini, Avusturya'da bulunan Gayrimenkullere ilişkin Ticari İşlemler Bölge Komisyonunu¹¹² "tribunal" olarak kabul etmiştir.

AİHM, bir merciin "tribunal" olarak nitelendirilmesi için dört kriterin her olayda gerçekleşip gerçekleşmediğini aramaktadır. Bunlardan üçü

¹⁰⁸ (5 EHRR 249 at pp. 258-259.) Adam SAMUEL "Arbitration and the European Convention on Human Rights", 15. (<http://www.adamsamuel.co.uk/pdf/echr.pdf>)

¹⁰⁹ *Ibid.* 15.

¹¹⁰ *De Wilde, Ooms et Versyp v. Belgium* (1971)

¹¹¹ Feyyaz GÖLCÜKLÜ & Şeref GÖZÜBÜYÜK, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması*, 3. bası, Turhan, Ankara, 2002, 280 vd.

¹¹² Ringeisen, "The Real Property Transactions Commission" adlı Komisyonunun verdiği kararın Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle 5 Temmuz 1963'de Anayasa Mahkemesi'ne bir bireysel başvuruda bulunmuştur. Başvurusunda yasayla görevlendirilmiş bir mahkeme (hakim) önünde yargılanmadığını ileri sürmüştür (gesetzlicher Richter - Articles 7, No. 1 and 83, No. 2 of the Constitution). Anayasa Mahkemesi, 20 Haziran 1964'de verdiği kararda Komisyon /veya Kurulun, (*Kollegialbehörde*) Anayasanın 113/4. maddesi anlamında, üye kompozisyonu olmadığını ve bu nedenle kanunla kurulmuş bir mahkeme (kararda hakim olarak geçiyor) önünde duruşmanın yapılmadığına karar vermiştir. (*Ringeisen v. Austria* (No 1) (16 July 1971), (2614/65) [1971] ECHR 2., bkz. 21 ve 22. paragraflar). AİHM, Anayasa Mahkemesi kararına rağmen ve bu kararlar kendisini bağlı hissetmeden kendi ölçütlerini ortaya koymuştur.

Sözleşme’de yer almakta, diğeri ise Divan’ın içtihadı ile ortaya çıkmıştır.¹¹³ Bu dört koşul aşağıdaki gibidir.

3.2.1. Yasayla Kurulmuş Olma Kriteri

“*Tribunal*” kavramının “*court*” kavramından çok daha geniş ve esnek bir alanı kapsamakta olduğuna terminoloji sorunu bölümünde değinilmişti. Tribunal’in değişik çeşitleri vardır. Örneğin, *tribunal of commerce* (içinde hukukçu olmayan üyelerin de bulunduğu ticaret mahkemesi), *arbitration tribunal* (hakem kurulu), *tribunal of public opinion* (kamuoyu kurulu), *industrial tribunal* (sanayi mahkemesi), *lands tribunal* (kamulaştırma kararı alan mercii) gibi kavramlar mahkeme olmamakla birlikte “tribunal” kavramı içinde değerlendirilmektedir.

Özetle, Divan için önemli olan “*tribunal*”ın hakimlerden oluşup oluşmaması değildir. Önemli olan yasayla kurulması ve tam kaza yetkisine, yani dava konusu olayı hem fiil, hem de hukuk açısından inceleme yetkisine sahip bulunmasıdır. *Zand v. Austria (1978)* davasında Divan, *tribunal*’ın her özelliğinin Parlamento tarafından düzenlenmesi gerekmediği üzerinde durmuştur. Sözleşmenin 6(1). Maddesi yargı organının en azından kuruluş çerçevesinin yasayla düzenlenmesini yeterli görmektedir. Komisyon’a göre, kuruluş şekli ve maddi bakımından görevi yasa tarafından belirlenmiş olan mahkemenin, yer bakımından yetkisinin Yürütmeye bırakılmış olması 6. maddeye aykırı değildir.

