



AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN FAZLI ASLANER/ TÜRKİYE KARARI BAĞLAMINDA TARAFSIZ MAHKEMEDE YARGILANMA HAKKI

*The Right to Impartial Tribunal in the Context of the European Court of
Human Rights's (ECtR) Fazlı Aslaner/Turkey Decision*

Fatih TORUN*

ÖZET

Bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkı, modern demokrasilerin ve hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmez unsurlarından birisidir. Kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkı, adil yargılanma hakkının temel unsurlarından birisini teşkil etmekte olup kuvvetler ayrılığı ilkesiyle de doğrudan bağlantılıdır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), tarafsızlık kavramını nesnel (objektif) ve öznel (sübjektif) olmak üzere iki açıdan ele almaktadır. İlk aşamada, hâkimin birey olarak davadaki kişisel tarafsızlığı yani öznel tarafsızlık, ikinci aşamada ise kurum olarak mahkemenin tarafsızlığı, yani nesnel tarafsızlık incelenmektedir.

Danıştay, hem idarenin danışma organı sıfatıyla idari görevleri olan hem de idari işlem ve eylemlere karşı ilk derece ve temyiz mahkemesi olarak yargısal görevleri yerine getiren bir kurumdur. Bu noktada Danıştayın bazı uyuşmazlıklarda çifte rol üstlenmesinin tarafsız mahkemede yargılanma hakkı açısından sorun oluşturma ihtimali bulunmaktadır.

Ayrıca temyiz incelemesi aşamasında idari yargı yerlerinin kararını bozan Danıştay dairesi üyelerinin aynı zamanda ısrar kararı üzerine kararı inceleyen İdari Dava Daireleri Kurulu (İDDK) veya Vergi Dava Daireleri Kuruluna (VDDK) da katılmalarının nesnel tarafsızlık açısından tarafsız mahkemede yargılanma hakkına aykırılık oluşturup oluşturmadığı tartışmalı bir konudur. Bu konu AİHM tarafından Fazlı Aslaner/Türkiye

* Anayasa Mahkemesi Raportörü., fatih.torun@anayasa.gov.tr,
ORCID ID: 0000-0002-4616-3345

başvurusunda incelenmiştir. Bu uygulama nedeniyle tarafsız mahkemede yargılanma hakkı açısından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS) 6/1. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir.

AİHM anılan kararında, kurula katılan hâkimlerin sayısal ağırlıklarının az ya da çok olması açısından değil oynadıkları rolü -üyelerden birisinin İDDK'de başkanvekili olarak bulunması- ön plana çıkararak ele almıştır. Ayrıca Mahkeme, bir zorunluluk veya önemli bir gerekçe olmadığı sürece aynı konuda karar veren hâkimlerin yargılamanın sonraki aşamalarında rol oynamasını söz konusu hak açısından ihlal olarak değerlendirmiştir. Karar, AİHM ve Anayasa Mahkemesi (AYM) içtihatları çerçevesinde incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Adil yargılanma hakkı, bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkı, nesnel tarafsızlık, Danıştay, İDDK

ABSTRACT

The right to independent and impartial tribunal is one of the indispensable element of modern democracies and principles of the state of law. Right to independent and impartial tribunal established by law is essential elements of right to due process and directly connected with principles of the checks and balances (seperation of powers).

The European Court of Human Rights (ECHtR) considers the concept of impartiality from two perspectives: objective and subjective. In the first stage, the impartiality of the judge as an individual, namely subjective impartiality in the case, and in the second stage, the impartiality of the court as an institution, that is, objective impartiality, are examined.

The Council of State is an institution which has both administrative duties as an advisory body of the administration and performs judicial duties as a first-instance and appeal court against administrative procedures and actions. At this point, it is possible that the Danıştay's double role in some disputes may cause problems for the right to be tried in an impartial court.

It is also a matter of controversy whether the members of the Council of State, which disrupted the decision of the administrative jurisdictions during the appellate review process, also participated in the Board of Administrative Litigation Offices or Board of Tax Litigation Offices, which reviewed the decision upon the decision of insistence, in violation of the right to an impartial trial in terms of objective impartiality. This issue was examined by ECHR in its application to Fazlı Aslaner /Turkey. The Court held that there had been a violation of the right to be tried in an impartial court.

In its judgment, the Court did not deal with the numerical weight of judges participating in the committee, but rather with a focus on the role they played that one of the members to be the Vice President of the Board of Administrative Litigation Offices. Furthermore, the Court considered that the judges who had decided on the same matter to play a role in the subsequent stages of the proceedings, unless there was a requirement or an important justification, as a violation of that right. The decision was examined within the framework of the case-law of the Court and the Turkish Constitutional Court.

Keywords: The right to a fair trial, the right to be tried in an independent and impartial court, objective impartiality, Council of State, Board of Administrative Litigation Offices.

GİRİŞ

Yargının bağımsız ve tarafsız olması, modern demokrasilerin ve hukuk devleti ilkesinin temel unsurlarından birisini teşkil etmektedir. Devletin en temel görevlerinden birisi adalet dağıtmak olup adaletin dağıtımında devlete düşen görev, tarafsızlığı ve eşitliği sağlamaktır.

1982 Anayasası'nın 2. maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk devletidir. Hukuk devleti ilkesi, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu adil hukuk düzeni kuran ve bu sistemi devam ettirmekle kendini yükümlü sayan devlettir. Bu ilke devletin kendi koyduğu kurullarla kendisini bağlı hissetmesini de gerektirir. Bir hukuk devletinin devamlılığı için ihtiyaç duyulan en önemli hususlardan birisi de temel hak ve hürriyetlerin korunması ve bu korumanın güvence altına alınabilmesi için adil bir yargılama yapılmasıdır. Bu hususların sağlanabilmesi ise yargı erkini kullananların yani hâkimlerin bağımsız olmalarına ve görevlerini tarafsız bir şekilde yerine getirebilmelerine bağlıdır.

Kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkı, adil yargılanma hakkının temel unsurlarından birisini teşkil etmektedir. Kuvvetler ayrılığı ilkesiyle de doğrudan bağlantılı olan bu hak, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkemeler sayesinde bireye hem diğer bireyler hem de devlet karşısında koruma sağlamaktadır. AİHS'in adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinin 1. fıkrasında da herkesin bağımsız ve tarafsız bir mahkemede, makul sürede, hakkaniyete uygun ve aleni surette yargılanma hakkına sahip olduğu ifade edilmektedir.

Ülkemizde 1982 Anayasası'nın 36. maddesinde yer alan hak arama hürriyetine 2001 yılında AİHS ile paralel şekilde "*adil yargılanma hakkı*" ibaresi eklenmiştir. Böylelikle AİHS'in 6. maddesi ile koruma altına alınmış olan adil yargılanma hakkı doğrudan anayasal bir güvenceye kavuşturulmuştur.

Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkının kapsamı Anayasa'mızda belirlenmemiş olmakla birlikte bu hakkın kapsamı ve unsurları AİHS çerçevesinde AİHM'in geliştirdiği içtihatlar ile 2010 yılında Anayasa'mızda yapılan değişikliklerle birlikte AYM'de bireysel başvuru yolunun kabul edilmesinin ardından AYM içtihatları yoluyla şekillendirilmiştir. Bu bağlamda bağımsız ve tarafsız

mahkemede yargılanma hakkı, AİHS'in 6. maddesi ile 1982 Anayasası'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının alt güvencelerinden birisini oluşturmaktadır.

I. ADİL YARGILANMA HAKKI

Adil yargılanma hakkı, olayın herhangi bir yargı merciine intikal ettiği andan kesin hüküm verilene kadar devam eden yargılama sürecinin tümünde gözetilmesi gereken bir haktır. Adil yargılanma hakkı ile güvence altına alınması istenen husus, adil bir karar verilmesinin yanı sıra adil bir karara ulaşılabilmesi için gerekli şartların yargılama öncesi ve sırasında sağlanmasıdır¹. Adil yargılanma hakkı açısından önemli olan, yargılamanın bitiminde varılan sonuçtan ziyade yargılama sürecidir. Diğer bir deyişle *içerik olarak adil bir karar verilip verilmediği değil adil bir karar verilebilmesi için gerekli koşulların sağlanıp sağlanmadığı* önem kazanmaktadır. Adil yargılanma hakkı bütün yargılama sürecine ilişkin olduğundan bu hakkın içerdiği güvenceler ilk derece yargılaması kadar istinaf ve temyiz aşamaları için de geçerlidir.

1982 Anayasası'nın 36. maddesi, "*Hak arama hürriyeti*" başlığını taşımakta olup bu maddeye göre "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*" Adil yargılanma hakkı, söz konusu maddeye 4709 sayılı Kanun ile eklenmiş ve böylece AİHS'in 6. maddesinde yer alan "*adil yargılanma hakkı*"² Türk hukuk düzeninde anayasal bir hak hâline getirilmiştir. 1982 Anayasası'nın 36. maddesine *adil yargılanma hakkı* ibaresinin eklenmesi ile birlikte hak arama özgürlüğünün tümünü en geniş anlamıyla kapsayan adil yargılanma hakkının, ulusal hukuk düzenimiz bakımından AİHM'in bakış açısıyla aynı perspektif içinde göz önüne alınması gereği ortaya çıkmıştır. Bir başka deyişle AİHS'in öngördüğü bu genel ilke anayasal pozitif hukuk normuna

¹ Takçı, T. (2017). *Türk ve Avrupa Hukukunda Temel Hak Boyutuyla Adil Yargılanma Hakkı*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 6.

² AİHS'in "*Adil yargılanma hakkı*" başlıklı 6. maddesinin 1. fıkrasında "*Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar aleni olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararma, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya ahenin adil yargılanmaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir.*" denilmektedir.

dönüştürülmek suretiyle AİHM'in belirlediği içerikte bir hukuksal güç ve değere ulaşmıştır³.

AİHS'e bakıldığında adil yargılanma hakkına ilişkin olarak yapılacak inceleme ve denetim alanının sınırlandığı görülmektedir. AİHS'in 6/1. maddesinde, adil yargılamaya ilişkin hak ve ilkelerin *medeni (civil) hak ve yükümlülüklerle ilgili uyumsuzlukların ve bir suç isnadının (criminal charge)* esasının karara bağlanması esnasında geçerli olduğu belirtilmektedir. Bu iki durumun söz konusu olmadığı zaman adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiası maddenin uygulama alanı içinde görülmeyle AİHM tarafından değerlendirilmemektedir⁴. 1982 Anayasası'nın 36. maddesi bakımından ise norm alanı sınırlaması bulunmamaktadır. Buna rağmen AYM, Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkının norm alanını AİHS'in 6. maddesine paralel bir biçimde dar yorumlamaktadır. AYM, bireysel başvuru kararlarında AİHS metni ve AİHM kararları ile ortaya çıkan ve adil yargılanma hakkının somut görünümüleri olan alt ilke ve hakların esasen Anayasa'nın 36. maddesinde yer verilen adil yargılanma hakkının da unsurları olduğunu belirtmektedir⁵. Bir başka anlatımla AYM kural olarak adil yargılanma hakkının norm alanını AİHM'in AİHS'in 6. maddesinin norm alanına ilişkin içtihadı ile paralel bir biçimde belirlemektedir.

Bunun yanı sıra AİHM içtihatlarında, AİHS'in diğer maddelerinde düzenlenen hak ve özgürlüklere ilişkin iddiaların da sıklıkla adil yargılanma hakkına ilişkin sorunlarla birlikte incelendiğini görmek mümkündür. Bu kapsamda adil yargılanma hakkı bir nevi diğer hakların da etkili bir biçimde kullanılmasını ve savunulmasını temin eden usule ilişkin bir hak olduğu için AİHS ve AİHM bünyesinde oldukça önemli bir yere sahiptir⁶.

Adil yargılanma hakkının kapsamına bakıldığında AİHS'in 6. maddesi metninden açık biçimde anlaşılan hakların yanı sıra bu maddenin

³ Erkut, C. (2004). *Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı*, İstanbul: Yenilik Basımevi, s. 216.

⁴ İnceoğlu, S. (2018). *Adil Yargılanma Hakkı (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 4)*, Ankara: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sisteminin Desteklenmesi Ortak Projesi, s. 4.

⁵ Yılmaz Özel, N. (2016). *Adil Yargılanma Hakkı Kriterlerinin Türk İdari Yargılama Hukuku Açısından Muhtemel ve Gerçekleşen Etkileri*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 45; Taççı, T. (2017). s. 7.

⁶ Yılmaz Özel, N. (2016). s. 44.

lafzında yer almamakla birlikte maddenin ruhunda mündemiç olduğu için mahkeme içtihatlarıyla ortaya konulan hakların da bulunduğu görülmektedir. Maddede açıkça zikredilen alt ilke ve haklar; bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkı, makul sürede yargılanma hakkı, aleni yargılanma hakkı, aleni hüküm hakkı ve ceza davalarında sanıklara tanınan asgari haklar (masumiyet karinesi, suçlama hakkında bilgilendirilme hakkı, savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olma hakkı, kendini savunma ya da kendi seçeceği bir avukatın yardımından yararlanma hakkı, tanıkları sorgulama hakkı, tercüman yardımından faydalanma hakkı) olarak sayılabilir. Maddenin anlam ve kapsamı dâhilinde varlığı kabul edilen alt ilke ve haklar ise mahkemeye erişim hakkı, duruşmada hazır bulunma hakkı, silahların eşitliği ilkesi, çelişmeli yargılama ilkesi, gerekçeli karar hakkı ve delillerini gerçeğe uygun olarak sunma hakkı olarak sıralanabilir⁷.

Belirtildiği üzere, ülkemizin de taraf olduğu AİHS'in 6. maddesi ile Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının en önemli unsurlarından birisi, herkesin gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili anlaşmazlıkların çözümlenmesi gerek kendisine yöneltilen herhangi bir suçlamanın karara bağlanması konusunda, kanunla kurulmuş *bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından* yargılanması zorunluluğudur. Bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkı, AİHS'in 6. maddesinde açıkça düzenlenmiş olan adil yargılanma hakkının alt ilke ve haklarından birisidir. AİHM, yargılama işlevini yerine getirirken başvuru konusu olayla ilgili ulusal yargı yerinin bağımsız ve tarafsız olup olmadığını yukarıda aktarılan AİHS'in 6. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı çerçevesinde incelemektedir.

II. BAĞIMSIZ ve TARAFSIZ MAHKEMEDE YARGILANMA HAKKI

A. GENEL OLARAK

Yargı bağımsızlığı, hukuk devleti ilkesinin ön koşullarından birisidir. Ayrıca adil yargılanma hakkının bir unsurunu oluşturmaktadır. AYM, son dönemde verdiği kararlarında hukuk devletini eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek

⁷ Yılmaz Özel, N. (2016). s. 76, 77., İnceoğlu, S. (2018). s. 3.

sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlet olarak tanımlamaktadır⁸. Hukuk devletinin bir gereği olarak yargı bağımsızlığı, kişi hak ve hürriyetlerinin bir güvencesidir. Zira Anayasa güvencesi altına alınan kişi hak ve hürriyetlerini çiğneyen, etkisiz kılan bütün devlet işlem ve eylemleri ancak bağımsız ve tarafsız yargı yerlerinde yapılacak yargılama sonucunda verilen yargı kararları aracılığıyla ortadan kaldırılabılır⁹.

Bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkı kaynağını esasen kuvvetler ayrılığı ilkesinden almaktadır. Yargının yasama ve yürütmeden emir almaması, bağımsız ve tarafsız olması kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereği olup gerçekten demokratik hukuk devletinin birincil koşulu olan kuvvetler ayrılığı ilkesi, yargının öncelikle yasama ve yürütme organına karşı bağımsızlığını içermektedir. Daha da önemlisi, demokratik bir hukuk devletinde yasama ve yürütme organlarının yargı erki tarafından denetlenmesi, temel hak ve hürriyetler açısından en önemli güvenceyi oluşturmaktadır¹⁰.

Türk hukuku açısından, adil yargılanma hakkının unsurlarından birisi olan *bağımsız ve tarafsız mahkeme* ilkesine ilişkin olarak 1982 Anayasası'nda birçok hükme rastlamak mümkündür. Yargının öncelikle yasama ve yürütmenin olası baskı ve müdahalelerine karşı korunması gerektiğinden bu ilkenin yasama ve yürütme organlarını da bağlayan ve kolaylıkla değiştirilemeyen anayasalarda yer alması en uygun düzenleme yöntemidir. Yargı bağımsızlığına ilişkin ilke ve kurumlara anayasalarda yer verilmesi tek başına yargının bağımsızlığını sağlamaya yeterli olmasa da kolay değiştirilemeyen ve devletin temel yapısını belirleyen anayasaların bu ilkeyi güvence altına alması son derece önemlidir¹¹.

Anayasa'nın 9. maddesinin ilk hâlinde, yargı yetkisinin Türk milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağına vurgu yapılmış ancak mahkemelerin tarafsızlığına ilişkin bir ifade yer almamıştır. 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair

⁸ Bkz. AYM, E.2017/137, K.2017/161, 29/11/2017; AYM, E.2017/121, K.2017/121, 12/7/2017.

⁹ Atay, E. E. (2013). "Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı İlkesi Işığında Danıştay", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S 1, 2, s. 1140.

¹⁰ a.g.e., s. 1136.

¹¹ İştin, İ. (2014). "Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı", *Gaziantep University Journal of Social Sciences*, C. 13, S. 2, s. 295.

Kanun'un 1. maddesi ile Anayasa'nın 9. maddesine "bağımsız" ibaresinden sonra gelmek üzere "ve tarafsız" ibaresi eklenmiş ve böylece madde "Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır." şeklini almıştır. Söz konusu değişiklik ile yargının, dolayısıyla da mahkemelerin tarafsızlığı anayasal bir dayanağa kavuşturulmuştur¹².

Bunun yanı sıra 1982 Anayasası'nın 138. ve devamı maddelerinde yargı bağımsızlığı ve bunu sağlamaya yönelik güvencelere yer vermiştir. 1982 Anayasası'nın 138/1. maddesinde "Hâkimler görevlerinde bağımsızdırlar, Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler." düzenlemesine yer verilmiştir. Ayrıca Anayasa'mızın 139. maddesinde hâkimlik teminatına ilişkin düzenlemeler yer almakta ve 140. maddesinde de hâkim ve savcılık mesleğine ilişkin esaslar düzenlenmekte olup bu hükümler de mahkemelerin bağımsızlığını sağlamaya yönelik kurallar içermektedir.

AIHM içtihatları uyarınca mahkemelerin kanunla ve kanuna uygun kurulmuş olması gerektiğinden Anayasa'mızın 142. maddesinde "Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir." denilerek kanunla kurulmuş mahkeme kuralına atf yapılmaktadır. Anayasa'nın 37. maddesinde ise "Hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz." hükmü ile kanuni hâkim güvencesinden yararlanmak kişilerin haklarından biri olarak tanımlanmaktadır.

AIHS'in 6/1 maddesinde de adil yargılanma hakkının unsurları olarak herkesin bağımsız ve tarafsız bir mahkemede, makul sürede, hakkaniyete uygun ve aleni surette yargılanma hakkına vurgu yapılmakta olup anılan kuralda "Herkes, davasının ... kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından ... görülmesini istemek hakkına sahiptir." hükmü yer almaktadır.

Görüldüğü üzere gerek ulusal gerekse uluslararası hukukta herkesin kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkını sağlamaya yönelik düzenlemeler yer almaktadır. Bireylerin bu haktan yararlanmasının sağlanabilmesi için kanunla kurulmuş bir mahkemenin

¹² Topuz, G./Konan, B. (2017). "Geçmişten Günümüze Türk Hukukunda Hâkimin Tarafsızlığı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 66 (4), s. 775.

bulunması, ayrıca bu mahkemenin bağımsız ve tarafsız nitelikte olması gerekmektedir. Bu durumda bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkı açısından adil yargılanma hakkının gereklerini anlayabilmek için, hükmün içinde geçen “mahkeme” ile “bağımsızlık ve tarafsızlık” kavramlarının ne ifade ettiğinin incelenmesi gerekmektedir.

B. MAHKEME KAVRAMI

AİHM, mahkemeyi kanunla kurulan, yürütme organı ve taraflar önünde bağımsız ve tarafsız, yargılama usulü güvencesine sahip bir makam olarak tanımlamaktadır¹³. Bir anlaşmazlık veya suçlamanın, bu niteliklere sahip bir organ önüne götürülmesi, AİHS’in 6. maddesinin bireye sağladığı adil yargılanma güvencesinin temel ve yapıcı unsurlarından biri olarak kabul edilmektedir¹⁴.

AİHS'te yer verilen mahkeme kavramı özerk bir kavramdır. İlgili karar organının bazı özelliklere sahip bulunması, iç hukukta mahkeme olarak değerlendirilmese de AİHM tarafından bu organın mahkeme olarak nitelendirilmesine neden olabilmektedir¹⁵.

AİHM içtihatlarına göre bir organa yargı yeri özelliği kazandıran şey, onun yargısal fonksiyonudur. Yargı yeri kavramı, yargısal olmayan bir makam tarafından bireyin aleyhine değiştirilemeyecek bağlayıcı bir karar verme yetkisine sahip olmayı içerir. Bu tür bir yetki, yine AİHS’in 6. maddesinin 1. fıkrasındaki “karar verme” sözcüğüyle teyit edilmiştir. Bu yetki, yine aynı fıkradaki “bağımsız” olma kavramının bütünleyici bir parçasıdır. AİHM, yargısal olmayan bir makam tarafından, bireyin aleyhine değiştirilemeyecek bağlayıcı karar verme yetkisinin mahkeme kavramının en önemli ögesi olduğunu ve bu ilkenin aynı zamanda AİHS’in 6. maddesinin 1. fıkrasının gerektirdiği mahkemelerin bağımsızlığı ilkesinin de bir unsuru olarak görülebileceğini belirtmektedir¹⁶.

Bu bağlamda bir kurumun adı iç hukukta *mahkeme* olsa dahi, AİHS anlamında *mahkeme* olarak kabul görmesi için önüne gelen davayı

¹³ AİHM’in, AİHS’te yer verilen mahkeme tanımına ilişkin kararları için bkz. AİHM, *Belilos/İsviçre*, B. No: 10328/83, 29/4/1998; AİHM, *Sramek/Avusturya* B. No: 8790/79, 22/10/1984; AİHM, *Zumtobel/Avusturya*, B. No: 12235/86, 21/9/1983; AİHM, *Bentham/Hollanda*, B. No: 8848/80, 23/10/1985; AİHM, *Van De Hurk/Hollanda*, B. No: 16034/90, 19/4/1994; AİHM, *Findlay/İngiltere*, B. No: 22107/93, 25/2/1997.

¹⁴ AİHM, *Ringelsen/Avusturya*, B. No: 2614/65, 16/7/1971, § 95.

¹⁵ İnceoğlu, S. (2018). s. 69.

¹⁶ AİHM, *Van De Hurk/Hollanda*, § 45; AİHM, *Findlay/İngiltere*, § 77.

kesin karara bağlama yetkisine sahip olması gerekmektedir. Diğer bir deyişle AİHM içtihadı uyarınca bir karar mercisinin mahkeme olarak nitelendirilebilmesi için yasal olarak bağlayıcı kararlar alabilmesi gerektiğinden yalnızca görüş bildirmekle görevli makamlar ile dava konusu olayı usul ve esas yönlerinden inceleme yetkisine sahip olmayan merciler mahkeme olarak kabul edilmemektedir¹⁷. Aynı şekilde bir mahkemenin verdiği kararın yerine getirilip getirilmeyeceğine başka bir yetkili merci karar veriyorsa söz konusu mahkeme, AİHS karşısında uyuşmazlığı veya suç isnadını karara bağlayan bir *mahkeme* olarak kabul görmemekte ve bu durumun AİHS'in 6. maddesinin 1. fıkrasına aykırılık oluşturduğu kabul edilmektedir¹⁸. Bunun yanı sıra yukarıda belirtildiği üzere AİHM uygulamasında, mahkeme kavramı sadece olağan mahkemeleri kapsamamakta, kesin karar verme yetkisine sahip bazı disiplin kurulları veya uzmanlık kurulları da *mahkeme* kavramı içerisinde değerlendirilmektedir¹⁹.

Bir kurumun mahkeme olarak kabul edilmesi için gerekli olan şartlardan bir diğeri, kanunla kurulmuş olmasıdır. Kanunla kurulmuş olma, mahkemenin yasama organı tarafından çıkarılmış kanun ile düzenlenmesini ifade etmektedir. Bunun amacı mahkemenin bağımsızlığını sağlamak üzere demokratik bir toplumda yargı sistemini yürütmenin takdirine bırakmamak ve bu sistemin parlamento tarafından düzenlenmesini sağlamaktır²⁰. Ülkemiz açısından bakıldığında yukarıda belirtildiği üzere 1982 Anayasası'nın 142. maddesinde de mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir.

Mahkemenin yetki ve görevleri kanun ile tanımlanmalıdır. Kanun ile önceden kurulmuş bir mahkemenin tarafsız, bağımsız ve her bakımdan

¹⁷ Harris, D. /O'Boyle, M. /Bates, E./Buckley, C. (2013). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Ankara, s. 289.

¹⁸ Yılmaz Özel, N. (2016). s. 82.

¹⁹ İnceoğlu, S. (2013). *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı (Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler)*, İstanbul: Beta Yayınları. s. 159, Yılmaz Özel, N. (2016). s. 80.

AİHM, Baro yönetim kurulunun idari, düzenleyici, yargısal, istişari ve disiplin gibi birden çok görevi yerine getirmesinin AİHM içtihatları kapsamında yargı yeri olmasını engellemeyeceğine karar vermiştir (AİHM, H./Belçika, B. No: 8950/80, 13.11.1987, § 50). AİHM benzer şekilde, disiplin yargılaması yanında hapis hanesinin gözetimini de yürüten hapis hane disiplin kurulunun mahkeme kavramına dâhil olduğuna hükmetmiştir (AİHM, *Campbell ve Fell/Birleşik Krallık*, B. No: 7819/77, 7878/77, 28.06.1984, § 76).

²⁰ Harris, D. /O'Boyle, M. /Bates, E./Buckley, C. (2013). s. 300.

yani madde, yer, kişi ve görev bakımından yetkili hâkimine tabii (kanuni) hâkim denilmektedir. Tabii hâkim ilkesi, AİHS'in 6. maddesi ve Anayasa'mızın 36. maddesinin birinci fıkrasıyla güvence altına alınmış bulunan adil yargılanma hakkının unsurları arasında yer alan "kanunî, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma"nın alt ögesi konumundadır²¹. 1982 Anayasası'nın "Kanuni hâkim güvencesi" başlığını taşıyan 37. maddesi, "Hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir mahkeme önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz." hükümlerine yer vererek yargılamayı yapan mahkemenin kanunla kurulması gerektiğini ayrıca ve açık bir biçimde belirlemiştir. Bu kural gereğince gerek mahkemelerin kuruluş ve yetkilerinin gerekse izleyecekleri yargılama usulünün dava konusu olay ortaya çıkmadan önce kanun ile saptanmış olması gerekmektedir²². Böylece kişi veya olaya göre yargı organı oluşturma yolu kapatılarak bu yolla keyfiliklerin önüne geçilebilecektir.

Kanuni hâkim güvencesi, mahkemelerin kuruluş ve yetkileri ile izleyecekleri yargılama usulünün yasal düzenleme ile ve dava konusu olay ortaya çıkmadan önce belirlenmesini gerektirir. Bu düzenleme AYM kararlarında, kişinin hangi mahkemede yargılanacağını önceden ve kesin olarak bilmesini gerektiren doğal hâkim ilkesini koruyan bir hüküm olarak ele alınmaktadır²³.

Mahkemenin kanunla kurulmuş olma ilkesi, aynı zamanda *kanuna uygun olarak kurulmuş olma* ilkesini de kapsamaktadır. Kanunla kurulmuş bir mahkeme, kendisini düzenleyen kurallara uygun olarak çalışmıyorsa bu ilke yine ihlal edilmiş olacaktır²⁴. Diğer bir deyişle kanunla kurulmuş olma ifadesi, sadece mahkemenin kurulmasına yönelik kanuni temelin

²¹ Tanrıver, S. (2013). "Tabii Hâkim İlkesi ve Medeni Yargı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 104, s. 18.

²² İnceoğlu, S. (2018). s. 71.

²³ AYM, E. 2002/170, K. 2004/54, 5/5/2004: "(...) Hukuk devletinde yasal yargıç, doğal yargıç (tabii hâkim) olarak anlaşılmalıdır. Anayasa Mahkemesi'nin daha önceki kararlarında da belirtildiği gibi, doğal yargıç kavramı suçun işlenmesinden veya çekişmenin doğmasından önce davayı görecek yargı yerini yasanın belirlemesi diye tanımlanmaktadır. Başka bir anlatımla doğal yargıç ilkesi yargılama makamlarının suçun işlenmesinden veya çekişmenin meydana gelmesinden sonra kurulmasına veya yargıcin atanmasına engel oluşturur; sanığın veya davanın yanlarına göre yargıç atanmasına olanak vermez. (...)"

²⁴ Harris, D. /O'Boyle, M. /Bates, E./Buckley, C. (2013). s. 300, Yılmaz Özel, N. (2016). s. 84, Şahbaz, İ. (2008). "AİHM Kararlarında Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı", *Anayasa Yargısı*, (25), s. 244., İnceoğlu, S. (2013). s. 165.

varlığına dayanmamakta, hâkimler için öngörölmüş usule ilişkin güvencelerin sağlanması ve mahkemenin işleyişinin de ilgili kurallara uygun olmasını kapsamaktadır²⁵.

C. BAĞIMSIZ MAHKEME KAVRAMI

Bağımsızlık, iki organ arasındaki ilişkinin niteliği ile ilgili bir kavram olup başka bir kişi yahut organdan emir almamak, özellikle yürütme kuvveti ve davadaki tarafların etki alanı dışında olmak demektir. Yargı bağımsızlığı ilkesi kısaca, yargı organının, önündeki uyuşmazlık hakkında herhangi bir tarafın, herhangi bir nedenle doğrudan veya dolaylı kısıtlama, etki, teşvik, baskı, tehdit ve müdahalesine maruz kalmaksızın maddi olaylara ve hukuka dayanarak karar vermesini ifade eder²⁶.

