

KAMU HUKUKU/PUBLIC LAW

Araştırma Makalesi / Research Article

Hâkim Atamalarındaki Usulsüzlüklerin Yasayla Kurulmuş Mahkemede Yargılanma Hakkına Etkisi: İlgili AİHM Kararlarının İncelenmesi*

The Effect of Irregularities in the Appointment of Judges on the Right to a Tribunal Established by Law: A Review of the Relevant ECHR Judgments

Muhammed Fatih TAŞÇI**

ÖZ

Makale, AİHM'in, yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkına ilişkin yakın zamanda verdiği kararları incelemektedir. Makalede yasayla kurulmuş mahkeme hakkına AİHM'in verdiği anlam tespit edilecek ve Mahkeme içtihadının kısaca değerlendirmesi yapılacaktır. Yasayla kurulmuş mahkeme güvencesi, yargılamayı yapan mahkemenin yasayla kurulmasının yanında mahkemenin kuruluş ve yetkilerini düzenleyen yasalara uygun şekilde yargılama yapmasını da gerektirmektedir. AİHM Büyük Daire'nin Ástráðsson kararında ortaya koyduğu üzere, hakimlerin atanma süreçlerinde yaşanan usulsüzlükler bazı şartların gerçekleşmesi durumunda o hakimlerin bakmış olduğu davalarda yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkının ihlal edilmesine sebep olabilirler. AİHM, hâkim atamalarındaki usulsüzlüklerin hangi durumlarda yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkını ihlal ettiğini tespit için Ástráðsson kararında üç adımlı testi geliştirmiş ve sonraki kararlarında bu testi istikrarlı şekilde uygulamıştır. Buna göre, (1) iddia edilen usulsüzlük iç hukuktaki bir yasaya açıkça aykırılıktan kaynaklanıyorsa, (2) bu yasaya aykırılık yasayla kurulmuş mahkeme güvencesinin özüne zarar verecek kadar ağırsa, ve (3) usulsüzlük iddiaları iç hukukta AİHM içtihadına uygun bir şekilde incelenmemişse, yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkı ihlal edilmiş olacaktır. Söz konusu usulsüzlüklerin başvuruçunun somut hukuki uyumsuzluğuyla doğrudan ilgisinin olması aranmamaktadır. Ayrıca, AİHM kararları gös-

* Makale gönderim tarihi:22.02.2024 Makale kabul tarihi:18.04.2024 Muhammed Fatih Taşçı,

“Hâkim Atamalarındaki Usulsüzlüklerin Yasayla Kurulmuş Mahkemede Yargılanma Hakkına Etkisi: İlgili AİHM Kararlarının İncelenmesi”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 1, 2024, s.25-51,

DOI: <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2024.11.1.4>.

** İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı Öğrencisi, Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, <https://orcid.org/0000-0002-0467-3048>, E-posta: mftasci@fsm.edu.tr

Çatışma Beyanı: Yazar/lar herhangi bir çatışma beyanı bildirmemiştir.

termektedir ki bu hakkın ihlal edilmesi, AİHS madde 6/1 haricinde sözleşmedeki diğer maddi haklar bakımından da bazı etkiler doğurabilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Yasayla kurulmuş mahkeme, adil yargılanma hakkı, hukuk devleti, hâkim atamaları, *Ástráðsson v. İzlanda*.

ABSTRACT

The article examines the recent judgments of the ECHR regarding the right to a tribunal established by law. The article finds out the meaning given by the ECHR to the right to a tribunal established by law and briefly evaluates the Court's jurisprudence. The guarantee of a tribunal established by law requires that the tribunal not only be established by law, but also conduct trials in accordance with the laws regulating the establishment and powers of the court. As stated by the ECHR Grand Chamber in its *Ástráðsson* decision, irregularities in the appointment processes of judges may, if certain conditions are met, lead to a violation of the right to a tribunal established by law in the rulings given by those judges. The ECHR developed the three-step test in the *Ástráðsson* judgment to determine in which cases irregularities in the appointment of judges violate the right to a tribunal established by law and has consistently applied this test in its subsequent judgments. Accordingly, if (1) the alleged irregularities result from a manifest breach of domestic law, (2) the irregularities are so grave that they undermine the essence of the right to a tribunal established by law, and (3) the allegations of irregularity have not been examined by domestic authorities in accordance with the jurisprudence of the ECHR, the right to a tribunal established by law is violated. The irregularities in question are not required to be directly related to the applicant's case. Moreover, the ECHR decisions show that violation of this right may affect other substantive rights in the Convention.

Keywords: Tribunal established by law, right to a fair trial, rule of law, judge appointments, *Ástráðsson v. Iceland*.

Giriş

Yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkı, hukuk devletinin önemli bir güvencesidir.¹ Bu hak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS ya da Sözleşme) md. 6/1'de, adil yargılanma hakkı kapsamında güvence altına alınmıştır. Son yıllarda Avrupa Konseyi üyesi bazı devletlerde yaşanan gelişmeler nedeniyle bu hak Avrupa kamuoyunda ve hukukçular nezdinde önemli bir gündem maddesi olmuştur. Özellikle Polonya'da yüksek mahkemelerin yapısının ve üye kompozisyonunun bazı hukuka aykırılık iddialarını beraberinde getirecek ve yargı organının işleyişini yasama ve yürütmenin etkisine açık bırakacak şekilde değiştirilmesiyle yasayla kurulmuş bağımsız ve ta-

¹ David Harris, Michael O'Boyle, Ed Bates, Carla M. Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights*, 5. bs., Oxford University Press, Oxford, 2023, s. 465.

rafsız mahkemede yargılanma hakkı bakımından tartışmalar yaşanmıştır. Bu süreçte çeşitli mahkemelerde görev alan hâkimlerin seçilmelerinin veya göreve atanmalarının iç hukuka aykırı şekilde gerçekleştiği iddiası yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkı bakımından tartışmaların odağındadır. Polonya'daki bu süreç bazı yazarlar tarafından “anayasal kriz”, “hukuk devleti krizi” ya da “hukuk devletinin çöküşü” olarak adlandırılmıştır.² Hâkim atamalarına dair usulsüzlük iddiaları nihai olarak farklı başvurularda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM ya da Mahkeme) önüne gelmiştir. AİHM önce İzlanda'ya karşı verilen *Ástráðsson v. İzlanda* (Ástráðsson) kararında hâkim atamalarındaki usulsüzlüklerin AİHS md. 6/1 ile ilişkisini ortaya koymuş ve kısa süre sonra da Polonya'ya karşı yapılan başvurularda *Ástráðsson* kararında ortaya koyduğu ilkeleri uygulayarak ihlal kararları vermiştir. Kararların gerekçesinde ihlalin sebebi olarak öne çıkan ve bu makalede de üstünde durulacak olan konu, hukuka aykırı şekilde göreve gelen hâkimlerin davalara bakmasının AİHS md. 6/1'deki yasayla kurulmuş mahkeme güvencesine aykırı olma durumudur.

