

# I. BÖLÜM

## KAVRAMSAL ÇERÇEVE

### 1.1. Giriş

Bu çalışmanın konusunu oluşturan “mahkeme” kavramı itiraz (somut norm denetimi) yoluyla bir hükmün iptali amacıyla Anayasa Mahkemesi’ne başvurulmasını düzenleyen Anayasa’nın 152. maddesinin birinci fıkrası bağlamında ele alınacaktır. Buna göre; “*Bir davaya bakmakta olan **mahkeme**, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır.*” Diğer bir deyişle, Anayasa’ya göre, itiraz yoluna re’sen başvuracak veya görülmekte olan davada tarafların Anayasa’ya aykırılık savlarını ciddi bulması üzerine Anayasa Mahkemesi’ne başvuracak mercii mutlaka bir “mahkeme” olmalıdır.

Bu maddede geçen mahkeme kavramının içerisine hangi mercilerinin girdiği, ne Anayasa’da ne de 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’da tanımlanmamıştır. Bu konuda belirleyici faktör, Anayasa Mahkemesi’nin içtihatları olmuş; hangi mercilerin maddede geçen mahkeme kavramı içerisine girdiğinin, hangilerinin dışında kaldığının tespiti münhasıran Anayasa Mahkemesi’ne ait bir yetki olarak kabul edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, zamanla “mahkeme” kavramı için belirli kriterler geliştirmiş; bu kriterler çerçevesinde adli, idari, askeri alt derece mahkemelerine ilave olarak disiplin mahkemeleri, icra tetkik mercileri ve bunların verdikleri kararların temyiz mercileri olan Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesinden itiraz yoluyla gelen başvuruların görevli ve yetkili bir mahkemeden geldiğini kabul ederek, bir eksiklik bulunmadığı durumlarda esas inceleme evresine geçmiştir.

Anayasa Mahkemesi, oluşturduğu ölçütler çerçevesinde mahkeme tanımına girmeyen mercileri de önüne çıkan somut olaylarla bağlı olarak belirlemiştir. Buna göre, Sayıştay, sorgu hakimleri, zorunlu

tahkim ile görevlendirilmiş hakemler, vergi itiraz ve temyiz komisyonları, il ve ilçe idare kurullarını “davaya bakan mahkeme” olarak kabul edilmemiş; bu mercilerden gelen başvurular ilk inceleme evresinde görevli ve yetkili bir mahkemeden gelmediği gerekçesiyle reddedilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 152. maddesi anlamında kendisinin bir mahkeme olup olmadığını da sorgulamış; bu değerlendirme sonunda iptal ve itiraz yoluyla gelen ve denetim mahkemesi sıfatıyla baktığı davalarda kendisini “davaya bakmakta olan mahkeme” konumunda görmemiştir. Bu nedenle Anayasa'ya aykırı gördüğü bir kuralı re'sen inceleme konusu yapmaktan kaçınmıştır. Anayasa Mahkemesi, kendisini sadece dava mahkemesi olarak çalıştığı siyasi parti kapatma davaları ile Yüce Divan sıfatıyla baktığı davalarda “mahkeme” olarak kabul etmiş; bu durumlarda karşılaştığı Anayasa'ya aykırı hükümleri tarafların itirazı üzerine veya re'sen inceleme yoluna gitmiştir.

Yukarıda özetlenen çerçeve, öğreti tarafından genel olarak benimsenmiş; Anayasa Mahkemesi'nin konuya yaklaşımı, “mahkeme” kavramının anayasa yargısındaki sınırlarının belirlenmesinde temel dayanak noktası olmuştur.

Anayasa yargısının Türk pozitif hukukuna girdiği 1960'ların başlarından itibaren, Anayasa Mahkemesi'nin mahkeme kavramına bakışı belirli ve büyük ölçüde istikrarlıdır. Öğreti de genel anlamda mahkemeyi Anayasa Mahkemesi'nin algıladığı gibi algılamakta veya en azından çok fazla bir eleştiri getirmemektedir.

Anayasa hukuku ve anayasa yargısı ile ilgili eserlerde<sup>1</sup> mahkeme kavramı ve bu kavrama ilişkin Anayasa Mahkemesi kararlarında açıklanan öğeler hakkında yeterli bilgi varken, böyle bir konunun yeniden irdelenmesine gerek olup olmadığı sorulabilir. Buna yanıt olarak denilebilir ki, anayasa yargısında “mahkeme” kavramının ne anlama geldiği ile ilgili bugüne kadar yapılan açıklamalar büyük ölçüde betimsel olup, olan hukuku (*lex lata*) anlatmaktadırlar. Bu çalışmada

---

<sup>1</sup> Hasan TUNÇ, *Türk Anayasa Yargısında İtiraz Yolu*, Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1992, Erzincan, 1992, 24-29.; Selin ESEN, *İptal Davası ve İtiraz Yolunda Anayasa Mahkemesinin Yaptığı İlk İnceleme*, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, Ankara, 1996, 69-79.; Yılmaz ALİEFENDİOĞLU, *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, 135-138.; Kemal GÖZLER, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Yayınları, Bursa, 2000, 487-489.

ise, mahkeme kavramına analitik ve olması gereken hukuk (*lex ferenda*) açısından yaklaşılmaya çalışılacaktır.