Yargı bağımsızlığının tam sağlanabilmesi için, yargılama erkini kullanan hâkimin yasama ve yürütme organı yanında muhakeme içi diğer tüm etki edici faktörlerin baskısından uzak karar vermesi zorunludur. Yargının bağımsızlığı, bireyin temel hak ve özgürlüklerinin güvencesini oluşturmaktadır. Aynı şekilde yargı erkinin bağımsızlığı ve buna bağlı olarak kabul edilen hâkim teminatı, hak arama özgürlüğünün de odağını oluşturmaktadır²⁷.

Mahkemelerin bağımsızlığı, genellikle hâkimlerin bağımsızlığı ile eş anlamlı kullanılmakta ve biri diğerinin nedeni ve doğal sonucu olarak anlaşılmaktadır. Hâkimlerin bağımsızlığı, onlara tanınan bir ayrıcalık olmayıp her türlü etki, baskı, yönlendirme ve kuşkudan uzak olarak adalet dağıtacakları yolundaki güven ve inancı yerleştirme amacına yöneliktir.

Anayasa'nın 138/1. maddesinde "*Hâkimler görevlerinde bağımsızdırlar, Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler.*" hükmüne yer verilmiştir. Anayasa'mızın 139. maddesinde²⁸ hâkimlik teminatına ilişkin düzenlemeler de mahkemenin bağımsızlığı ilkesinin önemli bir güvencesini oluşturmaktadır. Hâkimlik teminatı; hâkimlerin mesleki konumlarının ve özlük haklarının korunması suretiyle her türlü korku ve endişeden uzak bir şekilde, görevlerini gerektiği gibi

²⁵ İnceoğlu, S. (2018). s. 72.

²⁶ İştin, İ. (2014). s. 287.

²⁷ Özen, M. (2010). "Yargı Bağımsızlığını Zedeleyen Düzenleme, Uygulamalar ve Bağımsızlığı Sağlamaya Yönelik Çözüm Önerileri", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:68, S. 2010/1, s. 31-32.

²⁸ Anayasa madde 139/1: "*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 kılınmaz.*"

yapmalarına hizmet eder. Anayasa'nın 140. maddesinde de hâkim ve savcılık mesleğine ilişkin esaslar düzenlenmiştir.

AİHM içtihatlarına göre yargı bağımsızlığından maksat, mahkemenin yürütmenin ve yasamanın etkisi altında kalmaması, taraflarla herhangi bir bağının bulunmaması ve mahkeme üyelerinin görevlerini yaparken herhangi bir kişi, organ, kurum ya da kuruluştan emir ve talimat almamasıdır. Başka bir organın bir mahkemenin kararını salt değiştirme veya kararın uygulanmasını askıya alabilme ihtimali, söz konusu bu yapıyı bir *bağımsız* yargılama makamı özelliğinden yoksun bırakacaktır.

AİHM bir kararında, önündeki davada, ilgili yargı yerinin "*bağımsız mahkeme*" sıfatını taşımadığını şu gerekçeyle ortaya koymuştur: "*Yargı yeri kavramı, yargısal olmayan bir makam tarafından bireyin aleyhine değiştirilemeyecek bağlayıcı bir karar verme yetkisine sahip olmayı içerir. Bu tür bir yetki, yine Sözleşme'nin 6'ncı maddesinin 1'inci fıkrasındaki "karar verme" sözcüğüyle teyit edilmiştir. Bu yetki, yine aynı fıkradaki "bağımsız" olma kavramının bütünleyici bir parçasıdır. Sözleşme'nin 6'ncı maddesindeki şartların karşılanıp karşılanmadığı, başvuruçunun bir davada sadece başarı şansının bulunup bulunmamasıyla değerlendirilemez. Çünkü 6'ncı madde, belirli bir makam tarafından verilen kararlarla belirli sonucun elde edilmesini güvence altına almaz. Birey için önemli olan şey, yargılamanın sonucudur; yani kararın hüküm fıkrasıdır. Çünkü başvuruçunun kişisel hakkının gerçek içeriği hüküm fıkralarıyla tespit edilir. Olay tarihinde Bakanlık, konuyla ilgili yargı yeri tarafından verilen kararın etkisini bireyin aleyhine olarak değiştirme yetkisine sahiptir. Bu nedenle "yargı yeri" kavramında yer alan temel unsurlardan biri bulunmamaktadır. Mevcut olaydaki heyetin Kraliyetin verdiği karardan ayrılması mümkün olmadığı için, aynı heyetten yeniden yargılama yapmasını istemek etkili bir yol değildir²⁹.*"

Belirtmek gerekir ki bağımsızlık ve tarafsızlık kavramları birbirine çok yakın kavramlar olmakla beraber mahkemenin davanın taraflarından bağımsız görev yapması bağımsızlıktan çok tarafsızlıkla ilgilidir. Çünkü bağımsızlık, mahkemenin kendi dışında olan ve özgür karar verilmesini etkileyen bir husustur. Oysa tarafsızlık hâkimin kendinden yani şahsından kaynaklanan bir durumdur. Hâkimin kendisinden kaynaklanan nedenlerle davada tarafsız olamaması, karar verirken duygularına esir olması bağımsızlıktan çok tarafsızlık ilkesi ile açıklanabilir. Bir başka deyişle tarafsızlık mutlaka bağımlı olmak anlamına gelmemekle beraber

²⁹ AİHM, *Van De Hurk/Hollanda*, §§ 45-55.

bağımsızlığı etkileyen her durum hâkimin tarafsızlığını etkiler. O nedenle yargı bağımsızlığı kavramının tarafsızlığı içerecek biçimde geniş kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir³⁰. Başka bir deyişle AİHM, bağımsızlık kavramını, genellikle tarafsızlıkla ve çoğunlukla nesnel (objektif) tarafsızlıkla birlikte incelemekte ve bu iki unsur arasında net bir ayırım yapmamaktadır.

AİHM; bir mahkemenin bağımsızlığını araştırırken üyelerinin niteliğine, atanma ve görevden alınma usullerine, görev süresine, üyelere emir verme yetkisine sahip bir makamın mevcut olup olmadığına, üyelerin her türlü etkiden korunmasını sağlayacak tedbirlerin alınıp alınmadığına ve nihayet mahkemenin bağımsız bir görünüm³¹ verip vermediğine bakmaktadır³².

D. TARAFSIZ MAHKEME KAVRAMI

Bağımsızlık kavramıyla yakından ilgili bulunan tarafsızlık kelime olarak “*yansız, taraflar arasında ayırım yapmayı hepsine eşit olarak davranma*” anlamına gelmektedir. Hâkimin tarafsızlığı ise yargılamayı yaparken hiç kimseyi kayırmaması, kendisinin veya taraflardan birinin çıkarını gözetmemesi, davanın taraflarına karşı sübjektif değil objektif davranması, taraflardan birinin veya diğerinin olumlu veya olumsuz etkisinde kalmaması, aynı zamanda kişisel görüşlerinden ve ön yargılarından uzaklaşıp taraflara eşit davranarak yargılamayı yapması şeklinde ifade edilmektedir³³.

AYM; tarafsızlığı davanın çözümünü etkileyecek bir ön yargı, tarafgirlik ve menfaate sahip olunmaması ve davanın tarafları karşısında ve onların leh ve aleyhlerinde bir düşünce veya menfaate sahip olunmaması olarak tanımlamaktadır³⁴.

³⁰ Şahbaz, İ. (2008). s. 248.

³¹ “AİHM içtihatları uyarınca mahkemenin görünümü açısından bağımsız olmadığına karar verilebilmesi için, başvuruçunun, mahkemenin bağımsız olmadığına dair kuşkusunun makul olduğunu gösteren belirtiler bulunması gerekmektedir. Çünkü dış görünüş ve bu görünüşün tarafların adil yargılanmaya ilişkin meşru beklentileri üzerindeki etkileri yargılamamın adilliğinin belirlenmesinde önemli rol oynamaktadır.” Yılmaz Özel, N. (2016). s. 90.

³² İnceoğlu, S. (2013). s. 168, Şahbaz, İ. (2008). s. 279, İştin, İ. (2014). s. 295, Yılmaz Özel, N. (2016). s. 85.

³³ Topuz, G./Konan, B. (2017). s. 764.

³⁴ AYM, *Tahir Gökatalay*, B. No: 2013/1780, 20/3/2014, § 61.

Tarafsız mahkeme konusunda öncelikle belirtilmesi gerekir ki temel usul kanunlarında hâkimin kural olarak tarafsız olacağı varsayıldığı, bu nedenle hâkimin tarafsız kalamayacağı özel durumlar saptanarak bu durumların hâkimin çekinme ve ret hâlleri olarak düzenlendiği görülmektedir. Bu nedenle ilk bakışta Anayasa ve kanunlarda, açıkça “*Hâkimler tarafsız olmak zorundadır.*” şeklinde bir düzenlemeye rastlanmamaktadır³⁵.

Türk hukuku açısından bakıldığında 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 1. maddesi ile Anayasa’nın 9. maddesine “*bağımsız*” ibaresinden sonra gelmek üzere “*ve tarafsız*” ibaresi eklenmiş olup Anayasa’nın 9. maddesi, “*Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır.*” şeklinde değiştirilmiştir. Söz konusu değişiklik ile yargının, dolayısıyla da mahkemelerin tarafsızlığı anayasal bir dayanağa kavuşturulmuştur. Ayrıca Anayasa’nın 138. maddesinde yer alan, hâkimlerin Anayasa, kanun ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm vermelerini gerektiren düzenleme tarafsızlık ilkesine dayanak olarak gösterilmektedir. Bu hükme ek olarak 140. maddenin 5. fıkrasında yer alan, hâkimlerin kanunla belirtilenlerden başka, resmî ve özel hiçbir görevde bulunamamaları da tarafsızlığın sağlanmasına yönelik hükümlerden biridir.

AİHS’in 6. maddesinin 1. fıkrası kapsamında *tarafsızlık* kavramı, mahkeme üyelerinin belirli bir davayla ilgili hiçbir menfaatlerinin bulunmamasını, davaya ilişkin herhangi bir ön yargıya ve tarafgirliğe sahip olmamasını, özellikle de mahkemenin veya mahkeme üyelerinden bazılarının taraflar düzeyinde, onların leh ve aleyhinde bir duygu ya da çıkara sahip olmamasını gerektirmektedir. Bir başka deyişle tarafsızlık; mahkeme üyelerinin yargılama yaparken taraf tutmaması, taraflara karşı objektif olması ve kişiliğinden sıyrılabilmesi demektir.

Bağımsızlık kavramı yargının geneli ile ilişkilendirilebilir iken tarafsızlık daha ziyade yargılama faaliyetini gerçekleştiren hâkim ile ilişkilendirilebilir. Zira tarafsızlık, bağımsız hâkimin kararını verirken hukuk ve adaletle kendisini sınırlandırması, değer yargılarını, siyasi-ideolojik eğilimlerini dikkate almaksızın karar vermesidir. AİHM de tarafsızlık kavramının bağımsızlık kavramıyla yakından ilgili olduğunu

³⁵ İştin, İ. (2014). s. 304.

belirtmiş, bu yaklaşımını kararlarında “bağımsızlık problemini tarafsızlık probleminden ayırmanın güç olduğu, bağımsızlık ve tarafsızlık incelemesinin ayrı ayrı yapılmasının gereksiz olduğu” yönündeki görüşleriyle desteklemiştir³⁶.

AİHM, tarafsızlık kavramını *objektif* ve *sübjektif* olmak üzere iki açıdan ele almaktadır³⁷. İlk aşamada, hâkimin birey olarak davadaki kişisel tarafsızlığı yani *sübjektif tarafsızlık*, ikinci aşamada ise kurum olarak mahkemenin tarafsızlığı yani *objektif tarafsızlık* incelenmektedir. Bir başka ifadeyle sübjektif tarafsızlık, mahkeme üyesi hâkimlerin birey sıfatıyla ilgili iken, objektif tarafsızlık ise kurum olarak mahkemenin kişide bıraktığı izlenimdir ve mahkemenin hak arayanlara güven veren, tarafsız bir görünüme sahip bulunan, tarafsızlığı sağlamak için alınmış bulunan tedbirlerin mahkemenin tarafsızlığı konusunda makul her türlü kuşkuyu ortadan kaldırır nitelikte olmasını gerektirmektedir³⁸. Sübjektif tarafsızlık, aksi sabit oluncaya kadar var sayılır. Objektif tarafsızlık konusunda ise mahkemenin verdiği görünüme bakmak gerekir³⁹.

Bir başka anlatımla tarafsızlığın varlığı, bir davada belirli bir hâkimin kişisel kanaatlerini belirleme çabası şeklindeki sübjektif test ile bir hâkimin tarafsızlığından haklı kuşku duyulmasına engel olan yeterli güvencelere sahip olup olmadığının belirlenmesi şeklindeki objektif teste göre saptanır⁴⁰.

1. Öznel (Sübjektif) Tarafsızlık

Tarafsızlık esas olarak hâkimin sübjektif durumuna ilişkindir. Hâkim, tarafların üstünde olmalı ve kararlarını kişiyi göz önüne almaksızın vermelidir. Öznel tarafsızlığın belirlenmesinde bir hâkimin belirli bir davada taraflara yönelik ön yargılı ve taraflı bir tutumunun veya kişisel kanaatinin bulunup bulunmadığı rol oynamaktadır. Öznel tarafsızlığın ihlal edildiği hususunun kabul edilebilmesi için bu tür bir kişisel taraflılık durumunun olduğunu düşündürecek delillerin olması ve kanıtlanması gerekmektedir.

³⁶ AİHM, *Debled/Belçika*, B. No: 13839/88, 22/9/1994, § 36 (Karar, Yılmaz Özel, N. (2016). s. 91’den tespit edilmiştir.).

³⁷ Şahbaz, İ. (2008). s. 263.

³⁸ Yılmaz Özel, N. (2016). s. 91., İnceoğlu, S. (2018). s. 95.

³⁹ İşten, İ. (2014). s. 302.

⁴⁰ AİHM, *Micallef/Malta*, B. No: 17056/06, 15/10/2009, § 95, AİHM, *Fey/Avusturya*, B. No: 14396/88, 24/2/1993, §§ 27, 28 ve 30.

Öznel tarafsızlığın varlığı karine olarak kabul edildiğinden bu konuda tarafsızlık, tersi ispatlanıncaya kadar var sayılır. Buna göre belirli bir uyuşmazlıkta yargılamayı yürüten hâkimin taraflardan birine yönelik ön yargılı ve taraflı bir tutumunun, kişisel bir kanaatinin veya menfaatinin, bu bağlamda kişisel bir taraflılığının söz konusu olduğunu ortaya koyan bir delil bulunmadığı ve bu husus kanıtlanmadığı müddetçe hâkimin tarafsız olduğu bir karine olarak varsayılmaktadır⁴¹. Bir başka deyişle *aksi yönde delil bulununcaya kadar bir hâkimin kişisel olarak tarafsız olduğunun kabulü gerekir*⁴².