Makale, AİHM'in, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkının yasayla kurulmuş mahkeme boyutuna ilişkin yakın zamanda verdiği kararları incelemektedir. Makalede yasayla kurulmuş mahkeme hakkına AİHM'in verdiği anlam tespit edilecek ve Mahkeme içtihadının kısaca değerlendirilmesi yapılacaktır. İncelenen kararlar, hâkimlerin atama süreçlerinde yaşanan usulsüzlüklerin yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkına etkisi ile ilgilidir. Kararlar incelendiğinde ilk göze çarpan husus, yasayla kurulmuş mahkeme kriterinin, mahkemenin bağımsızlığı ve tarafsızlığından ayrı şekilde, md. 6/1'in bağımsız bir alt ilkesi olarak öne çıktığıdır.³ AİHM, Ástráðsson kararı ve sonraki kararlarda bu hususu açıkça ortaya konmuştur. Bu sebeple biz de hakkın bu boyutunu “yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkı” ya da “yasayla kurulmuş mahkeme güvencesi” olarak adlandıracağız.⁴

2 Detaylı bilgi için bkz. Laurent Pech, Patryk Wachowiec, Dariusz Mazur, “Poland’s Rule of Law Breakdown: A Five-Year Assessment of EU’s (In)Action”, *Hague Journal on the Rule of Law*, Cilt 13, Sayı 1, 2021; Laurent Pech, *7 Years Later: Poland as a Legal Black Hole*, <https://verfassungsblog.de/7-years-later-poland-as-a-legal-black-hole/> (12.02.2024 tarihinde erişildi).; Marcin Wiącek, “Constitutional Crisis in Poland 2015–2016 in the Light of the Rule of Law Principle”, Ed. Armin von Bogdandy, Piotr Bogdanowicz, Iris Canor, Christoph Grabenwarter, Maciej Taborowski, Matthias Schmidt, *Defending Checks and Balances in EU Member States*, Cilt 298, Springer, Heidelberg, Berlin, 2021.

3 Haukur Logi Karlsson, “The Emergence of the Established “By Law” Criterion for Reviewing European Judicial Appointments”, *German Law Journal*, Cilt 23, Sayı 8, 2022, s. 1051.

4 Aynı kullanım için bkz. Sibel İnceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi*, Avrupa Konseyi, Ankara, 2018, s. 74. (*Adil Yargılanma Hakkı*)

İncelenen kararlarda göze çarpan ikinci husus ise yasayla kurulmuş mahkeme kriterinin yalnızca yargılamayı yapacak mahkemenin bir yasama işlemleriyle kurulmuş olmasını değil aynı zamanda bu mahkemeye atanacak olan hâkimlerin de yasaya uygun şekilde atanmış olmalarını gerektirmesidir. AİHM bu anlama gelebilecek kararları daha önce de vermişti. Fakat makalede incelenen kararlarda Mahkeme, bu konuya ilişkin daha önce olmadığı kadar açık tespitler yapmıştır. AİHM bu kararlarda hem hâkim atamalarındaki ne tür usulsüzlüklerin hakkı ihlal edeceğini hem de ihlalin ne gibi sonuçlar doğuracağını açıkça gösterme imkânı bulmuştur.

Makalede takip edilecek olan plan şu şekildedir: Öncelikle ilk bölümde AİHS md. 6'da yer alan adil yargılanma hakkının çerçevesi çizilecektir. Bundan sonra yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkının adil yargılanma hakkı içerisindeki yeri tespit edilecektir. Burada özel olarak "yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkı" ifadesi üzerinde durulacaktır. Bunun ardından AİHM kararlarında "yasayla kurulma" ve "mahkeme" kavramlarına ne anlam verildiği görülecektir. İkinci bölümde AİHM'in yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkına ilişkin Ástráðsson kararı ve sonrasındaki kararlar incelenecektir. Karar incelemesi, önce başvuruya yol açan olayların sonra da karar gerekçesinin incelenmesi şeklinde yapılacaktır. Bu bölümde AİHM'in, hâkimlerin atanma prosedüründeki usulsüzlüklerin yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkını ihlal edip etmediğine dair geliştirdiği üç adımlı test ve bu testin uygulaması görülecektir. İkinci bölümün sonunda incelenen kararların yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkı bakımından sonuçları ve etkilerinin ne olduğuna dair bir değerlendirme yapılacaktır. Sonuç kısmında makalede ulaşılan bulgular özetlenecek ve yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkının ihlalinin tespitinin uygulamadaki önemi gösterilecektir.

I. Hukuki Çerçeve

AİHM kararlarının incelenmesine geçmeden önce, kararlarda ortaya konulan ilkelerin ve ulaşılan sonuçların daha iyi anlaşılabilmesi bakımından adil yargılanma hakkının genel çerçevesinin çizilmesi faydalı olacaktır. Bu bölümde hem adil yargılanma hakkının hangi ilke ve güvenceleri kapsadığı özetlenecek hem de yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkının AİHS md. 6 içindeki yeri ve anlamı tespit edilecektir.

A. Adil Yargılanma Hakkı

Yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkı, adil yargılanma hakkının alt ilkelerinden biri olarak kabul edilmektedir. Adil yar-

gılanma hakkı ise çeşitli uluslararası sözleşmelerde ve ülke anayasalarında tanınmış bir haktır.⁵ AİHS de 6. maddede adil yargılanma hakkını düzenlemektedir. 6. maddenin ilk fıkrası şu şekildedir:

“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, adil ve kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar alenî olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut, aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir.”⁶

Adil yargılanma hakkı AİHS sisteminde önemli bir yer tutmaktadır. Bunun sebebi ise hem hakkın niteliğinden dolayı bizatihi kendi önemi hem de bu hakka ilişkin AİHM’e yapılan başvuruların hayli fazla olmasıdır.⁷ 6. maddenin içinde yargılamanın her aşamasına ilişkin güvenceler barındırması ve tüm yargılama aşamalarını kapsamaması bu durumun sebebi olarak gösterilebilir.

AİHS md. 6 altında yer alan güvencelerin temel olarak iki kısma ayrıldığı görülmektedir. İlk fıkra hem medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıkların hem de bir suç isnadının karara bağlandığı davalar bakımından geçerlidir. İkinci ve üçüncü fıkralar ise ceza yargılamasında geçerli olan asgari ilkelerdir.⁸ Bir başka deyişle md. 6/1 genel kural olup hem özel hukuk hem de ceza yargılamaları bakımından adil yargılanma kavramının içerdiği ilkeleri saymaktadır.⁹ Birinci fıkrada açıkça ifade edilen ilkeler şunlardır: Yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma, hakkaniyete uygun yargılama, makul sürede yargılama, aleni yargılama. Bunların yanında AİHM’in içtihat yoluyla geliştirdiği bazı ilkeler de md. 6/1 altında incelenmektedir. Örneğin mahkeme-

5 Adil yargılanma hakkı zaman zaman hakkaniyete uygun yargılama, dürüst yargılama gibi farklı şekillerde de ifade edilebilmektedir. Bkz. Sibel İnceoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı: Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler*, 2. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2005, s. 2-3. (*Ortak Yargısal Hak ve İlkeler*); Hüseyin Turan, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 62-63.

6 Mahkemenin internet sitesindeki Türkçe çeviri için bkz. https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_tur (12.02.2024 tarihinde erişildi)

7 Harris vd., s. 376-377.

8 Turan, s. 64; İnceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı*, s. 19.

9 İnceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı*, s. 3.

ye erişim hakkı maddede açıkça yazmasa da AİHM tarafından maddenin içine dâhil kabul edilen bir hak/güvencedir.¹⁰ Bunun dışında AİHM, bazı ilkeleri hakkaniyete uygun yargılama ilkesinin kapsamı içinde kabul ederek 6. maddenin kapsamına sokmaktadır.¹¹ Bu alt ilkelerin zımni olarak hakkaniyete uygun yargılamanın içinde olduğu varsayılır. Bu ilkelere şunlar örnek gösterilebilir: Silahların eşitliği, çelişmeli yargılama, gerekçeli karar hakkı, delillere ilişkin ilkeler, duruşmada hazır bulunma, etkili katılma, dolaysızlık ilkesi.¹²