3.2.2. Bağımsızlık Kriteri

Divan, ulusal hakimlerin tarafsızlığını nadiren incelemektedir. Ancak, Divan tam yargısal olmayan kurulların aşağıdaki şartları yerine getirmiş olmalarını aramaktadır. Bunlardan ilki, üyelerin atanma şeklidir. Divan, mahkeme üyelerinin bir bakan yahut hükümet kararı veya tavsiyesi ile atanmasını her zaman ve mutlaka bağımsızlığın

¹¹³ Bu bölümde açıklanan şartlar ve kararlar, şu eserden çeviri yoluyla alınmıştır: Naula MOLE and Catharina HARBY, “A Guide to the Implementation of Article 6 of the European Convention on Human Rights”, Human Rights Handbook 3, Council of Europe, 2001.: “Kanunla Kurulmuş Yetkili Bağımsız Tarafsız Bir Mahkeme Önünde Yargılanma Hakkının Unsurları” için bkz. Yaşar DEMİRCİOĞLU, *Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılama Güvenceleri*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2003, 23-48.

yokluğu şeklinde algılamamaktadır (*Campbell v. UK*). Divan, üyelerin yargısal veya hukuksal-ehliyetlerinin olmasını kurulun bağımsızlığının önemli bir göstergesi olarak kabul etmektedir (*Le Compte v. Belgium*, 23.6.1981, para. 57).

Bağımsızlık ögesinde aranan ikinci şart, kurulda hizmet süreleridir. Divan, *tribunal* üyelerinin belirli bir dönem için atanmalarını bağımsızlığın bir garantisi olarak görmektedir. *Le Compte v. Belgium* (1981) davasında altı yıllık bir hizmet süresinin bağımsızlığı garanti edeceğini düşünmüştür. Gerçi, *Campbell and Fell v. the United Kingdom* (1984, para. 80) davasında üç yıllık atanma süresini çok kısa bulmuşsa da, yapılan işin ücretsiz ve gönüllü bulmaya müsait olmamasından dolayı üç yıllık sürenin 6. maddeye aykırı olmayacağını söylemiştir.

Üçüncü kriter, dışarıdan yapılacak baskılara karşı garanti mekanizmalarının olmasıdır. *Belilos v. Switzerland* (1988, para 66-67) davasında Polis Kurulunun tek polis üyesine küçük suçlarda ceza verme yetkisi tanınmasına rağmen, aynı zamanda görevine devam etmesi ve amirlerinden emir almasının bağımsızlığı ihlal ettiğine karar verilmiştir.

3.2.3. Tarafsızlık Kriteri

Strasbourg Mahkemesi, bireylerin durumunda önemli ölçüde değişiklik yapan ve yargısal bir karar gibi sonuçlar doğuran idari yaptırımların adil yargılanma hakkına aykırı olup olmadığının tespitinde sübjektif ve objektif tarafsızlık olmak üzere sorunu ikiye ayırmaktadır. Bu tarafsızlık, yapısal tarafsızlık ve tarafsız görüntü verme olarak da ikiye ayrılabilir.¹¹⁴

Sübjektif tarafsızlıkta aranan gerçekten bir önyargı ve kayırmanın varlığının ispatıdır. Mahkeme üyesi yargıcın birey sıfatıyla kişisel tarafsızlığı, sübjektif tarafsızlık demektir. Sübjektif tarafsızlık aksi sabit oluncaya kadar var sayılır. Usulüne göre atanmış bir hakimin varlığı kişisel tarafsızlığı göstermektedir. Bu tür durumlarda aksini ispat etmek çok güçtür. Strasbourg Mahkemesi bu tür şikayetlere şu ana kadar değer vermemiştir.