AİHM içtihatlarında da öznel tarafsızlık aksi sabit oluncaya kadar var sayılmaktadır. Bununla birlikte öznel tarafsızlık bağlamında, hâkimin belli bir olayda kişisel kanaatleri doğrultusunda taraflı davranıp davranmadığı incelenmektedir. Yargılamayı yürüten mahkeme üyelerinin taraflardan biriyle veya anlaşmazlık konusu ile maddi veya manevi yakın bir bağının bulunması ya da yargılama sürecinde sarf ettiği ifadeleri ile tarafsız olamayacağı yönünde meşru bir kanaat uyandırması, bunun yanı sıra davadan önce dava ile doğrudan bağlantılı bir konumda bulunması tarafsızlığı ihlal edebilir.

AİHM'e göre öznel tarafsızlık incelemesi, kişisel kanaatin ve hâkimin belirli bir davranışının dikkate alınması, diğer bir deyişle hâkimin belirli bir davada kişisel bir ön yargıya sahip olup olmadığının belirlenmesini ifade eder⁴³.

AYM'ye göre ise öznel tarafsızlık, hâkimlerin görülecek davaya ilişkin öznel tutumlarıyla ilgilidir. Davaya bakacak olan hâkimin davanın taraflarına karşı eşit, yansız ve ön yargısız durması, hiçbir telkin ve baskı altında kalmadan hukuk kuralları çerçevesinde vicdani kanaatine göre karar vermesi gerekir. Anayasa ve kanunlar karşısında hâkimlerden beklenen de budur⁴⁴.

Ülkemizde, hâkimin sübjektif olarak tarafsız olamayacağı hâllerde onun yerine bir başka hâkimin yargılama faaliyetini üstlenmesini

⁴¹ AYM, *Tahir Gökatalay*, § 62.

⁴² "Öznel tarafsızlıkla ilgili olarak yanıtlanması gereken soru, bir mahkeme üyesinin başvurucuya karşı kişisel bir yanlılıkla hareket edip etmediğidir. Bu bağlamda aksini gösteren bir delil olmadıkça yargıcın tarafsız olduğu kabul edilir. Bu karine ve taraflılığın kanıtlanması gereği ışığında, öznel tarafsızlığın ihlal edildiğinin tespitinin zor olması şaşırtıcı değildir." Harris, D. /O'Boyle, M. / Bates, E./Buckley, C. (2013). s. 293.

⁴³ AİHM, *Fey/Avusturya*, § 28.

⁴⁴ AYM, E.2014/164, K.2015/12, 14/1/2015.

sağlayacak kurumlar bulunmaktadır. Bu kurumlar, *tarafsızlığın teminatı* olarak kabul edilebilecek kurumlar olup *hâkimin görevden yasaklanması, reddi ve çekinmesidir*. Hâkimin görevden yasaklanması hâlleri, hâkimin tarafsızlığının tehlikeye düşeceği varsayılan hâllerdir. Bu hâller usul kanunlarında tek tek belirtilmiştir ve genişletilmesi mümkün değildir. Bu hâllerde hâkimin yargılama faaliyetini üstlenmesi yasaklanmıştır. Hâkimin reddi ise hâkimin tarafsızlığından kuşku duyulmasını gerektiren haklı nedenlerin bulunması durumunda ya da görev yapmasının yasak olduğu hâllerde görev yapmamasının taraflarca istenebilmesidir⁴⁵. Belirtmek gerekir ki ret kurumunun işletilmesi için hâkimin gerçekten taraflı veya ön yargılı olması gerekli değildir. Ret talebinde bulunan kişinin tüm koşulları mantıklı biçimde değerlendirerek hâkimin tarafsız ve ön yargısız tutumundan kuşku duyma vesilesine sahip olması yeterlidir. Hâkimin çekinmesi ise reddini gerektirecek nedenlerin bulunduğunu gören hâkimin davaya bakmaktan imtina etmesidir. Hâkimin davaya bakmaktan çekinmesi, hâkimin tarafsız kalamayacağı varsayılan ve kanun tarafından sayma yoluyla gösterilen sınırlı hâllerde söz konusu olmaktadır.

Öznel tarafsızlıkla nesnel tarafsızlığı birbirinden kesin olarak ayırmak her zaman mümkün değildir. Örneğin yargılama sürecinde hâkim tarafından mahkemede veya basında sarf edilen tarafgir veya taraflardan birini aşağılayan sözler, bazen ön yargılı ve taraflı bir tutumun göstergesi olarak kabul edilerek öznel tarafsızlık açısından değerlendirilirken kimi zaman tarafsızlığa ilişkin görünüm ön plana çıkarılarak nesnel tarafsızlık açısından değerlendirilebilmektedir.

2. Nesnel (Objektif) Tarafsızlık

Nesnel tarafsızlık, mahkemenin verdiği görünümdür. Belirtildiği üzere nesnel tarafsızlık konusunda tarafsızlığın olup olmadığına ilişkin dış görünüş çok önemlidir. Bu nedenle bağımsızlıkta olduğu gibi tarafsızlıkta da mahkeme üyelerinin tarafsız olmalarının yanı sıra bu tarafsızlıklarının görünür olması da gerekmektedir⁴⁶. AİHM de mahkemelerin görünümü açısından bağımsızlığına ilişkin karar verdiği davalarda benimsediği *“Adaletin yerine getirilmesi yetmez, yerine getirildiği şeklinde bir görünüş*

⁴⁵ Topuz, G./Konan, B. (2017). s. 778.

⁴⁶ *“Son olarak Mahkeme tarafından Campbell ve Fell davasında belirtilen “bağımsız bir görünüm verme” koşulu, Mahkeme tarafından hem bağımsızlık hem de tarafsızlık kavramlarına ilişkin olarak geliştirilen nesnel test ile ilişkilidir.”* Harris, D. /O’Boyle, M. /Bates, E./Buckley, C. (2013). s. 291.

olması da gereklidir." yaklaşımını nesnel tarafsızlık incelemelerinde sıklıkla kullanmaktadır⁴⁷.

AYM'ye göre nesnel tarafsızlık kapsamında mahkemelerin kuruluşu ve yapılmasıyla ilgili yasal ve idari düzenlemelerin nesnel olarak tarafsız olmadığı izlenimini vermemesi gerekir. Esasında kurumsal tarafsızlık, mahkemelerin bağımsızlığı ile bağlantılı bir konudur. Tarafsızlık için öncelikle bağımsızlık ön koşulu gerçekleşmeli ve ek olarak kurumsal yönden de taraf görüntüsü verecek bir yapılanma oluşmamalıdır⁴⁸.

AİHM'e göre nesnel tarafsızlık testi⁴⁹, mahkemenin, oluşumunun tarafsızlık konusunda herhangi bir meşru şüpheyi ortadan kaldırmak için yeterli güvenceleri sağlayıp sağlamadığının belirlenmesini ifade eder⁵⁰. Bu objektif testin kanıtlanması belirli bir hâkimin tarafsızlığından kuşkulanmak için haklı ve objektif nedenlerin bulunmasını gerektirir. Nesnel tarafsızlık testi, çoğunlukla hâkim ve davanın diğer aktörleri arasındaki hiyerarşi veya başka tür bağlarla ilgilidir. Bu nedenle her bir dava özelinde, söz konusu ilişkinin niteliği ve derecesi değerlendirilerek mahkemenin tarafsızlığının mevcut olup olmadığı hakkında karar verilir. Bu tür herhangi bir bağ olmasa dahi bir hâkimin taraflı olduğu yönünde meşru bir endişeye neden olacak söz ve davranış biçimlerinden kaçınması gerekir.

Nesnel tarafsızlık incelenirken, mahkemenin tarafsız olmadığını iddia eden tarafın görüşü *önemli ama sonucu etkili değildir*. Mühim olan, tarafsızlıkla ilgili şüphelerin nesnel olarak haklı görülüp görülmediğidir. Eğer hâkimin tarafsızlığına dair *meşru bir şüphe* var ise o hâkim davadan çekilmelidir⁵¹.

⁴⁷ AİHM, *Micallef/Malta*, § 98; AİHM, *De Cubber/Belçika*, B. No: 9186/80, 26/10/1984, § 26, AİHM, *Delcourt/Belçika*, B. No: 2689/65, 17/1/1970, § 31.

⁴⁸ AYM, E.2014/164, K.2015/12, 14/1/2015.

⁴⁹ AİHM, ülkemizde daha önce mevcut olan devlet güvenlik mahkemeleri ile ilgili bir kararında da objektif tarafsızlık konusunda şu tespitlerde bulunmuştur: "*Mahkeme'nin görevi, Sözleşme'ye taraf bir ülkede, bu tür mahkemelerin kurulmasının gerekli olup olmadığına soyut olarak karar vermek veya konuyla ilgili uygulamaları denetlemek değil, fakat bu mahkemelerden birinin işleyiş tarzının, başvuruçunun adil yargılanma hakkını ihlal edip etmediğini tespit etmektir. Bu noktadan bakıldığında, mahkemenin görünümü bile büyük önem taşıyabilir. Burada tehlikede olan şey, demokratik toplumlarda mahkemelerin halka, her şeyden önemlisi yargılama süreci bakımından sanığa vermesi gereken güven duygusudur. Belirli bir mahkemenin bağımsızlık ve tarafsızlıktan yoksun olmasından endişe duymak için haklı nedenlerin olup olmadığı karara bağlanırken, sanığın görüşleri belirleyici olmamakla birlikte, önem taşır. Belirleyici olan şey, başvuruçunun şüphesinin objektif olarak haklı görülüp görülemeyeceğidir.*" (AİHM, *İncal/Türkiye*, B. No: 41/1997/825/1031, 9/6/1998, § 70, 71).

⁵⁰ AİHM, *Fey/Avusturya*, B. No: 14396/88, 24/2/1993, § 28.

⁵¹ Harris, D. /O'Boyle, M. /Bates, E./Buckley, C. (2013). s. 294.

Tarafsızlığa dair nesnellik testi, başvurucu açısından aşırı olmayan bir ispat yükü gerektirir. Makul bir gözlemcinin bakış açısı, yanlı bir görüntü veya tutumun mevcut olmadığına dair meşru bir kuşku açısından yeterlidir. Nesnel tarafsızlığın olmadığına dair iddia, böylesi herhangi bir meşru kuşkuyu dışlayan yeterli usule ilişkin güvencelerin ortaya konulmasıyla sadece devlet tarafından çürütülebilecek, başvurucu lehine pozitif bir karine yaratır⁵².

AİHM'in bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkı yönünden nesnel tarafsızlık hususunu değerlendirerek karar verdiği pek çok başvuru bulunmaktadır. Mahkemenin nesnel tarafsızlık değerlendirmesi yaptığı durumlardan en önemlilerinden birisi, davaya bakan hâkimin yargılama sürecinde farklı roller üstlenmiş olmasıdır. Burada tarafsızlığın devam edip etmediğinin belirlenmesinde önemli olan husus, yargılama öncesi aşamada hâkimin dosyanın esasına ilişkin olarak ne ölçüde işlem yaptığının belirlenmesidir. Bunun derecesinin de her olayda nesnel olarak belirlenmesi gerekmektedir.

Bu konu ile ilgili en bilinen davalardan birisi olan *Piersack-Belçika* başvurusunda, başvurusunun davasını soruşturan savcılardan biri, daha sonra hâkimliğe atanarak başvurusunun davasının görüldüğü mahkemede başkan olarak görev yapmıştır. Başvurucu, bu durumun tarafsızlık ilkesiyle bağdaşmaz olduğu iddiasında bulunmuştur. AİHM, bir kimsenin savcılık görevi yaptıktan sonra aynı olayda hâkim olarak görev yapması hâlinde halkın yeterli tarafsızlık güvencelerinin sağlanmadığı hususunda kaygı duyma hakkı olacağını belirtmiştir. Sonuç olarak suç isnadının esası üzerinde karar vermiş bir mahkemenin tarafsızlığının kuşku doğurucu nitelikte olmasını ihlal için yeterli görerek AİHS'in 6/1. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir⁵³.

Karakoç ve diğerleri/Türkiye davasına konu olayda ise başvurucular aleyhine henüz kamu davası açılmadan esas yargılamaya katılacak olan iki hâkim tutuklamaya ilişkin kararın verilmesine katılmışlardır. AİHM'e göre başvurucuların gıyaben tutuklanmasına dayanak yapılan gerekçeler, olayın esasına ilişkin olarak verilen kararın gerekçelerinden çok farklı olmadığından ve hâkimler, başvurucuların suçluluğu konusunda

⁵² AİHM, *Salov/Ukrayna*, B. No: 65518/01, 6/9/2005, §§ 80-86, AİHM, *Farhi/Fransa*, B. No: 17070/05, 16/1/2007, §§ 27-32.

⁵³ AİHM, *Piersack-Belçika*, B. No: 8692/79, 1/10/ 1982, §§ 30-32.

kuvvetli belirtilerin bulunup bulunmadığını eldeki ilk verilere göre değerlendirmenin ötesine geçip yargılama sonucunda çözmeleri gereken sorunu cevaplayan nitelikte tutuklamaya ilişkin karar verdiklerinden tarafsızlıklarına ilişkin olarak başvurularda oluşan endişenin haklı olduğuna hükmedilmiş ve bu gerekçe ile tarafsızlık açısından AİHS'in 6.maddesinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır⁵⁴.

Bir mahkemenin önündeki davaya ilişkin olarak yargılama sürecinden önce başka bir rol üstlenmesi de bağımsız ve tarafsız mahkeme ilkesine aykırılık oluşturabilmektedir. Bu konuya ilişkin *Procola-Lüksemburg* davasında⁵⁵, Conseil d'Etat'nın⁵⁶ dört üyesinin, danışma kurulunda görev yaparken başvuruycuyu etkileyen düzenlemeye ilişkin olarak hükûmete olumlu görüş bildirdikten sonra aynı düzenlemeye ilişkin yargılamada yer almaları tarafsızlık açısından tartışılmıştır. AİHM, mahkeme üyelerinin aynı karara ilişkin hem danışma hem de yargısal işlev üstlenmelerinin mahkemenin yapısal tarafsızlığı hususunda kuşku doğurmaya elverişli olduğunu belirtmiştir. AİHM ayrıca başvuruçunun mahkeme üyelerinin daha önce verdikleri olumlu görüş ile kendilerini bağlı hissedeceklerinden endişe duymak konusunda meşru dayanaklarının olduğunu belirterek durumun mahkemenin tarafsızlığını bozmak için yeterli olduğuna ve AİHS'in 6/1. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

III. DANIŞTAY AÇISINDAN TARAFSIZ MAHKEMEDE YARGILANMA HAKKININ GÖRÜNÜMÜ

İdarenin yargısal denetimi anayasal olarak güvence altına alınan kuvvetler ayrılığı ilkesi çerçevesinde Türk milleti adına karar veren, yargı yetkisini bağımsız ve tarafsız bir şekilde kullanan idari uyumsuzluğu çözen mahkemeler ile Danıştaydan oluşmaktadır. Buna göre Türk idari yargı sistemi Danıştay biçiminde örgütlenmiştir. Danıştay, idari işlem ve eylemlere karşı ilk derece ve temyiz mahkemesi olarak yargısal görevleri yerine getiren bir kurumdur.

Danıştay, yalnız bir yüksek mahkeme değil aynı zamanda devletin

⁵⁴ AİHM, *Karakoç ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 27692/95, 28138/95 ve 28498/95, 15/10/2002.

⁵⁵ AİHM, *Procola/Lüksemburg*, B. No: 14570/89, 28/9/1995, § 45.