Farklı bir şekilde vurgulamak gerekirse, Amerika'nın bir kez daha keşfedilmeye ihtiyaç olduğu düşüncesiyle bu çalışma kaleme alınmıştır! 1960'lı yılların başında adli, idari ve askeri yargının seçkin üyelerinden oluşan ilk Anayasa Mahkemesi, daha önce hiç keşfedilmemiş "Anayasa Yargısı" adlı bir kıtaya doğru açıldılar. Ancak, "Yeni Dünya"yı keşfettikleri ilk aşamada, Yeni Dünya'nın kendisine has koordinatları olabileceğini, buradaki kavramların daha önce gördüklerinden farklı olabileceğini muhtemelen düşünmemişlerdi. Bu nedenle, 1961 Anayasası'nın 151. maddesine<sup>2</sup> ilk ayak bastıklarında, gördükleri "davaya bakan mahkeme" kavramını daha önce bildikleri ve tanıdıkları "mahkeme" kavramı olarak algıladılar.<sup>3</sup> Gerçekte, karşılaştıkları bu yeni kavram, anayasa yargısına ait özgün ve farklı bir kavramdı. Buna karşın, "mahkeme" kavramı o gün bugündür, ilk dönem yargıçlarının yorumladıkları gibi tanımlanmaktadır. Bu çalışma, "mahkeme" kavramının geçmişte yanlış anlaşıldığını ileri sürmekte ve bu kavramın anayasa yargısına özgü bir tanımının yapılması gerektiği düşüncesinden hareket etmektedir.

Bu çalışmanın başlığından hareket edildiğinde, akla gelebilecek bir başka soru, "mahkeme" kavramının Anayasa'nın birçok maddesinde geçen çok açık bir kavram olarak görülmesine rağmen, metne neden bağlı kalınmadığı, neden "mahkeme" kavramının farklı bir yorum ışığında tartışmaya açıldığıdır. Bu bakış açısına göre, hukukun genel yorum ilkelerinden birisi, şayet bir metin çok açık ve başka türlü anlamaya olanak vermiyorsa, o takdirde metinsel yorumdan sapılması ve farklı yorum teknikleri kullanarak "mahkeme" kavramına yeni bir anlam verilmesi, olağan yorum ilkelerine ters düşer.

Avustralya Temyiz Mahkemesi Lordlarından Steyn, hukuk metinlerinin yorumu konusunda metne bağlılığı (*literalism, exegetique*) eleştirirken "*Literalism nedir?*" diyerek başladığı cümlesini şöyle sürdürmektedir. "... *Zalim Temerus, Sebastia Garnizonuna teslim oldukları takdirde hiç kan dökmeyeceğini söyledi. [Bunun üzerine]*

<sup>2</sup> 1982 Anayasası'nın 152. maddesine karşılık gelmektedir.

<sup>3</sup> Christopher Columbus 1492'de yeni bir dünyaya doğru yelken açtığında, - yaygın inanışa göre-, vardığı kıtanın Asya olduğu kanısını taşıyordu. O nedenle, orada gördüğü insanları "*Indios*" (Indian- Hintli) zannetti. Ancak, yedi yıl sonra Amerigo Vespucci sayesinde bulunan kıtanın Hindistan olmadığı anlaşıldı. Ancak, yerli halka verilen isim değiştirilmedi.

*Kale halkı teslim oldu. Temerus kan dökmedi. Hepsini canlı canlı toprağa gömdü. Bu metinselciliktir. [Bunun] Modern hukukta hiç yeri yoktur.”<sup>4</sup>*

Bu örnekten hareketle, Anayasa'nın metnine aşırı bağlılık, anayasa yargısının temel dinamikleri ile çelişiyorsa anayasa yargısının ruh ve amacına zarar verir. O halde, “mahkeme” kavramına özgün bir anlam verirken hareket edilecek başlangıç noktası, anayasa yargısının temel amacında aranmalıdır. Anayasa yargısının en temel amacının temel hak ve özgürlükler ile hukuk devleti ilkesinin korunması olduğuna inanılmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa ve yasa hükümlerini yorumlarken yapacağı yorumun dar mı yoksa geniş mi, lafzi mi yoksa gai mi olacağı, ulaşılabilecek sonucun bu ilkeleri ne ölçüde korumaya yarayacağı ve bunun Anayasa'nın temel değerleri ile evrensel hukukun genel kurallarına ne derece paralel olacağını dikkate alınmasını gerektirir. Anayasa'nın üstünlüğü ve hukuk devleti ilkeleri, insan haklarını ihlal eden anayasaya aykırı kanunların iptal edilmesini gerektirir.<sup>5</sup> Anayasa mahkemeleri sadece temel hak ve özgürlükleri korumakla kalmaz, isimsiz bütün hakların “belirleyicisi ve yaratıcısı” işlevini de görür, uygulanan hukuku adeta yeniden yaratırlar.<sup>6</sup>

Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerini ve yargılama usullerini yorumlarken, yapılacak yorum, şayet Anayasa Mahkemesi'nin işlevini daraltıyor, temel hak ve özgürlüklere aykırı hükümlerin incelenmesini güçleştiriyor, geciktiriyor veya tamamen engelliyorsa, bu tür bir yorum anayasa yargısının ruhuna aykırı bir yorum olur. Anayasa Mahkemesi'nin 1962-1972 yılları arasındaki dönemde, metne aşırı bağlı kalarak, “mahkeme” kavramına anayasa yargısına özgün bir anlam vermemesinin, anayasa yargısının gelişmesine ve temel hakların korunmasına olumlu bir katkısının olmadığına inanılmaktadır.

Aslında, Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki sınırlayıcı yorumu, Mahkeme'nin o döneme ait genel eğilimini yansıtmamaktadır. Farklı bir şekilde söylemek gerekirse, Anayasa Mahkemesi'nin ilk dönemde farklı yorum tekniklerini kullanarak pek çok kavramı geniş yorumladığı görülmektedir.

---

<sup>4</sup> Johan STEYN (Lord of Appeal in Ordinary), “*The Intractable Problem of the Interpretation of Legal Texts*”, **The Sydney Law Review**, cilt 25, Mart 2003, 5-19, 7.

<sup>5</sup> Bülent TANÖR ve Necmi YÜZBAŞIOĞLU, *Türk Anayasa Hukuku*, 2. Baskı, YKY Yayınları, İstanbul, 2001, 449.

<sup>6</sup> *Ibid.*, 449

Anayasa Mahkemesi'nin ilk on yılında verdiği kararlara genel olarak bakıldığında, Anayasa'nın birçok hükmünün amaca uygun bir şekilde yorumlandığı görülmektedir. Anayasa Mahkemesi, o dönem realist yorum tekniğine göre, bazı Anayasa metinlerinin sözlük karşılıkları yerine gerçek anlamına bakmış ve incelediği kavramların ruhuna uygun düşecek şekilde yorum yapmıştır. Örneğin, 1965/41 sayılı kararında<sup>7</sup>, Anayasa Mahkemesi, Osmanlı Devleti zamanında Padişahların çıkardıkları nizamnamelerde (tüzüklerde) yer alan suç ve cezaların, suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olmadığını söylemiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre, Padişah'ın kullandığı yetki meşru olduğundan çıkarılan nizamnameler "yasa" hükmündedir.<sup>8</sup> Anayasa Mahkemesi, pekâlâ, yeni bir başlangıç yapma adına sayıları zaten az olan bu nizamnameleri iptal ederek, suçta ve cezada kanunilik ilkesindeki kanun terimini mutlak ve dar anlamda ele alabilirdi. Ancak almadı. Gerçi bu yorum tarzı, Anayasa Mahkemesi'nin son dönemlerde geliştirdiği KHK ile ilgili içtihatları ile çelişiyorsa da,<sup>9</sup> Anayasa Mahkemesi'nin o dönem kurulu düzene çok fazla müdahale etmek istemediği söylenebilir.

Bir başka örnekte, Anayasa Mahkemesi 1963 yılında açılan bir iptal davasında, 1961 Anayasası'nın 97. (1982 Anayasası'nın 104.) maddesinde Cumhurbaşkanına verilen milletlerarası antlaşmaları onaylama yetkisinin aksine bir düzenleme getiren 244 sayılı Kanun'un 3. maddesini Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. Anayasa Mahkemesi, milletlerarası antlaşmaları onaylama yetkisinin söz konusu 3. maddede Bakanlar Kurulu'na verilmesini "geniş bir yorumla" Anayasa'ya uygun bulmuştur.<sup>10</sup> Böyle bir görüş zaman içerisinde yoğun eleştiri olsa da, Anayasa Mahkemesi realitelerle hukuku bağdaştırmayı denemiştir.

Bu dönemde karşılaşılan bir başka örnek, Anayasa'da Meclis kararları normalde Anayasa Mahkemesi denetimi dışında bırakılmış

<sup>7</sup> E. 1965/16, K. 1965/41, 4.11.1965, AMKD, 3, 173-174.

<sup>8</sup> 10.4.1322 tarihli Asar-ı Atika (Eski Eserler) Nizamnamesi ile ilgili olarak. E.1965/16, K.1965/41, AMKD, 3, 174.

<sup>9</sup> Anayasa Mahkemesi'ne göre, eğer bir kanun hükmünde kararnamenin çıkarılmasına dayanak olan yetki kanunu iptal edilmişse, meşruiyetini ondan alan bütün KHK'lar iptal edilmelidir. Bu açıdan bakıldığında, Cumhuriyetin ilanı ile yasama yetkisi el değiştirmiş ve yeni sistemde, tek yetkili yasama erki Parlamento olmuştur. Bu nedenle, Padişah kararnamelerinin Türk pozitif hukukunda yasal dayanakları kalmamıştır. Bugün bunların iptal edilip, TBMM tarafından çıkarılacak yasalarla ikame edilmesi şeklindeki yaklaşım, Anayasa Mahkemesi'nin KHK'larla ilgili içtihadına paralellik gösterecektir.