Objektif tarafsızlığa gelince, kurum olarak mahkemenin kişide bıraktığı izlenim, yani hak arayanlara güven veren tarafsız bir görünümüne

¹¹⁴ ULUSOY, "Regülasyon Kurumları Hakkında Genel Bir Değerlendirme...", a.g.m., 278.

sahip olması; tarafsızlığı sağlamak için alınmış bulunan tedbirlerin organın tarafsızlığı konusunda makul her türlü şüpheyi ortadan kaldırır nitelikte olmasıdır. Divan, *Fey v. Austria* davasında yargıcın çekilmesi için haklı bir gerekçenin varlığını aramıştır. Haklı bir neden varsa yargıcın çekilmesi gerekmektedir. Divan aynı zamanda üye ülkenin mevzuatında tarafsızlığı sağlayacak hükümlerin varlığını da aramaktadır. Hakimin geçmişte benzer bir davada karar vermiş olması, Sözleşme'nin 6(1) maddesinden kaynaklanan tarafsızlığın ihlali için yeterli bir neden sayılmamıştır.¹¹⁵

Strasbourg Mahkemesi, kurul üyelerinin sahalalarında uzman olmaları ve kurulun teknik niteliği nedeniyle davaların bu tür kurullarda görülmesini makul bir neden olarak görmektedir. *Langborger v. Sweeden* (1989) davasında kiracı gerçek rakibinin kiralayan değil Evsahipleri ve Kiracılar Dernekleri olduğunu iddia etti. Leasing sözleşmesindeki uzlaşma kaydının silinmesinin bu derneklerin menfaatlerini tehdit ettiğini; Kira Müzakere Kurulunda ve Kat Mülkiyeti ve Kiracılık Mahkemesinde bulunan hakim olmayan hukukçu üyelerin bu derneklerin menfaatlerini korumakta olduklarını ve bundan dolayı kendi talebini yeterince tarafsızlıkla inceleyemeyeceklerini iddia etmiştir.

Strasbourg Mahkemesi, Kira İnceleme Kurulu'nu incelemenin dışında bırakarak sadece Özel Mahkemeyi inceleme kapsamına almıştır. Bu Mahkeme bu tür uyuşmazlıkları inceleyen son ulusal organdır. Karar verirken iki meslekten hakim ve her biri iki dernek tarafından önerilen ve Hükümet tarafından atanan iki hukukçudan oluşmaktadır. Divan, meslekten hakimlerin tarafsızlığını tartışmaya bile gerek görmemiştir.

Sübjektif testi uygulayarak, iki hukukçunun, kiracı tarafından delil gösterilemediği için tarafsızlığından şüphe etmek için bir neden olmadığını söylemiştir (para 35). Divan, objektif testi uyguladığında şu sonuca vardı: Bu üyelerin bu dernekler tarafından atanması bu derneklerle yakın ilişki içinde olduklarını göstermektedir. Langborger'in itiraz ettiği uzlaşma kaydının devamında bu hukukçuların da menfaati vardır. Bu nedenle bu tür davada iki tane meslekten üyenin varlığı ve eşitlik halinde bunların oyunun belirleyici olmasının Sözleşmenin 6. maddesinde aranan tarafsızlık şartını ortadan kaldırdığına karar verdi.

¹¹⁵ Karş: Wettstein v. Switzerland (2000).

3.2.4. Yargılama Usulü Güvencesine Sahip Olması

AIHM, yukarıda sayılan üç şarttan ayrı olarak bir başka özellik daha aramaktadır. Bu da, yargı merciinin görevine dahil konularda belli bir usul izleyerek ve hukuk kurallarına dayanarak, gereğinde devlet zoruyla yerine getirilmesi mümkün kararlar verme yetkisini elinde tutmasıdır (*Sramek v Avustria (1984)*, *Bentham v Avustria (1985)*, *Belilos v Switzerland (1988)*).