B. Yasayla Kurulmuş Mahkemede Yargılanma Hakkı

Hem özel hukuk hem de ceza yargılamaları bakımından adil yargılamanın ortak ilkelerini oluşturan md. 6/1 birçok farklı güvence barındırmaktadır. Makalenin konusunu oluşturan yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkı bu güvencelerden bir tanesidir. Yargılamanın kurumsal yapısıyla ilgili olduğu için titizlikle üstünde durulması gerekmektedir. Zira diğer ilkelerin yargılamada sağlanması öncelikle özellikleri maddede zikredilen bir mahkemenin varlığını gerektirir. Yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkının maddede yazılış şekline üç ayrı bileşeni olduğu sonucuna ulaşılır.¹³ Bunlar yasayla kurulmuş mahkeme, bağımsız mahkeme ve tarafsız mahkemedir. Bu üç bileşen birbiriyle bağlantılı olsa da aslında her biri diğerinden farklı güvencelerdir. Bu makalenin devamında görüleceği üzere, güncel AİHM kararları yasayla kurulmuş mahkemenin diğer iki bileşenden bağımsız olduğunu tasdik edicidir. Yasayla kurulmuş mahkeme güvencesi veya mahkemelerin yasayla kurulması şartı günümüzde demokratik devletlerin büyük çoğunluğunda kabul edilen bir hukuk ilkesidir. AİHM, Ástráðsson kararında Avrupa Konseyi'ne üye bütün devletlerde bu ilkenin açıkça veya zımnen kabul edildiği tespitini yapmıştır.¹⁴

Hem Mahkeme içtihatlarındaki hem de uluslararası literatürdeki bağımsız mahkeme ve tarafsız mahkeme kavramlarına kıyasla yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkının üstünde daha az durulmuştur.¹⁵ AİHS bağlamında

10 Bkz. AİHM, *Golder v. Birleşik Krallık*, Baş. No. 4451/70, 21 Şubat 1975.

11 İnceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı*, s. 3; Harris vd., s. 413; Feyyaz Gölcüklü, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde 'Adil Yargılama'", *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt 49, Sayı 1, 1994, s. 201.

12 İnceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı*, s. 3.

13 Her üçü bakımından genel olarak bkz. Martin Sunnqvist, "Impartiality and Independence of Judges: The Development in European Case Law", *Nordic Journal of European Law*, Cilt 5, Sayı 1, 2022.

14 AİHM (Büyük Daire), *Guðmundur Andri Ástráðsson v. İzlanda*, Baş. No. 26374/18, 01.12.2020, para. 149.

15 Cecilia Rizcallah, Victor Davio, "The Requirement that Tribunals be Established by Law: A Valuable Principle Safeguarding the Rule of Law and the Separation of Powers in a Context of Trust", *European Constitutional Law Review*, Cilt 17, Sayı 4, 2021, s. 582.

yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkına AİHM kararları ışığında bakıldığında iki farklı kavramı ele almak gerekmektedir. Bunlar “mahkeme” ve “yasayla kurulma” kavramlarıdır. Bu iki farklı kavram AİHM kararlarında farklı şekilde incelenmişlerdir. Literatürde de aynı çizgi takip edilmiş ve bu iki kavram ayrı olarak ele alınmıştır.¹⁶

Kararları incelendiğinde AİHM’in mahkeme olma kriterini daha çok fonksiyonel anlamda kabul ettiği görülmektedir.¹⁷ Bir başka deyişle AİHM, önüne gelen başvurularda iç hukuktaki mercilerin yargısal bir işlev yerine getirip getirmediğine bakmaktadır. AİHM içtihadına göre merciin bakmakta olduğu uyuşmazlığı maddi ve hukuki bakımdan inceleme yetkisine sahip olması, bağlayıcı kararlar verebilmesi ve uyuşmazlığı kesin karara bağlama yetkisi o merciin AİHS md. 6 anlamında mahkeme olduğunu gösterir.¹⁸ AİHM’e göre normalde yargı faaliyeti yürütmeyen yasama organı dahi spesifik olay özelinde yargı organı sayılabilir.¹⁹ Şayet iç hukuktaki merci bu kriterleri sağlamıyorsa o zaman yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkının ihlali, o merci mahkeme sayılmayacağı için gündeme gelecektir.

Yasayla kurulma kavramına gelince, bu kavram da AİHM içtihatlarıyla farklı gereklilikleri kapsayacak şekilde geliştiği görülür. Mahkemelerin yasayla kurulması gerekliliğinin AİHS’e girme sebebi esas olarak kişileri belli politik amaçlarla yaratılan *ad hoc* mahkemelere karşı korumaktır.²⁰ Bu anlamda yasayla kurulmanın doğal hâkim ilkesine karşılık gelmektedir.²¹ Fakat AİHM’e göre bu kavramın anlamı yalnızca *ad hoc* mahkeme yasağıyla sınırlı değildir. AİHM’in yerleşik içtihadına göre yasama organının mahkeme kurma yetkisini haiz olması 6. maddenin gereğidir.²² Yani 6. madde yasa ifadesini bir yasama işlemi anlamında kullanmaktadır. Ayrıca mahkemelerin yasayla kurulması yalnızca kuruluşun değil, mahkemenin yetkilerinin ve yargılama usulünün de yasayla belirlenmesini gerektirmektedir.²³ Şu hâlde, AİHS’teki yasayla kurul-

16 Bkz. Gölcüklü, s. 210; İnceoğlu, *Ortak Yargısal Hak ve İlkeler*, sf. 158.

17 Bkz. AİHM, *Mutu ve Pechstein v. İsviçre*, Baş. No. 40575/10 ve 67474/10, 2 Ekim 2018, para 139; AİHM, *Bilgen v. Türkiye*, Baş. No. 1571/07, 9 Mart 2021, para. 73; AİHM, *Steininger v. Avusturya*, Baş. No. 21539/07, 17 Nisan 2012, para. 45.

18 İnceoğlu, *Ortak Yargısal Hak ve İlkeler*, s. 159-161; Gölcüklü, s. 210

19 AİHM, *Demicoli v. Malta*, Baş. No. 13057/87, 27 Ağustos 1991.

20 Rizcallah, Davio, s. 583-584

21 Bkz. İlyas Doğan, Balkan Demirdal, “Adil Yargılanma Hakkı”, Ed. İlyas Doğan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, 2. bs., Astana Yayınları, Ankara, 2021, s. 189; Tuğçe Takcı, *Türk ve Avrupa Hukukunda Temel Hak Boyutuyla Adil Yargılanma Hakkı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 32.

22 AİHM, *Bahaettin Uzan v. Türkiye*, Baş. No. 30836/07, 24 Kasım 2020, para. 48.

23 İnceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı*, s. 71; Fatih Torun, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Fazlı Aslaner/ Türkiye Kararı Bağlamında Tarafsız Mahkemede Yargılanma Hakkı”, *Anayasa Yargısı*, Cilt 37, Sayı 1, 2020 s. 294.

muş mahkemede yargılanma hakkı hem *ad hoc* mahkeme yasağına hem de mahkemelerin yasama işlemiyle kurulacağına ve yetkilerinin düzenleneceğine işaret etmektedir.²⁴