<sup>10</sup> E.1965/12, K.1963/311, (24.12.1965), AMKD, 3, 67-82.

olmasına rağmen, Anayasa Mahkemesi, 1968/9 sayılı kararında, 2 Kasım 1966 tarihli Meclis kararını “İçtüzük hükmü niteliğinde” görerek denetleme yapmasına ilişkindir.<sup>11</sup> Anayasa Mahkemesi bu durumda, Anayasa'nın metinsel sınırları içerisine kendisini sıkıştırarak, Anayasaya aykırı düzenlemelerin başka kılıflar altında uygulamaya aktarılmasına çok haklı olarak engel olmuştur.

Bir başka örnek, 1961 Anayasası'nın 147. maddesinde, “Anayasa Mahkemesi, kanunların .. Anayasaya şekil ve esas bakımından uygunluğunu denetler” denilmesine rağmen, kurulduğunun ilk yıllarından itibaren, Anayasa Mahkemesi Anayasa'nın metnine değil, ruhuna ve amacına uygun bir yorum yaparak, evrensel hukukun genel ilkelerine atıfta bulunarak, Anayasa'nın lafzında olmayan bir denetim aracını “Anayasalık Bloku”nun içerisine katmıştır. Bunları pozitivist anlayış içerisinde yorumlayarak “Uluslararası hukuk normları ve hukukun genel ilkeleri pozitivist anayasal dayanaktan mahrumdur. Anayasa metninde geçmemektedirler. Anayasanın herhangi bir yerinde de Anayasa Mahkemesinin kanunların uluslararası hukuk normlarına veya hukukun genel ilkelerine uygunluğunu denetleyebileceği yolunda bir kayıt yoktur”<sup>12</sup> dememiştir.

Son olarak, Anayasa Mahkemesi, 1970 yılında verdiği bir kararında, 1961 Anayasası'nın metninde yer almasa bile, Anayasa değişikliklerini hem şekil hem de esas bakımdan denetleyebileceğine hükmetmiştir.<sup>13</sup>

Anayasa Mahkemesi'nin metne bağlı kalmadığı bu tür örneklerin sayısı çoğaltılabilirse de, yukarıdaki örnekler Anayasa Mahkemesi'nin bazı durumlarda metne bağlı kaldığını açık olarak göstermektedir. Ancak, ne yazık ki, Anayasa Mahkemesi, “mahkeme” kavramını yorumlarken, -- o dönem birçok olayda yaptığı gibi--, “realist” bir bakış açısıyla bakmamış veya en azından bu kavramı “amaçsal” olarak yorumlama ihtiyacı hissetmemiştir. Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki tavrının neden böyle olduğu, “mahkeme” kavramının dilbilimsel yönden incelenmesini gerektirmektedir.

---

<sup>11</sup> E.1967/6, K.1968/9, AMKD, 8, 356. Anayasa Mahkemesinin bu yönde birçok benzer kararı vardır.

<sup>12</sup> GÖZLER, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri...*, 449. (Değerli akademisyen Gözler, kitabında pozitivist yaklaşımı benimsediğini söylemektedir).

<sup>13</sup> E.1970/1, K.1970/31, AMKD, 8, 313.: Mahkeme her ne kadar şekil denetimi ile kendisini sınırlamışsa da, böyle bir tavır alması oldukça cesur bir davranıştır.

## 1.2. Terminoloji Sorunu

1982 Anayasasında, mahkeme kelimesi toplam 127 defa yalın veya bileşik halde kullanılmıştır.<sup>14</sup> Bu maddelerde geçen “mahkeme” kavramı, genel olarak, nesnel hukuk kurallarına göre, devletçe yargı dağıtımını görev ve yetkisiyle görevlendirilmiş olan merci olarak anlaşılmaktadır.

Bir hukuk sözlüğünde “mahkeme” kavramı şöyle tanımlanmaktadır: “Devletçe objektif hukuk kurallarına göre kaza tevzii görev ve yetkisi ile vazifelenirilmiş olan mercilerdir. Bunlar vazifelerini kullanan kaza hakkının nevi ve mahiyetine göre bir veya birden ziyade yargıçlardan mürekkep heyetler halinde yaparlar. Mahkemeler, adli idari ve askeri olmak üzere üçe ayrılırlar”.<sup>15</sup>

Bu tanımdan çıkan öğeler şunlardır.

- a) Mahkemelerin Devlet tarafından görevlendirilmesi (AY. Madde 142’ye göre bunun yasayla yapılması gerekir),
- b) Kararlarını objektif hukuk kurallarına göre vermesi (Hakkaniyet ve örf ve adete ilk aşamada hemen başvurmaması),
- c) Mahkemeyi oluşturan üyelerin sayısı önemli olmaması,
- d) Mahkemenin, adli, idari ve askeri yargıdan birisinin içerisinde görev yapması,
- e) Yargıçlardan kurulu olması.