Bağımsız İdari Otoriteler Örneği

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bağımsız idari otoriteleri (regülasyon kurumları, üst kurullar veya düzenleyici kuruluşlar olarak da adlandırılmaktadır) yargısal bir görev ifa ettiklerinde Sözleşme'nin 6. maddesi anlamında "mahkeme" olarak kabul etmektedir. Strasbourg Mahkemesi maddi ölçütü kabul ederek, yaptırım yetkisi ile donatılmış bir kamusal otoritenin mahkeme olarak kabul edilip edilmeyeceği ile ilgili olarak karar verme yetkisinin kendisine ait olduğunu, bu konuda devletlerin nitelendirmesi ile bağlı olmadığını vurgulayarak¹¹⁶ idari otoriteleri mahkeme olarak kabul edebileceğine karar vermiştir.¹¹⁷

Türk öğretisinde bağımsız idari otoritelerin geniş anlamda yargı organı sayılmaları ve kararlarının yargısal karar olarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde görüşlere rastlanılmasına karşın,¹¹⁸ aksi yönde görüşler de vardır.¹¹⁹ Üst kurulların kararlarının niteliği ne olursa olsun,

¹¹⁶ Foti and others v. Italy (10 December 1982) (7604/76) [1982] ECHR 11, Öztürk v. Germany (21 February 1984) (nakleden: Ali ULUSOY, "Regülasyon Kurumları Hakkında Genel Bir Değerlendirme" içinde 2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu, Ankara, 11-12 Mayıs 2000, Ankara, 2000, 273-285, 277.

¹¹⁷ *İbid.*, 278. Ulusoy, makalesinde *Engel and Others v. the Netherlands* (8.6.1976) kararına atıfta bulunmaktadır.

¹¹⁸ Ejder, YILMAZ, "Rekabet Kanunu Uygulamasında Usul ve İspat Sorunları", Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, RK Yayın No: 40, Ankara, Kasım, 1999, <http://www.rekabet.gov.tr/word/zip/ejderyilmaz.zip>. Yılmaz'a göre; "Bugünün Türk hukukçularının aklına, usul (proses, yargılama) denilince ... mahkemelerin yaptığı yargılama (muhakeme) gelmektedir. Oysa, proses, yargılamaya (daha doğrusu: mahkemelere) özgü bir husus değildir. İdare de aldığı kararlarda aynı yöntemi uygular", 85.

¹¹⁹ Örneğin, Kemal Gözler'e göre; "Bir anlamda, hukuki uyumsuzluklar ve hukuka aykırılık iddiaları, bağımsızlık ve tarafsızlık niteliğine sahip organlarca çözümlense bile bunların verdiği kararlar kesin hüküm oluşturmuyorsa, bunların faaliyetleri yargı fonksiyonu kapsamında değildir; bunların kararları yargı kararı olarak nitelendirilemez". GÖZLER, a.g.e, 429.: Ali Ulusoy'a göre; "Rekabet Kurumunun

AİHS bağlamında, bu kurumlar adil yargılama yapmak zorunda olan kamu otoriteleri olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla, bir üst kurulun kuruluş kanunundaki bir hükmün, Anayasa'nın 36. maddesindeki "hak arama özgürlüğü"ne veya AİHS'nin 6/1. maddesine aykırılığı sözkonusu ise, bu durumda verilen kararın Strasbourg Mahkemesi önüne götürülmesi ve Türkiye'nin tazminat ödemesi mümkün olmasına rağmen, bu aykırılığı tespit eden bir üst kurulun, hükmün iptali amacıyla Anayasa Mahkemesi'ne yaptığı başvurunun mahkeme olmadığı gerekçesiyle reddedilmesi doğru bir yaklaşım olmaz.

Örneğin, Rekabet Kurulu'nun 2001 yılında yaptığı bir inceleme sırasında, inceleme sonucunda hükmedeceği idari para cezasının %25'inin Kuruma gelir olarak kaydedilmesini öngören hükmün¹²⁰ Anayasa'ya aykırı olduğu ileri süren bir firmanın savını ciddi bulan Rekabet Kurulu'nun Anayasa Mahkemesi'ne iptali için başvurmak istediğini farz edelim. Bu durumda Kurulun bir mahkeme olmadığı ileri sürülerek, bu tür başvuruyu yapmaya hakkı olmadığı hatırlatılabilir. Bu tür bir başvuru yapılırsa bile, Anayasa Mahkemesi'nin geçmiş içtihatları dikkate alındığında, Rekabet Kurulu'ndan gelen başvurunun ilk inceleme aşamasında reddedilmesi gerekecektir.