Yasayla kurulma, yargılamayı yapan mahkemenin, kuruluşuna ve yetkilerine ilişkin hukuk kurallarına uygun şekilde hareket etmesini gerektirmektedir. AİHM'e göre, mahkemelerin kuruluş ve yetkilerine ilişkin kurallara aykırı hareket etmeleri yasayla kurulma ilkesini ihlal eder.²⁵ Aynı şekilde, yargılamaya katılan hâkimlerin o mahkemeye atanmalarının da yasaya uygun şekilde yapılması, mahkemenin kuruluş ve yetkilerini düzenleyen iç hukuk düzenlemelerine uygunluğun gereğidir. Yani mahkemenin yasal dayanağının olmasının yanında aynı zamanda mahkeme heyeti de yasaya uygun şekilde oluşmalı, başka bir ifade ile tereküp etmelidir.²⁶ Mahkeme üyeleri yasaya uygun şekilde atanmamışsa ya da mahkeme heyetinin oluşumunda hâkimler yasaya aykırı şekilde görevlendirilmişse bu durum da yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkına aykırı olacaktır.²⁷ Örneğin *Posokhov v. Rusya* kararında Mahkeme, meslekten olmayan hâkimlerin (*lay judge*) iç hukuka aykırı şekilde baktıkları iddia edilen bir dava sonucunda önüne gelen olayı incelemiştir. AİHM, iki hâkimin, iç hukuka aykırı şekilde başvurusunun davasında görevlendirilmiş olduklarından yola çıkarak iç hukukta yargılamayı yapan mahkemenin "yasayla kurulmuş mahkeme" olarak değerlendirilemeyeceği sonucuna varmıştır.²⁸ Benzer bir karar olan *Ilatovskiy v. Rusya* kararında ise AİHM, mahkemede görevlendirmek üzere seçilen meslek dışı hâkimlerin iç hukukta öngörülen usule aykırı şekilde seçildiklerini ve bu sebeple görev yaptıkları mahkemenin "yasayla kurulmuş mahkeme" olarak değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir.²⁹ AİHM her iki kararda da md. 6/1'in ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

Görüldüğü üzere Ástráðsson kararından önceki AİHM içtihadında, mahkemenin yasada belirtilen yetkilere uygun davranması ve yasada gösterildiği şekilde oluşması gerekliliği md. 6'da yer alan yasayla kurulmuş mahkeme güvencesinin içinde yer almaktaydı. Ástráðsson kararının önemi ise, AİHM'in bu kararlarla birlikte hâkimlerin atanma usullerinin de yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkıyla güvence altına alındığını tam anlamıyla açığa

24 Bkz. Gölcüklü, s. 210; İnceoğlu, *Ortak Yargısal Hak ve İlkeler*, s. 163; Turan, s. 159-160;

25 AİHM, *Miracle Europe KFT v. Macaristan*, Baş. No. 57774/13, 12 Ocak 2016, para 50; *Bahattin Uzan v. Türkiye*, para. 49.

26 Aynı doğrultuda, Sunnqvist, s. 88.

27 İnceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı*, s. 72; Rizcallah, Davio, s. 354

28 AİHM, *Posokhov v. Rusya*, Baş. No. 63486/00, 4 Mart 2003, para. 43.

29 AİHM, *Ilatovskiy v. Rusya*, Baş. No. 6945/04, 9 Temmuz 2009, para. 41.

kavuşturmasıdır.³⁰ AİHM, önündeki başvuruyu, yasayla kurulmuş mahkeme güvencesine verdiği anlamı açıklığa kavuşturmak, bir nevi rafine etmek amacıyla kullanmıştır.³¹ AİHM bunların da ötesinde, hâkimlerin atanmasına ilişkin usulsüzlüklerin hangi durumlarda yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkına aykırılık oluşturacağını belirleyen üç adımlı testi söz konusu başvuruda geliştirmiş ve ilk defa uygulamıştır.

II. Hâkim Atamalarındaki Usulsüzlüklerin Yasayla Kurulmuş Mahkemede Yargılanma Hakkına Etkisi

Ástráðsson kararı hâkim atamalarındaki usulsüzlüklerin yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkına etkisinin tespiti bakımından bir milat olmasa da bu ikisi arasındaki ilişkinin en belirgin şekliyle ortaya konulduğu davadır. AİHM bu karardan kısa süre sonra Polonya'daki hukuk devleti kriziyle ilgili bir dizi başvuruda üç adımlı testi uygulamış ve hâkimlerin atanmasına ilişkin tespit ettiği usulsüzlüklerin yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkını ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Bu üst üste gelen kararlardan sonra AİHM'in artık hâkimlerin atanmalarına ilişkin usulsüzlüklerin yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkını nasıl etkilediği konusundaki yorumunun önemli ölçüde belirginleştiği söylenmelidir. Aşağıda önce Ástráðsson kararı sonrasında Polonya'ya karşı verilen kararlar, bu başvurulara sebebiyet veren arka planlarıyla birlikte incelenecektir.

A. Ástráðsson v. İzlanda ve Üç Adımlı Test

Ástráðsson başvurusuna yol açan olaylar dizisi İzlanda'da istinaf mahkemesinin kurulmasıyla başlamıştır. Yeni yapılan yasayla hem istinaf mahkemesi yaratılmış hem de mahkeme hâkimlerinin seçim usulleri belirlenmiştir. Buna göre usulüne uygun şekilde yapılan başvuruları Değerlendirme Komitesi değerlendirecek ve en uygun adayları gösteren listeyi Adalet Bakanı'na ileticek, Bakan da adayları yasama organına sunacaktır. Bakan en uygun adayları gösteren tavsiye listesinin haricinde Komite tarafından minimum şartları sağlıyor olarak değerlendirilen başvuru sahibi hâkimleri de aday olarak gösterebilmektedir.³² Adalet Bakanı, önüne gelen listede bazı değişiklikler yapmış, Komite'nin ilk on beş hâkim arasına aldığı bazı hâkimleri çıkartmış, yerlerine minimum kriterleri sağlayan başka hâkimler eklemiş ve listeyi bu şekilde yasama organına sunmuştur. Yasama organı da Bakan'ın gönderdiği listeyi blok hâlinde oylayarak kabul etmiştir. Bunun üzerine Cumhurbaşkanı hâkimlerin

30 Rizcallah, Davio, s. 585.

31 Ástráðsson v. İzlanda, para. 218.

32 Ástráðsson v. İzlanda, para. 16-19

atama kararlarını imzalamıştır.³³ Komite tarafından ilk on beş hâkim arasında gösterilen fakat daha sonra Bakan tarafından yasama organına aday olarak sunulmadıkları için seçilemeyen hâkimlerden bazıları hem Bakan'ın kendilerini listeden çıkarması işlemine hem de Cumhurbaşkanı'na sunulan listeye karşı dava açmışlardır. Nihai olarak Yüksek Mahkeme'nin önüne gelen davada Yüksek Mahkeme, idare hukuku ilkelerine atıf yaparak, Bakan'ın Komite'nin verdiği listeden sapacak olsa dahi en azından listeye kendi soktuğu adaylar ile çıkardığı adaylar arasında liyakat bakımından bir kıyaslama yapması ve seçimini doğrulayacak makul sebepler sunması gerektiğini belirtmiş ve Bakan'ın idari mevzuata aykırı hareket ettiği sonucuna varmış, fakat aday gösterme işlemini iptal etmeyerek yalnızca davacılar lehine tazminata hükmetmiştir.³⁴

AİHM'in önüne gelen davada başvuru, ehliyetsiz ve uyuşturucu etkisi altında araba kullanmaktan yargılanmış ve ceza almıştır. Dava istinaf mahkemesindeyken başvuru, davaya bakmakta olan heyette yer alan ve Adalet Bakanı'nın yukarıda açıklandığı şekilde aday listesine kendi inisiyatifiyle dâhil ettiği hâkimlerden biri olan mahkeme üyesinin davadan çekilmesi talebinde bulunmuş fakat bu talep kabul edilmemiştir. Bunun üzerine başvuru AİHS md. 6/1 ihlali gerekçesiyle AİHM'e başvurmuştur.