Yukarıdaki tanım aslında bugün mahkeme olarak kabul edilmeyen yasayla kurulmuş, objektif hukuka göre karar veren, adli yargının görevine giren bir konuda yargılama yapan bir heyet veya divanın mahkeme sayılması için yeterli olmalıdır. Ancak, Türkçe’de bu tanımda

<sup>14</sup> Yargı yetkisinin Türk Ulusu adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağına hükmeden 9. maddede, mahkemelerin bağımsızlığını düzenleyen 138. maddede, yargıçlık ve savcılık güvencesine ilişkin 139. maddede, yargıçlık ve savcılık mesleğini düzenleyen 140. maddede, duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olması gerektiğine hükmeden 141. maddede ve Anayasa Mahkemesi’ne itiraz yoluyla başvuruyu düzenleyen 152. maddede olduğu gibi, Anayasa’nın çeşitli hükümlerinde “mahkeme” kavramı yer almaktadır. Bknz. Madde 9, 15/2, 19, 28, 29, 36, 37, 69, 84,87, 135, 138-143 ve 145 vd.

<sup>15</sup> Hüseyin ÖZCAN, *Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü*, 6. Bası, Seçkin, Ankara, 1986, 487.

geçen ögelerin sadece, organik, şekli veya maddi anlamda mahkeme kavramına işaret ettiği şeklinde genel bir kanaat vardır.

Bu tanımlı aldığımız sözlük, “mahkeme”yi tanımlarken, tanımın hemen başına “(Fr. *Tribunal*)” karşılığını yazmıştır. Halbuki, yazar, Fransızca’da kullanılan bir başka terimi (*Cour*) daha kullanabilirdi. Kanımızca, tribunal teriminin seçimi bilinçli olarak yapılmıştır. Yukarıdaki tanımlı içeren sözlük aslında “mahkeme”yi değil, “tribunal”ı tanımlamaktadır.

Görüldüğü üzere, mahkeme kavramının, Latince “*tribunus*” kelimesinden gelen İngilizce, Fransızca, İspanyolca ve Fransızca’da ortak şekilde yazılan “*tribunal*” (İtalyanca’da küçük bir farkla *tribunale*) şeklinde ikinci bir anlamı vardır. Ne yazık ki, Türkçe’de *tribunal* kelimesinin ifade ettiği nüansı yansıtacak bir kelime, bir karşılık tam olarak bulunamadığı için, geniş ve şümulü bu kavram, Türkçe’de “*Cour-Court-Gericht*” anlamındaki, “mahkeme” kavramının gölgesinde kalmış ve o şekilde kullanılagelmiştir.

Anayasa Mahkemesi, kurulduğu ilk yıllardan itibaren mahkemeyi Fransızca “*Cour*”, İngilizce “*Court*”, Almanca “*Gericht*”, İtalyanca, İspanyolca ve Portekizce’de ortak olan “*Corte*” olarak algılamıştır. Halbuki, bu yorum tarzı mahkeme kavramının dar yorumlanmasından ibarettir. Türk Anayasa Mahkemesi kendisini mahkeme olarak kabul etmemekle birlikte, Avrupa Anayasa Mahkemeleri kendilerini genelde “*Cour-Court-Gericht...*” olarak tanımlamışlardır.<sup>16</sup> Diğer bir deyişle, kendi kimliklerini, zayıf ve “*court*”tan daha genel olan, “*tribunal*” kavramı ile ortaya koymak yerine, ondan daha güçlü bir terimi seçerek “*court*” kavramı ile vurgulama yolunu seçmişlerdir. Buna karşın bazı ülkelerin Anayasa Mahkemeleri daha zayıf, genel ve özel bir mahkeme anlamına gelen “*tribunal*” terimini kullanmayı seçmişlerdir.<sup>17</sup> Türk Anayasa Mahkemesi’nin kendisini iki durum haricinde mahkeme olarak görmemesi nedeniyle, Anayasa Mahkemesi’nin resmi metinlerde “*Cour Constitutionnelle Turque*” yerine “*Tribunal Constitutionnelle Turque*” olarak çevrilmesinin doğru olacağı düşünülmektedir.

<sup>16</sup> Arnavutluk, Almanya, Ermenistan, Avusturya, Azerbaycan, Belçika, Bosna Hersek, Bulgaristan, Hırvatistan, Gürcistan, Macaristan, İtalya, Letonya, Liechtenstein, Litvanya, Malta, Moldavya, Romanya, Rusya, Slovakya, Slovenya, Çek Cumhuriyeti, Ukrayna, Yugoslavya Anayasa Mahkemeleri kendilerini “*Cour-Court-Corte-Gericht*” olarak nitelendirmektedirler. Bu Mahkemeler, 2002 yılının Mayıs ayında 12. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansına katıldıklarında, konferans belgelerinde kendilerini bu şekilde takdim etmişlerdir.

<sup>17</sup> Andora, İspanya, Polonya, Portekiz ve İsviçre.