⁵⁶ Lüksemburg Conseil d'Etatın (Danıştay) hem danışma işlevini yerine getirmekte hem de yargısal görevi bulunmaktadır. Danışma görevi ile ilgili olarak Conseil d'Etat, tüm kanun taslak ve teklifleri, kanunlar ile ilgili değişiklikler ve ayrıca hükûmet tarafından sorulan veya kanunlarda belirtilen diğer tüm sorular hakkında görüş bildirmektedir. Ayrıca bir yargı organı olan Conseil d'Etat -uyumsuzluk tarihinde- idari işlemlere karşı açılan davalarda ilk ve son derece mahkemesidir. AİHM, *Procola/Lüksemburg*, §§ 20-26.

en yüksek danışma organıdır. AİHM kararları uyarınca da bir mahkeme olarak kabul edilen Danıştay hem 1982 Anayasası'nın 155. maddesi hem de 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 1. maddesi⁵⁷ uyarınca danışma ve inceleme mercii olarak da görev yapmaktadır. Her ne kadar uygulamada Danıştayın danışma mercii olarak görevine çok başvurulmasa da bir mahkeme olarak çifte rol üstlenmesinin tarafsız mahkemede yargılanma hakkının ve özellikle nesnel tarafsızlık ilkesinin ihlali olarak addedilip addedilmeyeceği sorunu ortaya çıkabilecektir.

Mahkemelerin birden fazla fonksiyon icra etmesi, özellikle danışma ve görüş bildirme yetkisine sahip olan Danıştay gibi organların önüne gelen idari işlere ilişkin olarak öncesinde olumlu görüş bildiren hâkimlerinin sonrasında bu konulara ilişkin bir itirazı önlerine gelen davalarda ele almaları AİHM tarafından tarafsız mahkemede yargılanma hakkı açısından incelenmiştir. AİHM, yukarıda yer verilen *Procola/Lüksemburg* davasında bu durumun hâkimlerin bildirmiş oldukları görüşler ile kendilerini bağlı hissetmeleri neticesini doğurabileceğini ve bu nedenle de tarafsız davranamayacaklarını ifade etmiştir.

Ülkemizdeki uygulamaya bakıldığında 1982 Anayasası ile Danıştayın çok güçlü bir yüksek mahkeme konumuna kavuşturulmuş olmasının yanı sıra Danıştaya birtakım danışma ve inceleme görevlerinin de verildiği görülmektedir. 1982 Anayasası'nın 155. maddesinin 2. fıkrasında "*Danıştay, davaları görmek, (...) kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek, (...) idari uyumsuzlukları çözmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir.*" denilmek suretiyle Danıştayın görevleri genel olarak belirtilmiştir.

6771 sayılı Kanun ile yapılan Anayasa değişikliği sonrasında 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 42. maddesi uyarınca Danıştay, danışma mercii olarak kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında düşüncesini bildirmekte; ayrıca kanunlarda Danıştaydan alınacağı belirtilen düşüncelere ilişkin istekleri cevaplamaktadır⁵⁸. Ancak gerek 6771 sayılı Kanun değişikliği öncesi gerekse günümüzde Danıştayın

⁵⁷ 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 1. maddesi "*Danıştay Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile görevlendirilmiş yüksek idare mahkemesi, danışma ve inceleme mercidir.*" hükmünü içermektedir.

⁵⁸ 1982 Anayasası'nın 155. maddesinin 2. fıkrasının önceki hâlinde "*Danıştay, davaları görmek, Başbakan ve Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını incelemek, idari uyumsuzlukları çözmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir.*" denilmekte olup 6771 sayılı Kanun'un 16. maddesiyle, bu fıkrada yer alan "*Başbakan ve Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları*" ve "*tüzük tasarılarını incelemek*" ibareleri madde metninden çıkarılmıştır.

danışma ve inceleme görevi Danıştay Birinci Dairesi tarafından yerine getirilirken yargı görevleri diğer daire ve kurullar tarafından yerine getirilmektedir. Yani Danıştayda yargı görevini yürüten birimler ile danışma görevini yürüten birimler birbirinden ayrılmıştır. Danıştay bünyesinde idari dairelerle dava dairelerinin ayrılmış olması, Danıştayın önündeki davaya ilişkin olarak çifte rol üstlenmesi sorununun Türkiye bakımından pek sık söz konusu olmayacağını göstermektedir⁵⁹.

Danıştayın idari daireleri ile dava dairelerinin birbirinden ayrılmış olması ülkemiz açısından bu yöndeki ihlal kararlarının verilmesini önlemiş görülmektedir. Zira burada ihlal oluşturan konu, somut olarak bir olay veya karar hakkında yargı yerinin aynı hâkimlerle hem danışma hem de yargısal nitelikte karar vermesidir. Türk Danıştayı açısından ise böyle bir durum söz konusu değildir. Ancak herhangi bir somut olay hakkında kanun gereğince görüş bildirme aşamasında Danıştay Birinci Dairesinde görev yapan bir veya birden fazla üyenin görev yerlerinin değiştirilmiş olması nedeniyle, aynı konunun dava konusu edilmesi hâlinde söz konusu uyuşmazlığın yargısal olarak incelenmesi aşamasında karar vermeye yetkili dava dairesinde görevlendirilmiş olmaları durumu, tarafsız mahkemede yargılanma hakkı açısından sorun teşkil edebilecektir.

Bunun yanı sıra Danıştay İdari İşler Kurulunca bakılan işlerle ilgili davalarda tarafsız mahkemede yargılanma hakkı yönünden bir problemin ortaya çıkma ihtimalinin değerlendirilmesi gerekmektedir. 2575 sayılı Kanun'un 16. maddesi uyarınca İdari İşler Kurulu, idari daire başkanı ile her takvim yılı başında Başkanlık Kurulunca idari daireden seçilecek iki üye ve her dava dairesi başkan veya üyeleri arasından seçilecek bir üyeden oluşmaktadır. 2575 sayılı Kanun'un 46. maddesinde İdari İşler Kurulunun görevleri sayılmış ancak 16. maddede yalnızca memurların yargılanması ile ilgili işlerin görüşülmesinde incelenmekte olan kararı veren daire başkan ve üyelerinin toplantıya katılmayacağı hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla İdari İşler Kurulunun görev alanına girmesine karşın 2575 sayılı Kanun'un 16. maddesi ile getirilen güvenceden yararlanamayan uyuşmazlıklar açısından aynı üyelerin yargılama aşamasında da yer alması hâlinde bu durum AİHM nezdinde tarafsızlığın ihlali olarak değerlendirilebilecektir⁶⁰.

⁵⁹ Inceoğlu, S. (2013). s. 202, Yılmaz Özel, N. (2016). s. 108.

⁶⁰ Yılmaz Özel, N. (2016). s. 109.

Tarafsız mahkemede yargılanma hakkı açısından problem oluşturma ihtimali bulunan bir diğer durum ise Danıştay İDDK ve VDDK oluşumu ile ilgilidir. Çünkü İDDK, idari dava dairelerinin başkanları ile her idari dava dairesinden iki yıl için Başkanlık Kurulu tarafından görevlendirilen iki asıl ve iki yedek üyeden⁶¹; VDDK ise vergi dava dairelerinin başkanları ile her vergi dava dairesinden iki yıl için Başkanlık Kurulu tarafından görevlendirilen üç asıl ve üç yedek üyeden oluşmakta, iki yıllık süre sonunda Başkanlık Kurulunca her iki kuruldaki üyelerin yarısı iki yıl süreyle yeniden görevlendirilirken, diğer yarısı kurullarda daha önce görevlendirilmeyen üyeler arasından yenilenmektedir.

İdari dava daireleri ile vergi dava daireleri tarafından mahkeme kararlarının bozulması durumunda bozma kararına karşı ilk derece mahkemesinin (6545 sayılı Kanun'un kabulü ile birlikte istinaf mahkemesinin) ısrar etmesi hâlinde ısrar kararına karşı temyiz incelemesi uyuşmazlığın konusuna göre İDDK veya VDDK tarafından yapılmaktadır (2575 sayılı Kanun'un 38. maddesi). Yukarıda belirtildiği üzere bu kurullar Danıştayın idari ve vergi dava dairelerinin başkan ve üyelerinden oluşmaktadır ve ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu ilk kararı bozan daire toplantısına katılmış olan başkan ve üyeler bu kez ısrar kararlarının temyiz yoluyla incelenmesi sırasında da toplantıda yer almaktadırlar. Dolayısıyla dava dairesi ile İDDK veya VDDK'de aynı üyelerin yargılamada yer alması tarafsız mahkemede yargılanma hakkı yönünden sorun teşkil edebilecek niteliktedir.

Bunun yanı sıra kurulların oluşumu ile ilgili olarak dava dairelerinin ilk derece sıfatıyla baktıkları davalar ile ilgili özel bir düzenleme bulunmaktadır. 2575 sayılı Kanun'un 17. maddesinin 3. fıkrasında "*İdari dava daireleri ile vergi dava dairelerinin ilk derece mahkemesi olarak verdikleri kararların temyiz veya itiraz yoluyla incelenmesinde ve iki dava dairesinin*

⁶¹ 2575 sayılı Kanun'a 6352 sayılı Kanun'un 48. maddesi ile eklenen geçici 24. madde ile İDDK 31/12/2022 tarihine kadar geçici bir kurul olmaktan çıkarılmış ve üyelerinin sabit ve sürekli olarak görev yaptığı bir kurul hâline getirilmiştir. 2575 sayılı Kanun'un geçici 24. maddesinde "*1. 31/12/2022 tarihine kadar Danıştay İDDK'nin oluşumu ve çalışma usulü hakkında aşağıdaki hükümler uygulanır.*

a) İDDK, her idari dava dairesinden en az bir üye olmak kaydıyla Başkanlık Kurulu tarafından görevlendirilen on dört üyeden oluşur. Kurula, Danıştay Başkanı veya vekillerinden biri, bunların bulunmaması hâlinde Kurulun en kıdemli üyesi başkanlık eder.

b) Bu üyeler DKK'de sürekli olarak görev yaparlar. Ancak, iş durumu göz önüne alınmak suretiyle üyelerin daire çalışmalarına katılmalarına Genel Kurul tarafından karar verilebilir.

c) Toplantı ve görüşme yeter sayısı on birdir. Kararlar, toplantıya katılanların oy çokluğu ile alınır." denilmektedir.

birlikte yapacağı toplantıda verilen kararların incelenmesinde, bu dairelerde karara katılmış olanlar idari ve vergi dava daireleri kurullarında bulunamazlar'' denilmek suretiyle Danıştay dava dairelerinin ilk derece sıfatıyla baktıkları davalar açısından ilk derece yargılamasına katılan dava dairesi üyelerinin kararın temyiz incelemesi sırasında kurullarda görev alması yasaklanmış ve böylece AİHM'ce verilebilecek olası bir ihlal kararının önüne geçilmiştir.

Ancak belirtildiği üzere 2575 sayılı Kanun'un 17. maddesinde yer alan düzenleme, Danıştay tarafından ilk derece sıfatıyla bakılan uyuşmazlıkların temyiz incelemesine ilişkin bir düzenleme olup ilk derece mahkemeleri veya istinaf mahkemelerinin ısrar kararı üzerine anılan kurulların önüne gelen uyuşmazlıkları kapsamamaktadır. AİHM bu konu ile ilgili önüne gelen *Fazlı Aslaner/Türkiye* başvurusunda; ilk derece mahkemesi kararını bozan Danıştay Dairesi üyelerinin aynı zamanda ısrar kararını inceleyen İDDK'ye de katılmış olmalarını nesnel tarafsızlık açısından tarafsız mahkemede yargılanma hakkına aykırı bulmuş ve bu uygulama nedeniyle AİHS'in 6/1. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir⁶².

IV. AİHM'İN FAZLI ASLANER/TÜRKİYE KARARI

A. GENEL OLARAK

Tarafsız mahkemede yargılanma hakkı açısından nesnel tarafsızlık yaklaşımı kurumsal tarafsızlık olarak da adlandırılmaktadır. Kurum olarak mahkemenin kişide bıraktığı izlenimin hak arayanlara güven veren, tarafsız bir görünüme sahip bulunması gerekir. Bu bağlamda hâkimin daha önce görev aldığı bir yargılamanın farklı bir aşamasında

⁶² Diğer taraftan Danıştay ile ilgili olarak bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkı ile ilgili olmasa da çelişmeli yargılama hususunda verilen AİHM, *Meral/Türkiye*, B. No: 33446/02, 27/11/2007 kararı önemlidir. *Meral/Türkiye* kararında, Danıştay savcısının dosyaya ilişkin görüşünün taraflara bildirilmemesi AİHS'in 6. maddesinin ihlali olarak görülmüş, Danıştay savcısının görüşüne karşı argüman ileri sürme imkânı bulunmadığı değerlendirilmiştir. AİHM süregelen içtihatlarıyla adil yargılanma hakkının, yargılama boyunca tarafların gerek hâkim gerekse bir diğer kamu görevlisinin mahkemeyi etkileyebilecek türden kanıt aracı veya görüş ve gözlemi gibi her tür argümandan haberdar olması gerektirdiğini kabul etmektedir. Bu davada savcının mütalaasına karşı bir argüman sunma imkânının verilmemesi AİHS'in 6. maddesinin ihlali olarak değerlendirilmiştir.

Bu konuda 2012 yılında 2577 sayılı İYUK'ta değişiklik yapılmış ve İYUK'un 16. maddesine 6352 sayılı Kanun'un 54. maddesi ile 6. fıkra olarak eklenen hükümde "*Danıştayda ilk derece mahkemesi sıfatıyla görülen davalarda savcının esas hakkındaki yazılı düşüncesi taraflara tebliğ edilir. Taraflar, tebliğden itibaren on gün içinde görüşlerini yazılı olarak bildirebilirler.*" denilerek AİHM içtihatlarına uyum sağlanmıştır.

farklı sıfatlar ile tekrar görev alması durumunda da tarafsızlık incelemesi nesnel yaklaşım çerçevesinde yapılmaktadır.

Tarafsız mahkemede yargılanma hakkı açısından, özellikle ceza yargılamasında, işin esası hakkında karar veren hâkimin davaya ilişkin farklı roller üstlenip üstlenmediği önem kazanmaktadır. Bunun yanı sıra hâkimin duruşma devresi öncesinde davayla ilgili verdiği kararlar tek başına tarafsız olmadığını göstermemektedir. Burada önemli olan bu kararların kapsamı ve niteliğidir. Eğer hâkim kamu davası öncesi davaya ilişkin bir rol üstlenmişse fakat bu rol önemli bir rol değilse, örneğin rutin bir gözetimden ibaret ise bu durum tarafsızlık ilkesine aykırı değildir. Buna karşın kamu davası öncesi aşamada, hâkimin verdiği karar esasa ilişkin bir konunun ön kararı niteliğinde ise aykırılık meydana gelebilmektedir. Bu konudaki AİHM kararlarına bakıldığında daha önce değinilen *Piersack/Belçika* başvurusunda olduğu gibi hâkimle savcılık makamı arasındaki mesafenin azalması, *De Cubber/Belçika* başvurusunda olduğu gibi hâkimin davada aynı zamanda sorgu hâkimi olarak görev alması veya *Karakoç ve diğerleri/Türkiye* başvurusunda olduğu gibi esas yargılamayı yapan iki hâkimin tutuklamaya ilişkin kararın verilmesine katılmış olmaları durumunda AİHM tarafından tarafsız mahkemede yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

Ceza yargılaması dışında da hâkimin davadan önce dava konusu ile doğrudan bağlantılı bir konumda bulunması tarafsızlığını ihlal edebilmektedir. Bir mahkemenin önündeki davaya ilişkin olarak mahkemede görevli hâkimlerin çifte rol üstlenmesi, örneğin Fransa ve Lüksemburg yargı teşkilatında yer alan Conseil d'Etat veya Türk idari yargı teşkilatı içerisinde faaliyet gösteren Danıştayda olduğu gibi hem tavsiye ve görüş bildirme ya da inceleme yapma görevi yaparken hem de yargılama faaliyetlerine katılması tarafsız mahkemede yargılanma hakkı açısından sorun teşkil edebilecek bir durumdur.