Aslında 39. maddenin (b) bendinin iptaline ilişkin bir başvuru 8.4.2002 tarihinde Anayasa Mahkemesi'ne Danıştay 10. Dairesi tarafından yapılmıştır.¹²¹ Ancak, Anayasa Mahkemesi, 17.4.2002 tarihinde verdiği kararda haklı olarak şöyle demiştir:

"...

Davacının 4054 sayılı Yasa'nın 4. maddesinde gösterilen yasaklanmış faaliyetlerde bulunduğu gerekçesiyle 16. maddesi uyarınca verilen para cezasına ilişkin Rekabet Kurulu Kararı'nın kimi bölümlerinin iptali istemiyle açtığı davada, Danıştay 10. Dairesi Yasa'nın 39. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine ilişkin Anayasa'ya aykırılık savını ciddi bularak 16. maddesi yönünden iptali için başvurmuştur.

yaptırımlarında yargısal usuller benzeri usuller uygulamasının öngörülmüş olmasının nedeni, bana göre organik açıdan yarı yargısal bir kurum olmasından değil, uyguladığı idarî yaptırımın muhatabının, yani pasif süjesinin niteliğinden dolayıdır." Ali ULUSOY, "Türk İdare Sistemi İçinde Rekabet Kurumu'nun Yeri", Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Kasım 1999, 7., <http://www.rekabet.gov.tr/-word/zip/Aliulusoy.zip>

¹²⁰ Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un "Kurum Gelirleri" başlıklı 39. maddesinin (b) bendinde yer almaktadır.

¹²¹ E.2002/69, K.2002/45, 17.4.2002.

Dava konusu uyuşmazlık Yasa'nın 4. maddesiyle yasaklanan faaliyetlerin saptanmasındaki usul ve esaslarla uygulanan para cezasına ilişkindir. Yasa'nın 39. maddesinin itiraz konusu birinci fıkrasında ise Rekabet Kurumu'nun gelirleri sayılmakta itiraz konusu (b) bendinde belirtilen ve Yasa'nın 16. ve 17. maddelerine göre verilen para cezalarının yüzde yirmibeşi de anılan gelirler arasında yer almaktadır.

Bu durumda Rekabet Kurumu'nun gelirlerine ilişkin itiraz konusu kuralın bakılmakta olan davada uygulanma olanağı bulunmadığından başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle reddi gerekir."¹²²

Bu örnekten de görüldüğü üzere, Türk pozitif hukukunda bazı hükümler sadece mahkeme niteliğinde olmayan merciler tarafından uygulanmaktadır. Bu durumda, geleneksel anlamda mahkeme niteliği taşımadığı halde, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini etkileyecek veya kısıtlayacak nitelikte kararlar veren kurum ve kuruluşların Anayasa'nın 152. maddesi çerçevesinde yaptıkları başvuruların kabul edilmesi, Anayasa'nın korumaya çalıştığı temel ilkeler açısından gereklidir. Aksi takdirde, Anayasa'ya aykırı olduğu düşünülen bir hükmün incelenmesi amacıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvuran "dar anlamda" mahkemelerin yaptıkları başvuruların, iptali istenilen hükmün olaya uygulanacak kural olmaması nedeniyle reddedildiği durumlar söz konusu olacaktır. Bu tür anayasal denetimi yapılamayan hükümlerin varlığı anayasa yargısının temel dinamiklerine ters düşmektedir. Bu tür