*Collins-Cobuild* İngilizce-İngilizce sözlüğü “Tribunal” sözcüğünü şu şekilde tanımlamaktadır: “Özel amaçlarla kurulmuş özel mahkeme veya komite”. *Concise Oxford Sözlüğü* (9th ed.) “tribunal”ı tanımlarken bir sorunu karara bağlamak için görevlendirilmiş bir kurul olarak tanımlamaktadır. Ancak, maalesef Türkçe’de “tribunal” kavramını karşılayacak başka bir kavram olmadığı için, doktrin alternatif yokluğundan “mahkeme” tabirini kullanmaktadır. Doktrinin bu konuda seçeneksizliği şu örneklerde görülebilir.

Yugoslavya ve Ruanda’da işlenen suçları yargılamak amacıyla kurulmuş olan yargı mercileri, hem İngilizce hem de Fransızca’da *tribunal* olarak adlandırılmaktadır.<sup>18</sup> Nüremberg’de savaş suçlularını yargılayan *ad hoc* Tribunal’den başlayarak bu tür yargı mercileri Türkçe’ye “savaş suçları mahkemeleri” olarak çevrilmiştir.<sup>19</sup>

İkinci bir örnek, Avrupa Topluluğu’nu kuran Roma Antlaşması’nın eski 177., yeni 234. maddesi, “Ön Karar” (*Preliminary Ruling*) sürecini düzenlemektedir. 234. madde aynen şöyle demektedir: “Bir Üye Devletin her hangi bir **“court”** veya **“tribunal”** önünde böyle bir sorun doğduğu takdirde, bu court veya tribunal, eğer sorun konusundaki bir kararın, hükmün verilmesi için gerekli olduğunu düşünüyorsa, Adalet Divanından bu konuda karar vermesini isteyebilir”.<sup>20</sup>

Maddede geçen “court” ve “tribunal” terimleri özellikle Türkçeleştirilmemiştir. Türkçeleştirildiği takdirde, metnin anlamını kaybedeceği görülmektedir. Prof. Dr. Haluk Günöğür, bu iki kavramı

<sup>18</sup> “International Criminal Tribunal for former Yugoslavia/Rwanda” ve “Tribunal Pénal International pour La Yougoslavie/ le Rwanda”

<sup>19</sup> Ancak, “Uluslararası Ceza Mahkemesi”nin orijinal adı, sürekli ve genel yetkili olduğu için “International Criminal Court” olarak seçilmiştir. Uluslararası ceza mahkemeleri için bkz. “International Criminal Tribunals”, <http://www1.umn.edu/humanrts/links/intrib.html>

<sup>20</sup> “Where such a question is raised before any court or tribunal of a Member State, that court or tribunal may, if it considers that a decision on the question is necessary to enable it to give judgment, request the Court of Justice to give a ruling thereon.”

Bu maddenin 3. fıkrası konumuzu ilgilendirmemekle birlikte, Anayasa Mahkemesini ilgilendirdiği için buraya alınmıştır: “Böyle bir sorun, iç hukuk bakımından kararlarına karşı kanun yoluna başvurulması olanağı bulunmayan bir ulusal yargı organı önünde ortaya atılırsa, bu yargı organı Adalet Divanı’na başvurmaya zorunludur”. Buradan hareketle, Anayasa Mahkemesi de bu madde ışığında Divan’dan yorum isteyebilecektir.

“ulusal yargı organları” olarak çevirmektedir.<sup>21</sup> Ancak, burada kullanılan terim Türk literatüründe “tribunal”ları dışlayacak nitelikte olduğu için, eş deyişle, “yargı organı” terimi klasik anlamda “mahkemeyi” hatırlattığı için, bu ifade dar yorumlanabilir. Prof. Dr. Füsün Arsava, bu terimleri tek bir kavramla, “mahkeme” olarak özetlemektedir.<sup>22</sup>

Roma Antlaşması'nın 234. maddesinin çevirisi konusunda Türkçe'nin genel kabul görmüş alternatif bir kavram sunmaması, uygulamada şöyle bir sorunu ortaya çıkarmaktadır. Türkiye AB üyesi olduğu zaman, Tüketici Sorunları Hakem Heyeti'nin çözmek durumunda olduğu bir uyuşmazlıkta, uyuşmazlık konusu malın yapımında kullanılan malzemenin AB yönergelerine uygun olup olmadığını incelerken bir yönerge hükmünün nasıl anlaşılması gerektiği ile ilgili olarak, bu Heyet, 234. madde gereğince ön karar prosedürüne uygun olarak Lüksembourg Mahkemesi'ne başvuracak olsa, böyle bir başvuruyu yapmaya yetkili olup olmadığını anlamak için 234. maddenin Türkçe çevirisini okuduğumuzda mahkeme olmadığı için başvuramayacağını söylemek gerekir. Ancak, İngilizce metni okunduğunda, bu Heyetin, bir *tribunal* olması nedeniyle Topluluk Adalet Divanına başvurabileceği sonucu çıkacaktır. Aynı şey, bütün hakem mahkemeleri için geçerlidir.