Türk Danıştay açısından bu konuya ilişkin olarak verilmiş bir ihlal kararı bulunmamakla birlikte AİHM tarafından *Fazlı Aslaner/Türkiye*⁶³ başvurusunda, daha önce başvuru lehine verilen idare mahkemesi kararını bozan Danıştay Dava Dairesinin üyelerinin idare mahkemesinin aynı yöndeki ısrar kararının değerlendirildiği İDDK'de yer almaları tarafsız mahkemede yargılanma hakkı yönünden değerlendirilmiştir.

⁶³ AİHM, *Fazlı Aslaner/Türkiye*, B. No:36073/04, 4/3/2014.

AİHM anılan kararında, Danıştay Dava Dairesi üyesi olan üç hâkimin İDDK'de bulunmalarını, sayısal ağırlıklarının az ya da çok olması açısından değil oynadıkları rolü ön plana çıkararak ele almış; ayrıca bir zorunluluk olmadığı sürece aynı konuda karar veren hâkimin yargılamanın sonraki aşamalarında rol oynamasını söz konusu hak açısından ihlal olarak değerlendirmiştir⁶⁴.

Bu bağlamda *Fazlı Aslaner/Türkiye* kararı, yukarıda açıklanan ilkeler çerçevesinde tarafsız mahkemede yargılanma hakkı açısından incelenecektir.

B. OLAY

Ankara Bölge İdare Mahkemesinde zabıt kâtabi olarak çalışan başvurucu, 1993 yılında Ankara Adli Yargı Adalet Komisyonunun açtığı Devlet Güvenlik Mahkemesi Yazı İşleri Müdürlüğü yazılı sınavını 15. olarak kazanmıştır. Ancak 15. sıradan kazandığı için ataması yapılmamış ve yedek listeye alınmış, yazı işleri müdürlüğü görevlerine birinci ve ikinci sıradan kazanan adaylar atanmıştır. Başvurucu, 1997 yılında Eskişehir Bölge İdare Mahkemesinin yazı işleri müdürlüğü görevine tayin edilmesi amacıyla Adalet Bakanlığına başvurmuştur. Bu talebinin reddedilmesi üzerine ret işleminin iptali istemiyle Ankara İdare Mahkemesinde (İdare Mahkemesi) dava açmıştır.

İdare Mahkemesi, başvurucunun taleplerini haklı bulmuş ve ilgili sınava katılan adaylar arasında başvurudan daha üst seviyede olan yedi kişi ve başvurudan daha düşük seviyede olan on bir kişinin yazı işleri müdürü olarak atandıklarını tespit etmiş; bu sebeple dava konusu işlemi iptal etmiştir.

Adalet Bakanlığı, bu karara karşı temyiz başvurusunda bulunmuştur. Danıştay Beşinci Dairesi (Daire), temyiz edilen dava konusu işlemin iptaline ilişkin kararı bozmuştur. Daire, Ankara Adli Yargı Adalet Komisyonu tarafından düzenlenen sınavın adaylara Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi bünyesinde bir görev vermeyi hedeflediğini ve yedek listeye kaydolma sonucunda başka bir adli yargı komisyonunun yetkisi altında bulunan bir mahkeme bünyesinde yazı işleri müdürü olarak göreve başlama hakkı vermediğini belirtmiştir. Daire, başka bir mahkemenin yetkisi altına atanmanın, hizmet ihtiyacını karşılamak amacıyla yalnızca

⁶⁴ Inceoğlu, S. (2018). s. 99.

ilgili adli yargı komisyonunun talebi veya bu konuda yetkiye sahip olan Adalet Bakanlığının kararı üzerine mümkün olabileceğini belirtmiştir.

Daire, başvuran tarafından yapılan karar düzeltme talebini de reddetmiştir. Temyiz aşamasında verilen bozma kararında yer alan üç üye de karar düzeltme talebini inceleyen heyette yer almıştır.

İdare mahkemesi, Danıştay Beşinci Dairesinin bozma kararına karşı ısrar etmiş ve yeniden dava konusu işlemin iptaline karar vermiştir. İdare mahkemesinin ısrar kararının davalı idare tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya İDDK'nin önüne gelmiştir.

İsrar kararının temyizen incelenmesi sırasında İDDK, otuz bir üyeden oluşmaktadır. Yapılan inceleme sonucunda yirmi ikiye karşı dokuz oyla idare mahkemesinin kararı bozulmuştur. Danıştay Beşinci Dairesinin vermiş olduğu ilk bozma kararında yer alan üç üye de İDDK'nin bozma kararını aldığı heyette bulunmaktadır. Bu üyelerden birisi ise Danıştay Başkanvekili sıfatıyla İDDK'ye başkanlık etmiştir.

Başvurucu bu karara karşı karar düzeltme talebinde bulunmuş ise de İDDK, karar düzeltme talebini reddetmiştir. Danıştay Beşinci Dairesinin üç üyesi bu kararın alındığı heyette de yer almışlardır.

C. ÇÖZÜLMESİ GEREKEN HUKUKİ SORUN

Başvurucu, temyiz incelemesini yapan Danıştay Dava Dairesinin tarafsız olmadığını ve bu nedenle AİHS'in 6. maddesi ile güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia etmektedir.

AİHM, şikâyetin üç kısımdan oluştuğuna karar vermiştir. İlk şikâyet konusu, idare mahkemesinin vermiş olduğu ilk iptal kararını bozan Danıştay Beşinci Daire üyelerinin İDDK'ye katılmaları nedeniyle İDDK'nin oluşumunun tarafsız olmadığı iddiasıyla ilgilidir. İkincisi, karar düzeltme talebinin incelenmesi sırasında, Danıştay Beşinci Dairesi bünyesinde yer alan üyelerin bozma kararının verildiği Kurula katılmış olması nedeniyle yine aynı Dairenin tarafsız olmadığı iddiasıdır. Üçüncü olarak ise ikinci şikâyet konusuna benzer şekilde daha önce ısrar kararını bozan İDDK üyelerinin, karar düzeltme talebi hakkında karar verilen toplantıya da katılmaları nedeniyle Kurulun oluşumunun tarafsız olmadığı iddia edilmektedir.

D. KARAR

Başvurucu, öncelikle idare mahkemesinin iptal kararının bozulmasına karar veren Danıştay Beşinci Dairesinin üç üyesinin, bozma kararı üzerine idare mahkemesince verilen ısrar kararını inceleyen İDDK'ye da katılmalarından dolayı tarafsız mahkemede yargılanma hakkının ihlal edildiğinden şikâyetçi olmaktadır. Başvurucu, bu üyelerin davanın esası hakkındaki görüşlerini daha önce belirtmiş olmaları nedeniyle tarafsız olamayacaklarını ileri sürmektedir. AİHM de başvuruyu İDDK'nin tarafsız olmadığına ilişkin şikâyetlerin ilgili Kurulda yer alan üç üyenin temyiz incelenmesinde daha önce bulunmalarından kaynaklandığını dikkate almak suretiyle incelemiştir.

AİHM, öncelikle İDDK'nin karar vermesi gereken hususun idare mahkemesinin verdiği ısrar kararı olmayıp mahkemenin ısrar ettiği ilk kararın hukuka uygun olup olmadığı tespitinde bulunmuştur. Başka bir deyişle incelenmesi gereken konu, idarenin sınav sıralamasına ve diğer komisyonların yetki alanlarında yapılan tayinlerde sıralamaya riayet edip etmediğine ilişkin olarak idare mahkemesi kararın hukuka uygunluğuyla ilgilidir⁶⁵. Görüldüğü üzere AİHM, idare mahkemesinin vermiş olduğu ilk iptal kararı ile ısrar kararının aynı içeriğe sahip olduğunu belirtmiş ve Daire ile İDDK'nin yaptığı incelemelerin esas itibarıyla aynı hukuki uyumsuzluğu çözmeye yönelik oldukları sonucuna varmıştır⁶⁶.

⁶⁵ Hükûmet ise savunmasında, ilk ve ikinci temyiz konusunun aynı davayla ilgili olmasına rağmen benzer olmadığını belirtmektedir. Hükûmet; ilk temyiz konusunu idare mahkemesinin iptal kararının hukuka uygunluğunun incelenmesinin teşkil ettiğini, ikinci temyiz konusunun ise Danıştay kararına uymayıp ısrar eden aynı mahkemenin kararının incelenmesi olduğunu iddia etmektedir. Diğer taraftan Hükûmet, tarafsızlığı sorgulanan hâkimlerin ihtilaf konusu olayda taraf olarak değerlendirilemeyeceğini çünkü İDDK'nin incelediği kararın söz konusu hâkimler tarafından değil idare mahkemesi tarafından verildiğini belirtmektedir. Hükûmet, İDDK'nin, Danıştay Beşinci Dairesinin kararı ile idare mahkemesi kararı arasında seçim yapmak gibi bir görevi olmadığını, Kurulun daha önce de birçok davada olduğu gibi karar vermekte özgür olduğunu eklemektedir.

⁶⁶ AYM, benzer bir olayda aynı konuda vermiş olduğu Kemal Demir (B. No:2014/17141, 6/7/2017, § 77) kararında “Öte yandan 2577 sayılı Kanun’un 49. maddesinde temyiz incelemesi üzerine kararın bozulması hâlinde ilk derece mahkemesinin dosyayı diğer öncelikli işlere nazaran daha öncelikle inceleyeceği ve varsa gerekli tahkik işlemlerini tamamlayarak yeniden karar vereceği belirtilmiştir. İlk derece mahkemesinin bozma üzerine verdiği karar yeni bir karardır. İlk derece mahkemesinin ısrar kararı vermesi ve bu kararın temyizi ve davayı inceleyen Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun Danıştayın ilgili dava dairesinin kararını uygun görmesi hâlinde ilk derece mahkemesi kararını bozacağı; aksi hâlde onayacağı belirtilmiştir. Kurulun önündeki karar, bozulan ilk karar olmayıp ısrara ilişkin yeni karardır. Kurulun burada yaptığı inceleme ise hiç şüphesiz temyiz incelemesidir. Karar düzeltme aşaması ise yalnızca karar düzeltme sebeplerinin bulunup bulunmadığının değerlendirilmesinden ibarettir.” demek suretiyle idare mahkemesi tarafından ilk olarak verilen iptal kararı ile daha sonra verilen ısrar kararının birbirinden farklı kararlar olduğu ve bu nedenle Danıştay Dava Dairesi ile İDDK'nin farklı incelemeler yaptıkları görüşünü benimsemiştir.

AİHM bu tespiti yaptıktan sonra İDDK'de yer alan otuz bir üyeden üçünün daha önce Danıştay Beşinci Dairesinde de yer aldıklarını ve bu üç üyenin daha önceden aynı davada verilen karara katıldıklarını belirtmekte ancak bazı üyelerin bir dava hakkında önceden belirli bir tutum almış olmalarının İDDK'nin tarafsızlığının somut olayda bozulduğunu değerlendirmek için tek başına yeterli olmadığını ifade etmektedir. Zira AİHM, kararların oy çokluğu ile alındığı kurul hâlinde yargılama yapan mahkemelerde görev yapan hâkimlerin düşük sayısını dikkate alarak benzer şikâyetleri daha önce reddettiğini belirtmektedir.

Bu aşamada AİHM içtihatları gereğince, bu tür durumlarda üyelerin sergiledikleri benzer tutum ve kararın verilmesindeki rolleriyle ilgili olarak söz konusu üyelerin sayısının yanı sıra diğer unsurların da dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir. Bu bağlamda AİHM, hem kurula katılan ilgili hâkimlerin yüksek sayıda olmasını hem de bu hâkimler tarafından icra edilen başkanlık veya raportörlük görevlerini dikkate alarak tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna vardığı kararlarını hatırlatmaktadır.

Söz konusu tespitleri yapan Mahkeme, Danıştay Beşinci Dairesinin üç üyesinin ısrar kararı hakkında karar verecek İDDK'de oy hakkına sahip olarak yer almalarını mutlak zorunlu hale getiren ciddi bir gerekçenin bulunup bulunmadığının incelenmesi gerektiğini belirtmektedir.

AİHM, yukarıda anılan gerekçelerle söz konusu üç üyenin oy hakkına sahip olarak kurulda yer almalarını zorunlu kılan hiçbir ciddi gerekçenin bulunmadığını ifade etmektedir. AİHM burada yeni bir kıstas ortaya koymuş olup bu kıstasa göre tarafsızlıkla ilgili belirleyici olan husus, ilgili hâkimlerin oranı veya sayısı değil bu hâkimlerin kurula katılmalarını mutlak gerekli kılan önemli bir gerekçenin bulunup bulunmadığıdır. Ayrıca AİHM, bu üç üyeden birisinin Danıştay Başkanvekili sıfatıyla İDDK'nin başkanlık görevini icra ettiğini ve bu bağlamda görüşmeler sırasındaki tartışmaları yönettiğini belirterek bu durumun tarafsızlık görünümünü etkileyen ek bir koşul oluşturduğu sonucuna varmıştır.

AİHM, bu iki gerekçeden hareketle İDDK'nin tarafsızlığıyla ilgili endişelerin haklı olduğuna ve AİHS'in 6. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir⁶⁷.

⁶⁷ Başvurucunun şikâyetinin ikinci ve üçüncü kısmı yani karar düzeltme talebinin incelenmesi sırasında Danıştay Beşinci Dairesi bünyesinde yer alan üyelerin bozma kararının verildiği

E. DEĞERLENDİRME

1. Genel Olarak

Tarafsız mahkemede yargılanma hakkı bakımından nesnel tarafsızlık, genel itibarıyla mahkemenin verdiği görünüm olarak kabul edilmektedir ve mahkeme üyelerinin tarafsız olmalarının yanı sıra bu tarafsızlıklarının görünür olması da gerekmektedir. Daha önce belirtildiği üzere AİHM kararlarında; tarafsızlık konusunda görünüşün dahi önem taşıyabileceği, bir başka deyişle adaletin sadece yerine getirilmesi değil ama aynı zamanda yerine getirildiğinin görülmesi ve böylece demokratik toplumda mahkemelerin hak arayanlara güven vermesi gerektiği vurgulanmaktadır⁶⁸.

AİHM nesnel tarafsızlık incelemesi yaptığı bazı başvurularda kurul hâlinde yargılama yapan mahkeme üyelerinin kişisel tutumlarının sorgulanmasına neden olabilecek birtakım olayların ilgili mahkemenin tarafsızlığını zedeleyebileceğini belirtmektedir.