¹²² Yalçın Acargün, Aysel Pekiner ve Tülay Tuğcu bu karara katılmamışlardır. Karşıoy yazısında şu gerekçe kullanılmıştır: "...Uyuşmazlığın esasının çözümü sonucunda para cezası kesinleştiğinde yüzde yirmi beşi Kurum'a gelir kaydedileceğine göre 4054 sayılı Yasa'nın 39. maddesinin (b) bendinin, 16. madde yönünden Anayasa'ya aykırılığını ileri sürerek başvuruda bulunmaya, bu konuda esasa ilişkin karar verecek olan Danıştay Onuncu Dairesi yetkilidir."... Yasakoyucu 1.8.2003 tarihinde iptali istenilen maddeyi 4971 sayılı Yasanın 25. maddesi ile yürürlükten kaldırarak bu uygulamaya son vermiştir. Ancak, Tütün Kurulu, Telekomünikasyon Kurulu, RTÜK gibi beş üst kurulda bu uygulamaya devam edilmektedir. Anayasa Mahkemesi, 21.9.2004 tarihinde verdiği bir kararla, 3984 sayılı RTÜK Kanununun 12. maddesinde yer alan benzeri bir hükmü Anayasa'ya uygun bulmuştur. (E. 2002/100, K. 2004/9 (Yürürlüğü Durdurma), 24 Eylül 2004 Tarihli Resmi Gazete, Sayı: 25593). Üst Kurulların Anayasa Mahkemesi tarafından bir yargı mercii olarak kabul edilmedikleri gerçeği karşısında, kesilen idari para cezalarının hukuk devleti ve adil yargılama ilkelerine aykırı olduğundan söz edilememesi gerekir. Nitekim, Ulusoy'a göre, "bu kurumların yargı organları değil idari organlar oldukları gerçeği gözden kaçırılmadan, AİHS 6. maddesinde adil yargılama için gerekli tüm maddi ve usule ilişkin koşulların aranmasına gerek olmadığı düşüncesi daha isabetli gözükmektedir..." ULUSOY, *Regülasyon Kurumları Hakkında ...*, a.g.m, 279.

sakıncaların giderilmesi için, Anayasal ve yasal değişikliklerin yapılması; bu yapılmadığı takdirde, mahkeme kavramının geniş yorumlanması gerekmektedir.

Aksi takdirde, Türk pozitif hukukunda denetlenemeyen Anayasa'ya aykırı hükümlerden dolayı temel hak ve özgürlükleri etkilenen bireyler haklarını AİHM'de aramak yoluna gideceklerdir. Bu ise Türkiye'nin insan hakları karnesi açısından çok arzu edilen bir sonuç olmayacaktır.

3.3. Avrupa Anayasa Mahkemelerinin Yaklaşımı

2001 yılının Mayıs ayında Brüksel'de yapılan 12. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansının konusu "*Anayasa Mahkemeleri ve Diğer Ulusal Mahkemeler Arasındaki İlişkiler*" başlığını taşımaktaydı. Türk Anayasa Mahkemesi'nin de katıldığı bu konferansın ulusal raporlarından genel hatları ile diğer Anayasa Mahkemelerinin konuya nasıl yaklaştığını öğrenme imkanı olmuştur.

Öncelikle André Alen ve Michel Melchior adlı başraportörlerin değerlendirmeleri üzerinde duralım: Bütün ülke raporlarını inceleyen başraportörler, defi yolunu kabul eden ülkelerin¹²³ çoğunun yargı yetkisi (jurisdiction) konusunu geniş yorumladığını ifade etmektedirler.¹²⁴ Örneğin, İtalyan Anayasa Mahkemesi, "*Magistares High Council-Yüksek Hakimler Konseyi*" veya "*Audit Office- Mali Daire*" gibi Türk sisteminde mahkeme niteliğinde olmayan kurumları "mahkeme- *cour a quo*" olarak kabul etmektedir.¹²⁵ Buna ilave olarak, İtalyan Anayasa Mahkemesi'nin "davaya bakan hakim/mahkeme" (*giudice a quo*) kriterini açıkladığı *Baldassarre* davasında,¹²⁶ bir hakimin davaya bakan nitelikte kabul edilmesi için şu beş kriteri geliştirmiştir: Kurumun niteliği,

¹²³ Beyaz Rusya, Azerbaycan, Bulgaristan, Ukrayna, Moldova, Letonya'da sadece yüksek mahkemeler başvurmaktadır.