Türkçe'de tam bir karşılık bulunamadığı için özgün anlamını yitiren başka metinler de vardır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde yer alan ve adil yargılanma başlığını taşıyan hükmü bunlara örnek olarak gösterilebilir. Maddenin birinci fıkrası İngilizce ve Fransızca orijinallerinde aynen şöyle demektedir:

“everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial **tribunal** established by law./“Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un **tribunal** indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera,”

Bu madde yargılamanın, belirli şartları taşıyan bir “*tribunal*”da yapılmasını adil yargılama açısından yeterli görmektedir. Türkçe resmi

<sup>21</sup> Haluk GÜNUĞUR, *Avrupa Topluluğu Hukuku*, 2. bası, Tarhan Yayınevi, Ankara, 1993, 364.

<sup>22</sup> Füsün ARSAVA, *Roma Antlaşmasında Önkarar Prosedürü ve Bu Prosedür Çerçevesinde Doğan Sorunlar*, A.Ü. Avrupa Topluluğu Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını, Ankara, 1989, 41.

çeviride, “her şahıs ... kanuni, müstakil, ve tarafsız bir **mahkeme** tarafından...dinlenilmesini istemek hakkını haizdir” demektedir.

Sözleşme kapsamında “tribunal” kavramının, “mahkeme” olarak çevrildiğine başka bir güzel örnek de Sözleşmenin 7. Protokolünün 2/1. maddesinden verilebilir. Buna göre, “*Everyone convicted of a criminal offence by a **tribunal** shall have the right to have his conviction or sentence reviewed by a **higher tribunal**...*” Bu cümlenin Resmi Gazete’de yayımlanan tercümesi şu şekildedir: “Bir **mahkeme** tarafından cezai bir suçtan sorumlu bulunan her şahıs bu sorumluluk kararını yahut mahkumiyet hükmünü daha **üst derecede bir mahkemeye** incelemek hakkına sahiptir”.

Çevirideki bu farklılığa dikkat edilmediği takdirde, mahkeme olarak kabul edilmediği için Anayasa Mahkemesi’nce Anayasa’ya aykırı olduğuna karar verilen Baro Hakem Kurulları’nın Sözleşme’nin 6. maddesi anlamında adil yargılama yapan bir mercii olmadığı ileri sürülmüştür. Halbuki, Sözleşme çerçevesinde bu tür kurullar bir tribunal olarak algılanmaktadır.

Çeviri sorunu ile ilgili son olarak, 21 Temmuz 2003 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesine bir bakalım. Bu Sözleşmenin 14/1. maddesi şöyle demektedir:

“All persons shall be equal before the **courts and tribunals**... everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial **tribunal** established by law...”

Şimdi bu metnin Resmi Gazete’de nasıl çevrildiğine bir bakalım:

“Herkes **mahkemeler ve yargı organları** önünde eşittir. Herkes ...yasalar uyarınca kurulmuş yetkili, bağımsız ve tarafsız bir **mahkeme** önünde adil ve kamuya açık bir duruşma hakkına sahiptir.”

Ne gariptir ki, tribunal kelimesi ilk cümlede “yargı organı” olarak çevrilmiş<sup>23</sup>, ancak ikinci cümlede mahkeme olarak Türkçe’ye aktarılmıştır. Adalet Bakanlığının internet sitesinde yer alan çeviride 14. madde şu şekilde çevrilmiştir: “Herkes **mahkemeler** ve **adalet**

<sup>23</sup> Aynı maddenin 5. fıkrasında “*higher tribunal*”, “daha yüksek bir yargı organı” olarak çevrilmiştir.

**divanları** önünde eşittir”.<sup>24</sup> Sadece bu örnek bile “tribunal” ile “mahkeme” kavramlarını ayırmanın zorluğunu göstermek için yeterlidir.

Türkçe’de “tribunal” kavramına herkes tarafından kabul edilmiş özel bir karşılık bulunamamasından kaynaklanan sıkıntı nedeniyle Türk hukuk literatüründe “mahkeme” tabiri iki fonksiyonlu bir işlevi üzerine almıştır. Orijinali Türkçe olan bir hukuk metninde geçen “mahkeme” tabirinin, “court” anlamında mı, yoksa “tribunal” anlamında mı kullanıldığını her olayın özelliklerine göre tek tek inceleyerek karar vermek uygun olur. Toptancı ve yeknesak bir biçimde mahkeme kavramını tek bir şekilde yorumlamak, akademisyenleri ve uygulamadakileri metinselciliğe (literalism) götürür. Özellikle, böyle bir metinselciliğin anayasa yargısında yerinin olmadığı düşünülmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Protokolleri, ceza yargılamasında bile “tribunal” terimini “court” terimine tercih ederek, yargılayan organın isminin değil, yargılamanın maddi içeriğinin önemli olduğu mesajını vermektedir. Bu her ülkenin sistemine göre farklılık gösterebilir. Bizim hukuk sistemimizde ceza yargılaması klasik anlamda yapıldığı için, Protokoldeki “tribunal” terimini “court” olarak anlamak doğru olur. Ancak aynı şeyi anayasa yargısı için söylemek doğru olmaz. Anayasa yargısının amaç ve dinamikleri ceza yargılamasından farklıdır. O nedenle, Anayasa’nın 152. maddesinde yer alan “davaya bakmakta olan mahkeme” tabirini Batı dillerine çevirirken “tribunal a quo”<sup>25</sup> olarak çevirmek ve böyle anlamak doğru olur. Bu kavramın içerisine “court a quo” kavramı da girer. “Davaya bakmakta olan mahkeme” ifadesinin Türkçe’de bugüne kadar dar anlamda (“cour-gericht-court” a quo) olarak anlaşılması, Türkçe’nin anayasa yargısına yaptığı bir azizlik sonucu olmuştur.