Başvuruyu önce Daire inceleyip ihlal kararı vermiş ve hükümetin bu karara itirazı üzerine başvuru Büyük Daire'nin önüne gelmiştir. AİHM Büyük Daire, yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkının yalnızca mahkemenin hukuki dayanağa sahip olmasını değil aynı zamanda mahkemenin kendisini düzenleyen kurallara uygun şekilde işlemesini ve mahkeme heyetinin oluşumunu da kapsadığını hatırlatmıştır.³⁵ Mahkeme ayrıca yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkının bağımsızlık ve tarafsızlıkla ilgili olsa da müstakil bir hak olduğunu vurgulamıştır.³⁶ Bundan sonra Mahkeme, bu davada geliştirdiği üç adımlı testini ortaya koymuştur. Bu test hâkimlerin atanmasındaki usulsüzlüklerin hangi durumlarda Sözleşme'nin 6/1 maddesini ihlal ettiğini tespit etmek amacıyla geliştirilmiştir.

Testin ilk adımı (1) hâkimlerin atanması prosedüründe iç hukuktaki bir kuralın açık bir şekilde ihlal (*manifest breach*) edilip edilmediğinin değerlendirmesidir.³⁷ Şayet açık bir ihlal olduğu sonucuna varılırsa incelenecek ikinci husus (2) söz konusu ihlalin, hâkimlerin atanması prosedürüyle ilgili temel bir

33 A. k. (aynı karar), para. 43-58.

34 A. k., para. 64-71.

35 A. k., para. 223.

36 A. k., para. 231; Aynı yönde bkz. Karlsson, s. 1061.

37 Ástráðsson v. İzlanda, para. 244-245.

kural olup olmadığı, ihlal edilmesinin yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkının özüne zarar verecek kadar ağır (*grave*) olup olmadığıdır.³⁸ Böylece hakka etkisi bakımından belli bir eşiğin altında kalan ya da yalnızca teknik detaylara ilişkin olduğu değerlendirilen ihlaller yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkını ihlal etmeyecektir. İkinci adımdaki soruya olumlu yanıt verildiğinde ise üçüncü adımda Mahkeme (3) hâkimlerin atanmasına ilişkin usulsüzlük iddialarının iç hukuktaki yetkili makamlarca yeterli ve AİHM içtihatlarıyla uyumlu şekilde incelenip incelenmediğini değerlendirecektir.³⁹ Testin son adımı aslında ikincilik ilkesi ve takdir marjı doktrininin yasayla kurulmuş mahkeme hakkı bakımından bir yansımasıdır.⁴⁰ Son olarak bu soruya olumsuz yanıt verildiği takdirde AİHM'in geliştirdiği teste göre yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkı ihlal edilmiş olacaktır.

Üç adımlı testi olaya uygulamaya sıra geldiğinde AİHM iç hukuku tamamen kendisi yorumlamak yerine temel olarak İzzlanda Yüksek Mahkemesi'nin yukarıda değinilen hukuka aykırılık tespitine dayanmıştır.⁴¹ Buna göre, Bakan Komisyon tarafından hazırlanan listeye ekleme ve çıkarma yapacaksa bu değişikliğin gerekçelerini objektif olarak açıklaması gerekirdi. Böylece hâkimlerinin atanmasına ilişkin usulde iç hukuka açık bir aykırılık tespit etmiştir. AİHM ikinci olarak yapılan usulsüzlüklerin, Komite'nin verdiği listeden sapma nedenini objektif bir şekilde açıklamaması nedeniyle, Bakan'ın politik bir amaç taşıyıp taşımadığı konusunda önemli kuşku yarattığını ifade etmiştir. Bakan'ın, kendi hukuk danışmanları, Komite Başkanı ve Adalet Bakanlığı yetkilileri tarafından uyarılmasına rağmen söz konusu işlemleri yapmasını AİHM ciddi bir durum olarak değerlendirmiş ve bu usulsüzlüklerin yalnızca basit prosedürel eksiklikler değil fakat yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkının özünü etkileyen ağır usulsüzlükler olduğu sonucuna varmıştır.⁴² AİHM'e göre bu durum, hâkimlerin atanması prosedürünü düzenleyen iç hukuk kurallarının ağır bir şekilde ihlal edilmesine yol açmıştır.⁴³ AİHM ayrıca Parlamento'da adayların tek tek değil de kanuna aykırı şekilde blok halinde oylanmasını kararını destekleyici bir argüman olarak zikretmiştir.⁴⁴

Mahkeme, yapılan usulsüzlüklerin spesifik olarak başvuru davasına ne şekilde etki ettiğini tartışmamıştır. İncelenen husus, somut davalardan

38 A. k., para. 246 ve 267.

39 A. k., para. 248-252.

40 Karlsson, s. 1064.

41 Ástráðsson v. İzlanda, para. 254.

42 A. k., para. 265-267.

43 A. k., para. 270-272.

44 A. k., para. 270.

bağımsız olarak, istinaf mahkemesi hâkimlerinin atanma usulleridir. AİHM davalı devletin iddia edilen usulsüzlüklerin başvuru davasına etkili olmadığı ve başvurucuyu etkilemediği yönündeki savunmasını da reddetmiştir.⁴⁵ Görüldüğü gibi usulsüzlüklerin başvuru üzerinde doğrudan bir etkisi olması aranmamaktadır. Üçüncü adımda iç hukukta yapılan incelemenin yeterli ve AİHM içtihatlarıyla uyumlu olup olmadığını incelenmiştir. AİHM'e göre Yüksek Mahkeme yaptığı incelemede yarışan çıkarlar arasında yeterli dengeyi kurmamış, yasayla kurulmuş mahkeme kavramının içinde yer alan korumanın amacına ulaşır ulaşmadığını incelememiştir.⁴⁶ Böylece üç adımlı test sonuçlanmış ve md. 6/1'in yasayla kurulmuş mahkeme hakkı bakımından ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.

Ástráðsson kararı üç adımlı testin hem ortaya çıktığı hem de ilk defa uygulandığı karardır. Hâkimlerin atanmasına ilişkin usulsüzlükler bakımından AİHM, bir eşik belirlemiş ve yasayla gösterilen usulden küçük sapmaların yasayla kurulmuş mahkeme hakkını ihlal etmeyeceğini açıklamıştır.⁴⁷ Kararda dikkat çeken bir nokta da yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkının ihlali tespit edildikten sonra mahkemenin bağımsızlığı veya tarafsızlığı bakımından ayrı bir inceleme yapılmamış olmasıdır. Bundan sonra incelenecek olan Polonya'ya karşı yapılan başvurularda Mahkeme üç adımlı testini benzer olaylara uygulayarak açıklığa kavuşturmuş ve bu içtihadına istikrar kazandırmıştır.

B. Polonya Hukuk Devleti Krizi Bağlamında Üç Adımlı Testin Uygulanması

1. *Xero Flor v. Polonya*

Polonya'ya karşı yapılan başvuruları incelemeye önce bu başvurulara sebebiyet veren siyasi arka planı tasvir etmek gerekir. Zira hem Ástráðsson kararının hem de bilhassa Polonya'ya karşı verilen kararların önemi, bu olaylarda iç hukuktaki usulsüzlüklerin altında siyasi saikler ve anlaşmazlıklar yatmasındadır. Polonya hukuk devleti krizi olarak adlandırılan olaylar silsilesi ülkede iktidarın el değiştirmesiyle başlamıştır.