Tarafsız mahkemede yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varılabilmesi için belirli bir durumda, mahkemenin bağımsız olmadığı sonucunu doğuran meşru bir sebebin varlığı gerekmektedir. Ancak mahkemenin dış görünüş itibarıyla tarafsız olmadığı belirlenmesi açısından tarafların veya sanığın duyduğu şüphe tek başına yeterli değildir. Belirleyici olan bu şüphenin nesnel olarak doğrulanıp doğrulanmadığıdır. Yani şikâyetçilerin endişelerinin objektif olarak haklı

Kurula katılmış olması ve benzer şekilde daha önce ısrar kararını bozan İDDK üyelerinin karar düzeltme talebi hakkında karar verilen toplantıya da katılmaları nedeniyle Kurulun oluşumunun tarafsız olmadığı iddiaları dava dosyasının Hükûmete tebliğ edilmesinden sonra başvuruçunun cevaben görüşlerini sunduğu sırada şikâyetinin bu kısımlarını yinelemediği gerekçesiyle açıkça dayanaktan yoksun bulunmuştur. AİHM kararın ilgili kısmında "Mahkeme, tarafsızlığa ilişkin bir eksikliğin belirlenebilmesi için, bir hâkimin, bilahare hâkim olarak görüş bildirmesi gerekebilecek bir sorun üzerine fikrini açıkça yansıtan bir eylemi daha önce gerçekleştirmiş olması gerektiğini yinelemektedir. (...) Ayrıca Mahkeme, diğer davalarda benzer şikâyetleri açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle, daha önce reddettiğini hatırlatmaktadır. (...) Aslında, mevcut davada olduğu gibi, bir karar düzeltme talebi, kanunla öngörülen koşulların bir araya gelmediği gerekçesiyle, esaslı incelenmeksizin reddedildiğinde, red kararı, karar düzeltme talebi vesilesiyle incelenen konunun, ihtilaflı kararda incelenen konudan farklı olması nedeniyle davanın esası hakkında bir tutum gibi değerlendirilemez (Kum / Türkiye (kabul edilebilirlik kararı) No. 28556/11, 10 Ocak 2012). Somut olayda, Mahkeme bu çözümü göz ardı etmek için herhangi bir neden tespit etmemektedir. Mahkeme, dava dosyasının Hükûmete tebliğ edilmesinden sonra, başvuruçunun cevaben görüşlerini sunduğu sırada, şikâyetinin ikinci ve üçüncü kısımlarını yinelemediğini gözlemlemektedir. Sonuç olarak, bu şikâyet açıkça dayanaktan yoksundur ve Sözleşme'nin 35. maddesinin 3. fıkrasının a) bendi ile 4. fıkrası uygulanarak reddedilmelidir." demektedir.

⁶⁸ AİHM, *Micallef/Malta*, § 98; AİHM, *De Cubber/Belçika*, § 26; AİHM, *Delcourt/Belçika*, § 31.

görülüp görülmeyeceği konusudur. Bu ise her olayın kendi şartlarına bağlıdır.

İlk olarak belirtmek gerekir ki bir hâkimin yargılamadan önce, aynı hususta daha önce karar vermiş olması, tarafsızlığıyla ilgili olarak ortaya çıkan şüpheleri her zaman için haklı göstermemektedir⁶⁹. Ayrıca bir hâkimin dava dosyasını derinlemesine bilmesi, davanın esası hakkında karar vermesi sırasında tarafsız olarak değerlendirme yapmasını engelleyen bir ön yargı bulunduğu anlamına gelmemektedir⁷⁰.

Fazlı Aslaner/Türkiye başvurusuna konu olayda da idari yargıda görülmekte olan bir davada idare mahkemesi kararının Danıştayın ilgili dava dairesi tarafından bozulmasının ardından bozma kararına karşı idare mahkemesince ısrar kararı vermesi üzerine dava, İDDK'nin önüne gelmiştir. AİHM, somut olayda davanın esası hakkında ilk kararın verildiği Daire toplantısına katılmış olan üç üyenin İDDK'nin karar alma sürecine de katılmış olmalarını, İDDK'nin görevi olan hukuki denetimin kapsamı ile niteliğini dikkate alarak mahkemenin görünümü açısından tarafsız mahkemede yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediği yönünden değerlendirmiştir.

Bu çerçevede AİHM kararına bakıldığında söz konusu üç üyenin son kararı verecek Kurulda oy hakkına sahip olarak yer almalarını mutlak zorunlu hâle getiren ciddi hiçbir gerekçenin bulunmadığı belirtilmiş, nesnel tarafsızlık sorunu bakımından ilgili hâkimlerin sayısının veya oranının belirleyici olmadığı ifade edilmiş ancak bu üç üyeden birisinin Danıştay Başkanvekili sıfatıyla İDDK'de başkanlık görevini icra etmiş olmasının tarafsızlık görünümünü etkilediği sonucuna varılmıştır.

2. AİHM'in Kararının Hukuksal Dayanakları

a. Sayı Kriteri

AİHM kararında, somut olay açısından iki husus üzerinde durulduğu görülmektedir. Bunlardan ilki, İDDK'de yer alan üç üyenin daha önce idare mahkemesinin ilk kararının temyiz incelemesine katılmaları ve ardından ısrar kararını inceleyen İDDK'de bulunmaları nedeniyle tarafsız olup olmadıklarıdır. İkinci olarak ise davanın incelenmesine daha önce dâhil olan üyelerden birinin İDDK'ye başkanlık etmesi nedeniyle tarafsızlığının ihlal edilip edilmediğidir.

⁶⁹ AİHM, *Ökten/Türkiye*, B. No: 22347/07, 3/11/2011, § 41.

⁷⁰ AİHM, *Morell/Fransa*, B. No: 34130/96, 6/6/2000, § 45.

Öncelikle belirtmek gerekir ki AİHM'in kararların oy çokluğu ile alındığı kurul hâlinde yargılama yapan mahkemelerde görev yapan hâkimlerin düşük sayısını dikkate alarak benzer şikâyetleri daha önce reddettiği çok sayıda kararının bulunduğu görülmektedir⁷¹. AİHM, bu kararlarda kurul hâlinde yargılama yapan mahkemede ilgili hâkim sayısının düşük olduğu gerekçesiyle meşru şüphenin bulunmadığı kanaatine varmıştır.

Bunun yanı sıra AİHM'in hem kurula katılan ilgili hâkimlerin yüksek sayıda olmasını hem de bu hâkimler tarafından icra edilen başkanlık veya raportörlük görevlerini dikkate alarak tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna vardığı kararları da bulunmaktadır⁷². AİHM, AİHS'in 6. maddesinin 1. fıkrasının ihlal edildiği sonucuna vardığı davalarda bu tespite ulaşırken hem ilgili hâkimlerin yüksek sayıda olduğu hem de hâkimlerin Kurulda sözcü veya başkan olarak görev aldığı gerekçelerine dayanmaktadır.

Örneğin *Cardona Serrat/İspanya* başvurusunda AİHM, karar veren mahkemenin tarafsızlığının şüpheli görülebileceğini zira yargılamayı yapan ve başvurucunun mahkûmiyetine karar veren mahkemenin üç üyesinden ikisinin soruşturma aşamasında da görev aldığını ve hatta tutuklama yargılanmasına katıldıklarını değerlendirmiştir⁷³. AİHM, karar veren Kurulda yer alan üç hâkimden ikisinin, başvuran hakkında yapılan soruşturma aşamasında görev almış olmasını dikkate alarak mahkemenin tarafsızlığı konusunda ciddi şüpheler uyandırabileceği kanaatine varmıştır. Ancak görüleceği üzere bu kararda ve aynı yönde ihlal kararı verilen diğer başvurularda, ilgili kurulların veya mahkemenin düşük sayıda üyeden oluştuğu ve bu sayının kurul hâlinde görev yapan mahkemenin tarafsızlığını şüpheye düşürebilecek nitelikte olduğu ilk bakışta anlaşılmaktadır.

Somut olayda ise İDDK'nin otuz bir üyeden teşekkül ettiği, bozma kararını veren Danıştay Beşinci Dairesinin ise sadece üç üyesinin İDDK toplantısına katıldığı göz önüne alındığında bu durumun mahkemenin tarafsızlığını şüpheye düşürmekten uzak olduğu yani mahkemenin tarafsızlığı konusunda meşru bir şüphenin bulunmadığı görülmektedir. Kaldı ki oylama sonucuna (9'a karşı 22 oyla) bakıldığında, ilgili üç üyenin

⁷¹ AİHM, *Vesti ve Ukhov/Rusya*, B. No: 21724/03, 30/5/2013, § 83.

⁷² AİHM, *Cardona Serrat/İspanya*, B. No: 38715/06, 26/10/2010, § 37.

⁷³ AİHM, *Cardona Serrat/İspanya*, §§ 25-39.

çekimser kalmasının veya oylamaya katılmaksızın Kurulda yer almalarının müzakerelerin sonucunu etkilemeyeceğini açıkça görülmektedir⁷⁴.

AIHM de temyiz incelemesinde görev alan üç üyenin davanın esası hakkında karar verilmesinde meşru olarak taraf olmuş gibi görünebileceklerini belirtmiş ise de bu durumun İDDK'nin tarafsızlığının somut olayda bozulduğunu değerlendirmek için tek başına yeterli olmadığını ifade etmiştir. AIHM, bu tür durumlarda üyelerin sergiledikleri tutum ve kararın verilmesindeki rolleriyle ilgili olarak söz konusu üyelerin sayısı gibi diğer unsurların da dikkate alınması gerektiğini belirtmiş ve tarafsız bir mahkemece yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna vardığı işbu kararında sayı kriterinden yararlanmamıştır.

b. Üyelerden Birisinin İDDK'ye Başkanlık Etmesi

Kurula katılan ilgili hâkimlerin düşük sayıda olmasını dikkate alan ve bu nedenle tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkı bakımından sayı kriterine başvurmeyen AIHM, idare mahkemesinin ilk iptal kararını bozan Danıştay Beşinci Daire üyelerinden birisinin İDDK'nin toplantısına başkanlık yapmış olmasını, mahkemenin tarafsız görünümünü etkileyen bir unsur olarak değerlendirmiştir. AIHM, ilk bozma kararına katılan bir üyenin İDDK'deki görüşmeler sırasında tartışmaları yönetmesinin tarafsızlık görünümünü etkileyen ek bir koşul oluşturduğunu belirtmektedir.

Danıştayda bulunan İDDK ve VDDK'nin oluşumuna, çalışma usulüne ve karar alma yöntemine bakıldığında AIHM kararında yer alan bu gerekçesinin sağlam bir temele dayanmadığını söylemek mümkündür. Zira 2575 sayılı Kanun'un 56. maddesi gereğince başkanvekilinin görevi sadece kurula başkanlık etmekten ibarettir ve toplantıyı idare etmek dışında bir yetkisi bulunmamaktadır. Danıştayda yer alan İDDK ve VDDK toplantılarını yöneten başkanın görevi, müzakereleri yürütmekle

⁷⁴ AYM de benzer bir olayda vermiş olduğu *Kemal Demir*, (B. No: 2014/17141, 6/7/2017, § 78) kararında; *"Başvuru konusu olayda Kurul; temyiz incelemesi sırasında otuz üç, karar düzeltme sırasında ise otuz dokuz üyenin katılımı ile oluşmuştur. Dairedeki temyiz incelemesinde yer almış olan üç üyeye karşılık Kurulda temyiz incelemesinde otuz, karar düzeltme aşamasında ise otuz altı üye daha görev almış ve oylamaya katılmıştır. Söz konusu üyeler Kurula başkanlık etme veya dosyayı heyete sunma (Danıştayda üyeler dosyaları sunmamaktadır.) gibi görevler almamışlardır. Bu çerçevede daha önce Dairede temyiz aşamasında görev almış üyelerin sayısı ve bu üyelerin kararın verilmesindeki rolleri ile Kurulda görev yapan tüm üyelerin sayısı birlikte değerlendirildiğinde Dairede temyiz aşamasında görev almış üyelerin ısrar kararını inceleyen Kurulda temyiz ve karar düzeltme aşamalarında yer almalarının tek başına tarafsızlığa aykırı olduğu söylenemez."* görüşünü benimsemiştir.

sınırlıdır. Türk idari yargı sistemi içerisinde bulunan Danıştayda yer alan kurulları yöneten başkan, eşitlerin birincisini teşkil etmektedir (primus inter pares). Başka bir deyişle başkan, özellikle idari olarak Danıştaydaki diğer üyelere göre daha fazla yetkiye sahip olmadığı gibi başkanın oylamanın sonucuna etki etme ve bu vesile ile kurul kararının farklı yönde oluşmasına yol açma gibi bir imkânı bulunmamaktadır.

Bu açıklamalar çerçevesinde bakıldığında ilgili üyelerin sayısının yani otuz bir üyeden üçünün daha önce dava konusu olay hakkında görüş beyan etmiş olmasının tarafsız mahkemede yargılanma hakkı açısından ciddi şüphe oluşturmadığı görülmektedir. Ayrıca bu üyelere birisi Kurul toplantısını idare etmek dışında bir yetkisi bulunmayan başkanlık görevini icra etse dahi somut olay açısından tarafsız mahkemede yargılanma hakkının ihlal edildiğinin kabulü oldukça zorlama bir yorumdur.

c. Üyelerin İDDK'ye Katılmasını Gerekli Kılan Mutlak Bir Gerekçenin Bulunmaması

AİHM, *Fazlı Aslaner/Türkiye* kararında, daha önceki içtihadından farklı olarak son derece katı yeni bir kıstas ortaya koymuştur. Bu kıstasa göre mahkemenin tarafsızlığı konusunda belirleyici olan ilgili hâkimlerin oranı veya sayısı değil bu hâkimlerin kurula katılmalarını mutlak gerekli kılan önemli bir gerekçenin bulunup bulunmadığıdır. Bir başka deyişle AİHM, Danıştay Beşinci Dairesi üyelerinin İDDK toplantısında oy hakkına sahip olarak yer almalarını zorunlu hâle getirecek ciddi hiçbir gerekçenin bulunmadığı yorumunda bulunmuş ve somut olayda tarafsız mahkemede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin kararının bir diğer gerekçesi olarak kabul etmiştir.

AİHM tarafından kabul edilen mutlak gerekli olma kıstasının, özellikle kurul hâlinde çalışan her organ açısından sorun yaratması mümkündür. Öncelikle AİHM, ilk defa böyle bir kıstas getirmiş olmakla birlikte kararda, sadece mutlak zorunluluk ifadesini kullanmış fakat “*mutlak zorunlu*” kavramıyla ne anlatılmak istendiği konusunda herhangi bir açıklama yapmamıştır⁷⁵.

⁷⁵ Kararın karşı oy gerekçesinde de *mutlak zorunlu* olma kriteri eleştirilmekte, hatta bu kriteri AİHM'in kendisinin dahi yerine getiremeyeceği ve kurul hâlinde karar vermesini engelleyebileceği belirtilmektedir: “*Mutlak gerekli olan bu kıstasın, özellikle sorun yaratacağı kanaatindeyiz. Mahkeme, konuya ilk defa böyle bir kıstas getirmektedir. Ayrıca, çoğunluk, ne bu yeni uygulamayı başlatmanın gerekçeleri ne de “mutlak gerekli” kavramıyla ilgili ne anlatılmak istendiği*”

Bu aşamada, Danıştay Dava Dairesi üyelerinin İDDK'de de yer almalarının zorunlu olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki Danıştay, idari mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Ayrıca Danıştay, kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakmaktadır. Buna göre Danıştayın görevi bir bütün olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla Danıştayın görevine giren hususlarda daireler arasında hangi işin hangi dairede görüleceği hususu, teknik anlamda görev ilişkisi olmayıp iş paylaşımını ifade etmektedir.