Ancak her dilde bu tür zayıflıklar olabilir. Örneğin, Türkçe’de hak ve hukuk iki ayrı kavramla ifade edilmesine karşılık Almanca ve Fransızca’da *recht* ve *droit* hem hak hem de hukuk anlamına gelmektedir. Bunları karıştırmamak için başlarına sübjektif ve objektif kelimeleri takı şeklinde getirilmektedir. İngilizce’de “orphan” hem yetim hem öksüz anlamında kullanılmaktadır. Hala, teyze ve yenge’nin İngilizce’de tek bir karşılığı vardır: “aunt”. Bazen bir kelimenin orijinalinde kullanılan kelimenin, başka bir dile çevrilmesi, ardından başka yanlış anlamları da beraberinde getirmektedir. Örneğin, 1967

<sup>24</sup> <http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/bmsivilhak.htm>

<sup>25</sup> Bu kavramın geçtiği bir metin olarak, bkz. “<http://www.dgsi.pt/atco1.nsf/0/-8f22510648242f0f8025682d00641081?OpenDocument>”

yılında ortaya atılan “common heritage of mankind” kavramındaki “heritage” kavramı İngilizce’de “miras” anlamına gelmektedir. Ancak Fransızlar bu kelimeyi “*patrimoine*”, İspanyollar ise “*patrimoine*” olarak çevirmişlerdir. Dolayısıyla, Fransızların bu kavramdan anladıkları ile İngilizlerin anladıkları farklı şeylerdir. Bu kelime Fransızca’da “mal varlığı” anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, bu kelimenin İngilizce’den Türkçe’ye çevrilmesinde “ortak miras”, Fransızca’dan çevrilmesinde “ortak mal” karşılık olarak bulunmaktadır.<sup>26</sup>

Yukarıda açıklanan terminoloji problemi nedeniyle, Anayasa Mahkemesi, 1962-1972 arası, “*mahkeme*” kavramını, sadece “*court*” olarak algılamış, “tribunal” olarak oluşan mahkemeleri bu kategori içerisine almamıştır. Halbuki, “hakem mahkemesi” ve “sulh hukuk mahkemesi” terimlerine metinsel ve dilbilimsel olarak bakıldığında her ikisinin de mahkeme olduğu ileri sürülebilir.<sup>27</sup>

Anayasa’nın 152. maddesindeki “mahkeme” ifadesinin geçmişte “tribunal” olarak geniş bir şekilde anlaşılmaması, iki kavram arasındaki farkın net bir şekilde ortaya konulmamış olmasından kaynaklanmaktadır. Mahkeme kavramının dar anlaşılmasının, anayasa yargısına, temel hak ve özgürlüklerin korunmasına ve adil yargılama hakkına olumlu yönde bir katkı sağlamadığını düşünüyoruz. Uygulamakta oldukları hükmün iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi’ne başvuran mercilerin yaptıkları başvurular “mahkeme” olmadıklarından dolayı reddedilmiş, ve bundan dolayı sadece o mercilerin olaya uygulayacakları kuralların Anayasa’ya aykırılıkları incelenememiştir.

Bir kez daha vurgulamak gerekirse, mahkeme olarak kabul edilemeyen yarı yargısal görev yapan merciler Anayasa Mahkemesi’ne Anayasa’ya aykırı buldukları bir hükmün iptali için başvurduklarında, Anayasa Mahkemesi’nin yerleşik içtihatlarına göre, Anayasa’nın 152. maddesi anlamında bir “mahkeme” olmadıklarından, bunların yaptıkları başvurular yetkisizlikten reddedilmiştir.

<sup>26</sup> Hüseyin PAZARCI, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, II. Cilt, Turhan Yayınevi, Ankara, 2003, 249, 288.

<sup>27</sup> Avni Givda, 1970/29 sayılı kararda yazdığı karşıoy yazısında, “disiplin mahkemesi” kavramının ortadan ikiye bölünerek, ve burada yapıldığı gibi son kısmına bakılarak mahkeme kavramını buradan çıkarmanın doğru olmadığını ileri sürmüştür, E.1970/6, K.1970/29, AMKD, 8, 288, 303.

**BU SAYFA ÇİFT OLDUĞU İÇİN  
BOŞ BIRAKILMIŐTIR**