Xero Flor v. Polonya (*Xero Flor*) kararına yol açan süreç, Polonya'da 2011-2015 yıllarında görevde olan Parlamento'nun (Sejm) 2015 yılı içerisinde görev süreleri sona erecek olan beş Anayasa Mahkemesi üyesinin yerine yenilerini seçmesiyle başlamıştır. Bu üyelere üçüncü görevlerinin biteceği tarih seçimi

45 A. k., para. 285.

46 A. k., para. 284-286.

47 Sunnqvist, s. 94.

yapan parlamentonun görev süresi içindeyken, diğer ikisinin görevlerinin bitiş tarihi ise bir sonraki parlamentonun görev süresinin içinde kalmaktaydı.⁴⁸ Siyasi olarak önceki parlamentodaki muhalefete yakın olan Cumhurbaşkanı ise seçilen bu beş yeni üyeyi, bunları seçmenin bir sonraki dönem parlamentosunun görevi olduğu iddiası ile göreve başlatmamıştır.⁴⁹ Seçimler yapılmıca önceki parlamentodaki muhalif grup 2015-2019 arasında görev yapacak olan 8. dönem Parlamento'da koltuk çoğunluğunu kazanmış ve önceki parlamentonun seçtiği fakat Cumhurbaşkanı'nın göreve başlatmadığı beş üyenin yerine beş yeni üye seçmiş, Cumhurbaşkanı da yeni parlamentonun seçtiği üyeleri göreve başlatmıştır.⁵⁰ Fakat o sıra görevde olan Anayasa Mahkemesi başkanı, seçimlerin geçerli olup olmadığını tespit edilmesine kadar bu üyeleri Anayasa Mahkemesi'ne kabul etmeyi reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi, daha sonra verdiği kararda, üç üyeyi seçme hakkının önceki parlamentoda (7. Dönem), diğer iki üyeyi seçme hakkının ise sonraki dönem parlamentoda (8. Dönem) olduğu sonucuna ulaşmıştır.⁵¹ Böylece sonraki parlamentonun seçtiği üyelerden ikisinin seçimi hukuka uygun bulunurken diğer üçünün seçimi ise hukuka aykırı bulunmuş, bu koltukların zaten önceki dönem parlamento tarafından yapılan seçimle doldurulmuş olduğuna hükmedilmiştir. Bu nedenle sonraki dönem parlamentonun seçtiği üyelerden ikisi göreve başlarken diğer üç üye başlayamamış ve koltukları boş kalmıştır. Fakat Anayasa Mahkemesi Başkanı'nın görev süresi dolunca yerine gelen yeni başkan diğer üç üyeyi de göreve kabul etmiş ve böylece sonraki dönem parlamentonun seçtiği beş üye de mahkemede görev almaya başlamıştır.

Xero Flor başvurusu, başvuruçunun anayasa şikâyetini karara bağlayan Polonya Anayasa Mahkemesi'nin yasayla kurulmuş mahkeme sayılıp sayılmayacağına ilişkindir. Başvurucu bir limited şirket olup faaliyetleri dolayısıyla zarara uğradığı iddiasıyla orman idaresine karşı hukuki süreç başlatmış, iç hukuktaki başvuru yollarını tükettikten sonra AİHM'e başvurmuştur. Başvurucu, anayasa şikâyetini karara bağlayan mahkeme heyetindeki beş hâkimden birinin sonraki parlamentonun yetkisi olmamasına rağmen seçtiği üç üyeden biri olması dola-

48 Marcin Szwed, "The Polish Constitutional Tribunal Crisis from the Perspective of the European Convention on Human Rights: ECtHR 7 May 2021, No. 4907/18, *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Poland*", *European Constitutional Law Review*, Cilt 18, Sayı 1, 2022, s. 133. ("The Polish Constitutional Tribunal Crisis")

49 Adam Bodnar, "Polish Road Toward an Illiberal State: Methods and Resistance", *Indiana Law Journal*, Cilt 96, Sayı 4, 2021, s. 1062.

50 AİHM, *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Polonya*, Baş. No. 4907/18, 7 Mayıs 2021, para. 258-259.

51 A. k., para. 21-22; Ayrıca bkz. Szwed, "The Polish Constitutional Tribunal Crisis", s. 134.

yısıyla AİHS md. 6/1'in ihlal edildiğini iddia etmiştir.⁵² AİHM üç adımlı testini ortaya koyduğu Ástráðsson kararından sonra ilk defa bu başvuruda testi uygulamıştır. Testin ilk adımı olarak başvurucunun şikâyetini karara bağlayan heyetteki hâkimin Anayasa Mahkemesi'ne atanmasının açıkça yasaya aykırı olduğu sonucuna varmıştır. AİHM bu tespitinde ağırlıklı olarak Anayasa Mahkemesi'nin önceki başkanı döneminde verdiği, üç üyenin atanmasını hukuka aykırı bulan karara dayanmıştır.⁵³ Buna göre, söz konusu üye, zaten önceki Parlamento'nun (7. Dönem) hukuka uygun şekilde seçtiği bir üyenin yerine yasaya açıkça aykırı şekilde mahkeme heyetinde bulunmaktadır. Hatırlanacağı üzere Ástráðsson kararında AİHM, yine bir iç hukuk mercii olan İzlanda Yüksek Mahkemesi'nin bu yöndeki kararından hareketle yasaya aykırılık tespiti yapmıştır.

Testin ikinci ayağına gelince AİHM, hem Anayasa Mahkemesi kararına hem de uluslararası örgütlerin ve sivil toplum kuruluşlarının Polonya'daki genel duruma ilişkin raporlarına atıf yaparak söz konusu açıkça kanuna aykırılığın yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkının özünü zedeleyecek kadar ağır olduğunu ifade etmiştir.⁵⁴ Mahkeme bu sonuca varırken yine önceki kararda olduğu gibi yapılan usulsüzlüklerin başvurucunun iç hukuktaki davasıyla doğrudan ilgisi olup olmadığını incelememiş, kanuna aykırılığın niteliği üzerinde durmuştur. Testin üçüncü ayağında ise AİHM zaten hükümetin de bu iddiaları iç hukukta inceleyen bir merci bulunmadığını kabul ettiğini ifade ederek başvurucunun yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.⁵⁵

Görüldüğü gibi Ástráðsson kararı ile *Xero Flor* kararı arasında önemli benzerlikler vardır. Her ikisinde de başvurucunun davasını inceleyen mahkemelere üye atanması sırasında iç hukukun ihlal edildiğine dair iddialar incelenmiştir. Aynı şekilde her iki durumda da iç hukukta bir yargısal makam zaten yasaya aykırılık iddiasını incelemiş ve aykırılık tespit etmişti. Fakat bu tespite rağmen yine de usulsüz olarak mahkemelere atanan hâkimler davalara bakmaya devam etmiş ve nihayetinde bu durum AİHM kararına konu olmuştur. Bundan sonra incelenecek olan kararlarda ise yasaya aykırılığın tespiti nispeten daha karmaşıktır.

2. *Reczkowicz v. Polonya*

Reczkowicz v. Polonya (Reczkowicz) kararında AİHM, Polonya Yüksek Mahkemesi Disiplin Dairesi'nin (Disciplinary Chamber) yasayla kurulmuş mahkeme

52 *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Polonya*, para. 174.

53 Szwed, s. 137.

54 *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Polonya*, para. 284-287.

55 A. k., para. 288-291.

güvencesini sağlayıp sağlamadığını incelemiştir. Olayların arka planında 2017 yılında yapılan kanun değişikliğiyle Parlamento'ya, Polonya Hâkimler Yüksek Kurulu'na (NCJ) hâkimler arasından üye seçme yetkisinin verilmesi yatmaktadır. Bu kanun çıkmadan önce yeni atanmış üyelerin de dahil olduğu Polonya Anayasa Mahkemesi, NCJ üyelerini hâkimlerin kendilerinin seçmesini öngören kanunu Anayasa'ya aykırı bulmuştu. Bu kanun çıktıktan sonra hem kanunun anayasaya aykırılığı hem de kanuna dayanarak yapılan hâkim atamalarındaki usulsüzlüklere ilişkin çeşitli itirazlar yapılmış ve yargı makamlarına başvurulmuştur.⁵⁶ Hem *Reczkowicz* kararı hem de sonrasında incelenecek diğer kararlar esas olarak NCJ'ye üye seçimindeki iddia edilen usulsüzlüklerin ülkedeki yargı sistemine ve mahkemelere etkisiyle ilgilidir. NCJ ülkede yapılacak hâkim atamaları için Cumhurbaşkanı'na aday teklif etme yetkisine sahiptir.