Bu bağlamda İDDK'nin idari yargının en üst karar alma organı olduğu ve bu kararların Danıştay daireleri de dâhil olmak üzere bütün idare mahkemeleri açısından yol gösterici olduğu açıktır. 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 27. maddesinden anlaşıldığı üzere Danıştay daireleri belirli uzmanlık esaslarına göre yapılan iş paylaşımı çerçevesinde görev yapmaktadırlar. Daire üyeleri İDDK ve VDDK'ye katılarak uzmanlık alanıyla ilgili kurullara katkı vermekte, aynı zamanda Kurul içtihatlarını da takip etmektedirler. Dolayısıyla çalıştığı Danıştay dairesinin görev alanına giren konularda belli bir bilgi birikimine ve uzmanlığa sahip olan üyelerinin, İDDK'nin vermiş olduğu kararlarını daha iyi temellendirmek ve bu yüksek yargı makamının kararlarının meşruluğunu güçlendirmek amacıyla Kurulda yer almaları normal bir durumdur hatta bir zorunluluk olarak dahi kabul edilebilir. Öte yandan 2575 sayılı Kanun'un 17. maddesinde temyiz incelemesi yapan dairenin veya üyelerinin kurul çalışmalarına katılımıyla ilgili sınırlayıcı bir hükme yer verilmemiş, yalnızca dairenin ilk derece sıfatıyla baktığı davalarda dairenin başkan ve üyelerinin ilgili kurula katılamayacakları hüküm altına alınmıştır.⁷⁶

Kabul etmek gerekir ki Danıştay Dava Dairesi üyelerinin İDDK ve VDDK'ye katılmalarının gerekliliği konusunda burada ileri sürülen gerekçeler, üyelerin kurullara katılmasını mutlak zorunlu kılmamakla birlikte Danıştay Dava Dairesi üyelerinin İDDK ve VDDK'ye katılımları

konusuna dair herhangi bir açıklama sunmamıştır. Belirli sayıda hâkimin katılımının gerekli olduğu kolaylıkla düşünülebilse bile, bu gerekliliğin mutlak nitelikte olduğu durumları anlamak bizim için güçtür. Bu bağlamda, Mahkememizin bizzat kendisinin, bu kıstası yerine getiremeyeceğini dikkate almak gerekir. Dava dosyasının Büyük Daire'ye iadesi durumunda, ulusal yargıcın da mevcut kararı veren İkinci Daire bünyesindeki heyette yer almasına rağmen, Büyük Daire oluşumunda da yer almaktadır. Hâlbuki ulusal yargıcın Büyük Daire'ye katılmasının mutlak gerekli olduğunu iddia etmek oldukça güçtür."

⁷⁶ AYM, Kemal Demir/Türkiye, § 75.

sağlanarak üyelere iradelerini yansıtma imkânının tanınması ciddi bir gerekçedir. Kanun koyucu da bu gerekçeden hareketle Danıştay üyelerin anılan kurullara katılarak katkı vermelerini amaçlamıştır.

Danıştay üyelerinin daha önce karar vermiş oldukları aynı uyuşmazlığın İDDK'de incelenmesi sırasında da bu Kurula katılımlarını *mutlak gerekli hâle getiren* ciddi bir gerekçenin varlığına bağlamak, sorunun çözümüne katkı sağlayabilecek bir yaklaşım değildir. Öncelikle AİHM *mutlak gereklilik* kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda herhangi bir açıklama yapmamış ve konuda bir ilke belirleme yoluna gitmemiştir. Bu nedenle hangi durumların mutlak gerekli olduğu hususu söz konusu karardan anlaşılammaktadır. Kaldı ki -karşı oy yazısında da belirtildiği üzere- bu kıstasın Mahkemenin bizzat kendisi tarafından dahi yerine getirilmesi mümkün değildir.

Bununla birlikte AİHM, AİHS'in 6. maddesinin 1. fıkrasının ihlal edildiği sonucuna vardığı işbu davada sadece *mutlak gereklilik* kriterine dayanmamıştır. AİHM, mutlak gereklilik kriterinin yanında hem Daire kararına hem de İDDK'ye katılan hâkimlerin düşük sayısını dikkate almakla birlikte bu hâkimlerden birisi tarafından icra edilen başkanvekilliği görevini de dikkate alarak tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Bu saptamalar çerçevesinde *Fazlı Aslaner/Türkiye* kararından, Danıştayda Dava Dairesinin verdiği karara katılan Daire üyelerinin daha sonra aynı uyuşmazlığın İDDK önünde incelenmesi sırasında bu Kurula da katılmalarının ve uyuşmazlık hakkında oy kullanmalarının tek başına tarafsız mahkemede yargılanma hakkının ihlali sonucunu doğurmadığı anlaşılmaktadır. Bu çerçevede AİHM kararına bakıldığında ilgili hâkimlerin sayısının veya oranının belirleyici olmadığı ifade edilmiş ancak söz konusu üç üyenin son kararı verecek Kurulda oy hakkına sahip olarak yer almalarını mutlak zorunlu hâle getiren ciddi hiçbir gerekçenin bulunmaması ve bu üç üyeden birisinin Başkanvekili sıfatıyla İDDK'de başkanlık görevini icra etmesinin mahkemenin tarafsızlık görünümünü etkilediği sonucuna varılmıştır. Sonuç olarak söz konusu karar ışığında, Danıştay İDDK ve VDDK'nin oluşumunun ve -Danıştay Dava Dairesi kararına katılan Daire üyelerinden birisi başkanlık etmediği sürece- bu kurulların yargılama ve karar alma usulünün tarafsız mahkemede yargılanma hakkı açısından sorun teşkil etmeyeceği değerlendirilmektedir.

SONUÇ

Modern demokrasilerin ve hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmez unsurlarından birisi, yargının bağımsız ve tarafsız olmasıdır. Zira hukuk devletinin özelliklerinden olan temel hak ve hürriyetlerin tam anlamıyla teminat altına alınması ancak bağımsız ve tarafsız mahkemelerin varlığı ile mümkündür.

Kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkı, adil yargılanma hakkının temel unsurlarından birisini teşkil etmektedir. Kuvvetler ayrılığı ilkesiyle de doğrudan bağlantılı olan bu hak, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkemeler sayesinde bireye hem diğer bireyler hem de devlet karşısında koruma sağlamaktadır. Gerek ulusal gerekse uluslararası hukukta herkesin kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkını sağlamaya yönelik düzenlemeler yer almakta olup bireylerin bu haktan yararlanmasının sağlanabilmesi için kanunla kurulmuş bir mahkemenin bulunması, ayrıca bu mahkemenin bağımsız ve tarafsız nitelikte olması gerekmektedir.

AİHM; mahkemeyi kanunla kurulan, yürütme organı ve taraflar önünde bağımsız ve tarafsız, yargılama usulü güvencesine sahip bir makam olarak tanımlamaktadır. AİHS'te yer verilen mahkeme kavramı özerk bir kavramdır. İlgili karar organının bazı özelliklere sahip bulunması, iç hukukta mahkeme olarak değerlendirilmese de Sözleşme organları tarafından mahkeme olarak değerlendirilmesine neden olabilmektedir. AİHM içtihatlarına göre bir organa yargı yeri özelliği kazandıran şey, onun bağlayıcı karar verme yetkisine sahip olmasıdır.

Yargı bağımsızlığı ilkesi, yargı organının önündeki uyuşmazlık hakkında herhangi bir tarafın herhangi bir nedenle doğrudan veya dolaylı kısıtlama, etki, teşvik, baskı, tehdit ve müdahalesine maruz kalmaksızın maddi olaylara ve hukuka dayanarak karar vermesini ifade eder. Bağımsızlık kavramıyla yakından ilgili bulunan tarafsızlık ise yansız, taraflar arasında ayırım yapmayıp hepsine eşit olarak davranma anlamına gelmektedir. AİHM, tarafsızlık kavramını *nesnel (objektif)* ve *öznel (sübjektif)* olmak üzere iki açıdan ele almaktadır. İlk aşamada hâkimin birey olarak davadaki kişisel tarafsızlığı yani *öznel tarafsızlık*, ikinci aşamada ise kurum olarak mahkemenin tarafsızlığı yani *nesnel tarafsızlık* incelenmektedir. Nesnel tarafsızlık, mahkemenin verdiği görünümüdür. Bu nedenle bağımsızlıkta olduğu gibi tarafsızlıkta da mahkeme üyelerinin

tarafsız olmalarının yanı sıra bu tarafsızlıklarının görünür olması da gerekmektedir.

Danıştay, hem idarenin danışma organı sıfatıyla idari görevleri olan hem de idari işlem ve eylemlere karşı ilk derece ve temyiz mahkemesi olarak yargısal görevleri yerine getiren bir kurumdur. Danıştay yalnız bir yüksek mahkeme değil aynı zamanda devletin en yüksek danışma organıdır. Bu durumda Danıştayın bir mahkeme olarak çifte rol üstlenmesinin tarafsız mahkemede yargılanma hakkının ve özellikle nesnel tarafsızlık ilkesinin ihlali olarak addedilip addedilmeyeceği sorunu ortaya çıkabilecektir.

Bunun yanı sıra ilk derece veya istinaf mahkemesi kararını bozan Danıştay Dairesi üyelerinin aynı zamanda ısrar kararı üzerine kararı inceleyen İDDK veya VDDK'ye de katılmış olmaları hususunun da nesnel tarafsızlık açısından tarafsız mahkemede yargılanma hakkına aykırılık oluşturup oluşturmadığı tartışmalı bir konudur. Bu konu AİHM tarafından *Fazlı Aslaner/Türkiye* başvurusunda incelenmiş ve bu uygulama nedeniyle tarafsız mahkemede yargılanma hakkı açısından AİHS'in 6/1. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir.

AİHM, anılan kararında Danıştay Dava Dairesi üyesi olan üç hâkimin İDDK'de bulunmalarını, sayısal ağırlıklarının az ya da çok olması açısından değil oynadıkları rolü -üyelerden birisinin İDDK'de başkanvekili olarak bulunması- ön plana çıkararak ele almış; ayrıca bir zorunluluk veya önemli bir gerekçe olmadığı sürece aynı konuda karar veren hâkimlerin yargılamanın sonraki aşamalarında rol oynamasını söz konusu hak açısından ihlal olarak değerlendirmiştir.

Anılan karar incelendiğinde, AİHS'in 6/1. maddesinde yer alan bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin gerekçelerin somut olay açısından sağlam temellere dayanmadığı görülmektedir. Her ne kadar AİHM önceki içtihatları ile bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkına ilişkin olarak kabul etmiş olduğu ilkelerden de yararlanmış ise de somut olayda AİHM'in bu ilkeleri katı bir şekilde yorumlama yoluna gittiği görülmektedir.

Bu çerçevede ilgili üyelerin sayısının yani otuz bir üyeden üçünün daha önce dava konusu olay hakkında görüş beyan etmiş olmasının tarafsız mahkemede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin ciddi bir şüphe oluşturmadığı görülmektedir. Ayrıca bu üyelerden birisinin İDDK'ye başkanlık etmesinin de -Kurul başkanının Türk idari yargı sistemi

açısından bakıldığında Kurul toplantısını idare etmek dışında bir yetkisi bulunmadığı göz önüne alındığında- tarafsız mahkemede yargılanma hakkı açısından bir sorun oluşturmadığı düşünülmektedir.

Bunun yanı sıra AİHM, daha önceki içtihadından farklı olarak son derece katı bir kıstas olan dava hakkında görüşünü açıklamış hâkimlerin İDDK'ye katılmasını mutlak gerekli kılan önemli bir gerekçe olması kıstasından faydalanmıştır. Öncelikle AİHM, ilk defa böyle bir kıstas getirmiş olmakla birlikte kararda “mutlak zorunlu” kavramıyla ne anlatılmak istendiği konusuna dair herhangi bir açıklama yapılmamıştır. Ayrıca Danıştay daireleri belirli uzmanlık esaslarına göre yapılan iş paylaşımı çerçevesinde görev yapmakta olup Daire üyeleri Kurula katılarak uzmanlık alanıyla ilgili kurullara katkı vermektedir. Bu durum, üyelerin kurullara katılmasını mutlak zorunlu kılmamakla birlikte ciddi bir gerekçe olarak kabul edilebilecek bir durumdur.

Sonuç olarak *Fazlı Aslaner/Türkiye* kararından Danıştayda Dava Dairesinin verdiği karara katılan Daire üyelerinin daha sonra aynı uyuşmazlığın İDDK önünde incelenmesi sırasında bu Kurula da katılmalarının tek başına tarafsız mahkemede yargılanma hakkının ihlali sonucunu doğurmadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle Danıştay İDDK ve VDDK'nin oluşumunun ve -Danıştay Dava Dairesi kararına katılan Daire üyelerinden birisi başkanlık etmediği sürece- bu kurulların yargılama ve karar alma usulünün tarafsız mahkemede yargılanma hakkı açısından sorun teşkil etmeyeceği değerlendirilmektedir.

KAYNAKÇA

- ATAY, Ender Ethem (2013). “Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı İlkesi Işığında Danıştay”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S 1, 2, s. 1129-1154.
- ERKUT, Celal (2004). *Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı*, İstanbul: Yenilik Basımevi.
- HARRİS, David/O’BOYLE, Michael/BATES, Edward/BUCKLEY, Carla (2013). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Ankara.
- İNCEOĞLU, Sibel (2018). *Adil Yargılanma Hakkı (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 4)*, Ankara: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sisteminin Desteklenmesi Ortak Projesi.
- İNCEOĞLU, Sibel (2013). *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı (Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler)*, İstanbul: Beta Yayınları.
- İŞTEN, İnanç (2014). “Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı”, *Gaziantep University Journal of Social Sciences*, 13 (2)., s. 285-313.
- ÖZEN, Muharrem (2010). “Yargı Bağımsızlığını Zedeleyen Düzenleme, Uygulamalar ve Bağımsızlığı Sağlamaya Yönelik Çözüm Önerileri”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:68, S. 2010/1., s. 31-65.
- ŞAHBAZ, İbrahim (2008). “AİHM Kararlarında Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı”, *Anayasa Yargısı*, C. 25., s. 229-289.
- TAKÇI, Tuğçe (2017). *Türk ve Avrupa Hukukunda Temel Hak Boyutuyla Adil Yargılanma Hakkı*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- TANRIVER, Süha (2013). “Tabii Hâkim İlkesi ve Medeni Yargı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 104., s. 11-35.
- TOPUZ, Gökçen/KONAN, Belkıs (2017). “Geçmişten Günümüze Türk Hukukunda Hâkimin Tarafsızlığı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 66 (4)., s. 763-794.
- YILMAZ ÖZEL, Nurcan (2016). *Adil Yargılanma Hakkı Kriterlerinin Türk İdari Yargılama Hukuku Açısından Muhtemel ve Gerçekleşen Etkileri*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.