¹²⁴ André ALEN ve Michel MELCHIOR, "Relations between Constitutional Courts and Other National Courts, Including the Interference in this Area of the Action of the European Courts", **Human Rights Journal**, 31 December 2002, 23/8-12, 304-330, 312.

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ Sentence n. 158 , red. Baldassarre: Bu bilgiler İtalyan Anayasa Mahkemesi'nin 1995 yılı faaliyet raporundan alınmıştır. Bknz. http://wai.cortecostituzionale.it/ita/attivitaacorte/download/pdf/Ferri_confstampa220196.pdf .

bağımsızlık güvenceleri, yargılama güvenceleri, kararın mahiyeti, kararın çeşitleri, kararların temyizinin Yargıtayca yapılabilmesi.¹²⁷

Belçika Hakem Mahkemesi, “Kasıtlı Şiddet Eylemleri Mağdurlarına Yardım Komisyonu” ve “Rekabet Komisyonu” gibi kurumları mahkeme olarak kabul etmiştir. İspanya Anayasa Mahkemesi her ne kadar mahkemeyi çok geniş yorumluyorsa da, hakemleri bunun dışında tutmaktadır. Ancak, bu ifade yanlış anlamaya meydan vermemelidir. Buradaki hakemler, kurumsal nitelikte olmayan ve ihtiyari tahkim çerçevesinde *ad hoc* hareket eden hakemlerdir.

Portekiz raporunda şu ifade dikkati çekmektedir: eğer bir hakem mahkemesi, “*stricto jure*” yani maddi hukuka bağlı karar veriyor(aksi ifade ile hakkaniyete göre (*ex aequo et bono*) karar vermiyorsa), o takdirde Portekiz Anayasa Mahkemesi, hakem mahkemesini “mahkeme” olarak kabul etmektedir.¹²⁸ Bunun, Türk Anayasa Mahkemesi tarafından da dikkate alınabilecek güzel bir çözüm olduğu düşünülmektedir.

Bunlara karşın, Çek Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi mahkemeyi Türk Anayasa Mahkemesi gibi dar anlamda algılamaktadır. Macaristan, Almanya, Kıbrıs, Slovenya raporlarından, hakem mahkemelerinin mahkeme olarak kabulü ile ilgili bir bilgi elde etmek imkânı olmamıştır. Bu raporların genelinde, mahkemenin ne geniş ne de dar yorumlandığı söylenmektedir. Rusya’da “*lower courts of arbitration*” denilen “alt derece hakem mahkemeleri” başvuru yapamamaktadırlar. Bu kavramın tam olarak nasıl bir kurumu karşıladığını bilmediğimizden bir değerlendirme yapamıyoruz. Eğer bu terimin karşılığı ilk derece hakem mahkemeleri ise o takdirde, Rusya Anayasa Mahkemesi’nin bunları reddettiği söylenebilir. Ancak, sistemi tam anlayabilmek için, bu mahkemelerin yasayla kurulup, bağlayıcı karar (*res judicata*) verip vermediklerinin incelenmesi gerekir.

Yukarıdaki örneklerden de görüldüğü üzere, Avrupa Mahkemeleri “*court a quo*” kavramına genel olarak esnek yaklaşmakta ve kendilerine başvuracakların mutlaka tipik mahkeme olmasını aramamaktadırlar. Bu açıdan bakıldığında, Türk Anayasa Yargısının

¹²⁷ Raporda kullanılan orijinal ifade şu şekildedir: “composizione dell’organo, garanzie di indipendenza e terzietà, regole del procedimento, oggetto del giudizio, forma della decisione ed impugnabilità di quest’ultima dinanzi alla Corte di”.

¹²⁸ Bu kriterler şu şekilde sayılmıştır: “de qualquer tribunal arbitral que julgue stricto jure, mas já não quando julgue ex aequo et bono”.

Avrupa ile entegre olacak şekilde bir değişim içerisine girmesi gerekmektedir.

**BU SAYFA ÇİFT OLDUĞU İÇİN
BOŞ BIRAKILMIŐTIR**