NCJ'ye üye seçme usulünü değiştiren kanun çıktıktan sonra Yüksek Mahkeme'de iki yeni daire ihdas edilmiştir: Disiplin Dairesi ve Olağanüstü Denetim ve Halkla İlişkiler Dairesi (Chamber of Extraordinary Control and Public Affairs). Parlamento'nun seçtiği üyelerin de dâhil olduğu NCJ bu dairelere yapılacak atamalar için Cumhurbaşkanı'na adayları sunmuş ve dairelere atamalar yapılmıştır.⁵⁷ Bu atamalara karşı NCJ tarafından aday gösterilmeyen yargıçlar atama işlemlerinin iptali için yargısal mercilere başvurmuşlardır. Hem Yüksek İdare Mahkemesi hem de Yüksek Mahkeme birden fazla kararda bu atamaların hukuka aykırı olduğunu şu gerekçelere dayanarak tespit etmişlerdir: NCJ'nin, kanun değişikliğinden sonra aday gösterme sürecinde yasama ve yürütmeye bağımlı hâle gelmesi ve Cumhurbaşkanı'nın atama işlemlerinde karşı imzanın eksik olması.⁵⁸ Ayrıca Yüksek Mahkeme'ye göre NCJ üyelerini Parlamento'nun seçmesi de Anayasa md. 187'ye aykırıdır.⁵⁹ Fakat Polonya Anayasa Mahkemesi bunun üzerine verdiği kararda Yüksek Mahkeme'nin NCJ'nin oluşumunu hukuka aykırı kabul eden kararının anayasaya aykırı olduğuna hükmetmiştir.⁶⁰ Görüldüğü üzere iç hukukta hâkimlerin atanma usulünün ülke hukukuna aykırılığı bakımından yüksek mahkemeler arasında ihtilaf vardır.

AİHM'in önüne gelen başvuruda başvuru, Polonya'da mesleki faaliyetlerini sürdüren bir avukattır. Başvurucu bir disiplin cezası almış, itirazları sonucunda dava Yüksek Mahkeme'nin Disiplin Dairesi'ne gelmiş ve Disiplin Dairesi de başvuru-
cununun temyiz talebini reddetmiştir. Bunun üzerine başvuru-

56 AİHM, *Reczkowicz v. Polonya*, Baş. No. 43447/19, 22 Temmuz 2021, para. 16-22.

57 Bodnar, s. 1069.

58 *Reczkowicz v. Polonya*, para. 35-54.

59 A. k., para. 93-94.

60 A. k., para. 116.

rucu AİHM'e yaptığı başvuruda yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. AİHM yine üç adımlı yasayla kurulmuş mahkeme testini uygulamıştır. Testin ilk adımında Disiplin Dairesi'ne atanan hâkimlerin atanma usullerinde açık bir yasaya aykırılık olup olmadığını incelemiştir. Burada AİHM'in yaptığı aslında iç hukuk mercilerinin birbirleriyle çatışan kararları arasında bir seçim yapmaktır. AİHM, Yüksek Mahkeme'nin NCJ'nin kanun ile değişen yapısını anayasaya aykırı bulduğu kararını tercih etmiştir.⁶¹ Hükümetin Yüksek Mahkeme kararının Anayasa Mahkemesi tarafından kaldırıldığı ve etkisiz hâle getirildiği konusundaki itirazını ise Anayasa Mahkemesi'nin kapsamlı, dengeli ve objektif bir şekilde NCJ'nin oluşumunda hukuka aykırılık bulunup bulunmadığını analiz etmediği, kararının ikna edicilikten uzak ve keyfi bir karar olduğu gerekçeleriyle reddetmiştir.⁶² Bunlara ek olarak AİHM, kararı veren Anayasa Mahkemesi heyetinde *Xero Flor* kararında mahkemede görev almalarının yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkını ihlal ettiği sonucuna varılan üyelerin de bulunduğu tespitini yapmıştır.⁶³ Ayrıca kararda NCJ'nin yasama ve yürütmeden bağımsız olmadığına da atıf vardır.⁶⁴ Bu gerekçelerin çoğu zaten Yüksek Mahkeme'nin ihlal kararında yer almaktadır. AİHM yasaya açık bir şekilde aykırılık tespit ettiği ilk adımda aslında tek bir aykırılığa dayanmamış, birden fazla aykırılığı birbirleriyle bağlantılı şekilde göstermiştir. Böylece NCJ'nin oluşumunda yasaya aykırılık tespit edildikten sonra bu makamın aday göstermesiyle atanan Disiplin Dairesi hâkimlerinin mahkeme heyetinde bulunmaları da açık bir yasaya aykırılık olarak değerlendirilmiştir. Başka bir deyişle, esas yasaya aykırılık NCJ'nin oluşumundadır ve bu da dolaylı olarak Disiplin Dairesi'ni etkilemektedir.

Testin ikinci adımında daha kısa bir değerlendirme yapan Mahkeme, hâkimlerin atanmasını yasama ve yürütmenin orantısız müdahalesine açık bırakan bir yasaya aykırılık hâlinin yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkının özünü zedeleyecek derecede ağır olduğu sonucuna ulaşmıştır.⁶⁵ Son olarak Polonya'da başvuruçunun iddiasını inceleyen bir merci bulunmadığı sonucuna vararak yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.⁶⁶

61 A. k., para. 256-257.

62 A. k., para. 258-263

63 A. k., para. 264.

64 A. k., para. 274.

65 A. k., para. 266-277.

66 A. k., para. 279.

Reczkowicz kararı incelenen diğer iki karara önemli ölçüde benzese de bu karar, testin ilk adımı olan yasaya açıkça aykırı durumu tespit etmek bakımından daha karmaşıktır. Çünkü iç hukuktaki yasaya aykırılığın tespitinde Polonya'daki yargısal makamların birbirlerinden tamamen zıt ve birbirlerinin geçerliliğini sorgulayan kararları mevcuttur.⁶⁷ İkinci olarak da AİHM, yasaya açık aykırılık teşkil eden durumun ne olduğunu net şekilde belirtmemektedir. Mutabık oyda bu husus eleştirilmekte ve ihlal edilen yasanın Avrupa standartları mı, kuvvetler ayrılığı prensibi mi, Anayasa md. 187 mi, yoksa yargı bağımsızlığı ilkesi mi olduğunun karardan anlaşılamadığı ve bunların hepsinin kümülatif şekilde kullanıldığı ifade edilmektedir. Aynı üye, Ástráðsson testine göre yasaya aykırılığın açık olması gerektiği, fakat Mahkeme'nin gerekçesinde açıkça yasaya aykırılığın tespitinin otuz dokuz paragraf sürdüğü tespitinde bulunarak kararı eleştirmektedir.

3. *Juszczyszyn v. Polonya*

Juszczyszyn v. Polonya (Juszczyszyn) kararında AİHM, Polonya Yüksek Mahkemesi Disiplin Dairesi'nin yasayla kurulmuş mahkeme şartını sağlayıp sağlamadığını incelemiş ve devamında yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkına dair içtihadına yeni bir boyut kazandırmıştır. Mahkeme, md. 6/1 bakımından *Reczkowicz* kararıyla paralel bir karar vermiş ve Disiplin Dairesi'nin vermiş olduğu karar sonucu görevinden uzaklaştırılan hâkimin yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Hükümet yaptığı itirazda *Reczkowicz* kararında AİHM'in aslında açık bir hukuka aykırılık tespit etmediğini, NCJ'nin seçilme usulünde kanuna ve anayasaya aykırı bir durumun bulunmadığı ileri sürmüştür.⁶⁸ AİHM bu itiraz karşısında *Reczkowicz* kararında tespit ettiği açıkça yasaya aykırılık durumunun ne olduğunu açıklığa kavuşturmak için bir fırsat elde etmiş fakat genel olarak NCJ'nin yasama ve yürütmeden bağımsız olmayışına vurgu yapmıştır.⁶⁹ AİHM'in md. 6/1 ile ilgili ihlal gerekçeleri hemen hemen bir önceki kararıyla aynıdır.

Juszczyszyn kararının AİHM içtihadına yeni bir boyut kazandıran kısmı, yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkının ihlalinin AİHS'teki diğer maddi haklara etkisine ilişkindir. Başvurucu görevden uzaklaştırılmasının özel hayata ve aile hayatına saygı hakkını da ihlal ettiğini ve bu nedenle AİSH

67 Marcin Szwed, *Hundreds of judges appointed in violation of the ECHR?*, <https://verfassungsblog.de/hundreds-of-judges-appointed-in-violation-of-the-echr/> (13.02.2024 tarihinde erişildi).

68 AİHM, *Juszczyszyn v. Polonya*, Baş. No. 35599/20, 6 Ekim 2022, para. 201.

69 A. k., para. 202-206.

md. 8'e aykırılık olduğunu iddia etmiştir. AİHM, Polonya Anayasası'na göre bir hâkimin görevden uzaklaştırılmasının ancak mahkeme kararıyla olacağını fakat Disiplin Dairesi'nin md. 6/1'e ilişkin kararda yapılan açıklamalardan dolayı yasayla kurulmuş mahkeme olarak kabul edilemeyeceğini ifade etmiştir.⁷⁰ Disiplin Dairesi yasayla kurulmuş bir mahkeme olarak kabul edilmeyince de iç hukukta gösterilen usul izlenmemiş olacak ve bir "mahkeme" tarafından verilmemiş kararlar başvuru görevden uzaklaştırılmış olacaktır. AİHM bu durumda kanunilik ölçütünün karşılanmadığı ve bunun tek başına özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğinin tespiti için yeterli olduğu sonucuna ulaşmıştır.⁷¹ Bu karar, md. 6/1 bakımından yapılan yasayla kurulmuş mahkeme güvencesinin ihlaline dair tespit etkilerinin yalnızca bu hakla sınırlı olmayabileceğini işaret etmektedir. Bunlara ek olarak AİHM ayrıca AİHS md. 18'in de ihlal edildiğine karar vermiştir.⁷²

4. *Dolińska-Ficek ve Ozimek v. Polonya ve Wałęsa v. Polonya*

AİHM *Dolińska-Ficek ve Ozimek v. Polonya* (*Dolińska-Ficek ve Ozimek*) başvurusunda Polonya Yüksek Mahkemesi'nin Olağanüstü Denetim ve Halkla İlişkiler Dairesi'ni yasayla kurulmuş mahkeme güvencesi bakımından değerlendirmiştir. Bu başvuruda başvuru, davalarında görev yapan mahkeme heyetinin bazı üyelerinin NCJ'nin tavsiyesi ile atandığını ve bunun yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma haklarını ihlal ettiğini iddia etmişlerdir. AİHM önceki kararlarına çok benzer şekilde NCJ'nin oluşumunda yasaya açıkça aykırılık bulunduğunu tekrar etmiştir.⁷³ Bunun yanında AİHM, söz konusu Daire'ye yapılacak atamalar için NCJ'nin tavsiye işlemi hakkında iç hukukta yürütmenin durdurulması kararı verilmesini fakat bu karara uyulmamasını bir başka yasaya açıkça aykırılık hâli olarak kabul etmiştir.⁷⁴ Bu ikinci durum ilkinden daha açık bir yasaya aykırılık hâli teşkil ettiğini not etmek gerekir. Bu şekilde testin ilk adımını geçince, AİHM Polonya'ya ilişkin önceki kararlarına atıfta bulunarak hem yasaya aykırılık hâlinin yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkının özünü etkileyecek kadar ağır olduğunu hem de iç hukukta bu iddiaları inceleyecek bir merci bulunmadığını tespit ederek yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.⁷⁵

AİHM, *Wałęsa v. Polonya* (*Wałęsa*) kararında da aynı daireyi yasayla ku-

70 A. k., para. 268.

71 A. k., para. 269.

72 A. k., para. 338.

73 AİHM, *Dolińska-Ficek and Ozimek v. Polonya*, Baş. No. 49868/19 ve 57511/19, 8 Kasım 2021, para. 320.

74 A. k., para. 338.

75 A. k., para. 350-352.

rulmuş mahkeme güvencesi bakımından değerlendirmiştir. Başvurucunun kazandığı bir hakaret davasına karşı davalının, kararın kesinleşmesinden on yıl sonra Olağanüstü Denetim ve Halkla İlişkiler Dairesi'ne yaptığı olağanüstü temyiz başvurusu kabul edilmiş ve karar bozulmuş, sonrasında başvurucunun yaptığı temyiz talebi de reddedilmiştir.⁷⁶ AİHM bu davada da aynı daireyi yasayla kurulmuş mahkeme güvencesi bakımından incelediği *Dolińska-Ficek ve Ozimek* kararına atıfta bulunarak md. 6/1'in ihlal edildiği sonucuna varmıştır.⁷⁷ Bunun yanında, başvurucunun md. 8 bakımından şikâyeti için, yapılan müdahalenin, söz konusu daire yasayla kurulmuş bir mahkeme sayılmayacağı için yasaya aykırı şekilde kurulmuş bir mahkeme tarafından yapıldığını tespit etmiştir. Bu nedenle *Juszczyszyn* kararında olduğu gibi kanunilik ölçütü bakımından md. 8'in de ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.⁷⁸ AİHM, *Wałęsa* kararında ayrıca Polonya'daki hâkim atamalarına ilişkin genel problemleri göz önünde bulundurarak pilot karar usulünü işletmiştir.⁷⁹

5. *Advance Pharma Sp. Z O.O v. Polonya*

Yüksek Mahkeme'nin Disiplin Dairesi ile Olağanüstü Denetim ve Halkla İlişkiler Dairesi'nin haricinde Hukuk Dairesi'nin de yasayla kurulmuş mahkeme güvencesini sağlayıp sağlamadığı AİHM *Advance Pharma Sp. Z O.O v. Polonya* başvurusunda incelenmiştir. Başvurucunun iç hukuktaki temyiz talebini reddeden mahkeme heyeti içerisinde NCJ'nin önerisi üzerine atanan hâkimler de bulunmaktadır.⁸⁰ Bunun üzerine başvuru yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkının ihlali iddiasıyla AİHM'e başvurmuştur. AİHM, önceki kararlara atıf yaparak hem NCJ'nin oluşumu bakımından hem de NCJ'nin hâkimlerin atanması için tavsiye işlemi hakkında verilen yürütmenin durdurulması kararına uyulmaması bakımından yasaya açıkça aykırılık bulunduğunu tespit etmiştir.⁸¹ Mahkemenin, incelenen diğer kararlarında olduğu gibi yine iç hukukta yasaya aykırılıkları tespit eden yargı mercilerinin görüşüne dayandığı görülmektedir. Testin diğer iki adımı bakımından da önceki kararlarıyla paralel bir sonuca ulaşan AİHM başvurucunun yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

6. *M.L. v. Polonya*

Son olarak *M.L. v. Polonya (M.L.)* başvurusu, yasayla kurulmuş mahkeme-

76 AİHM, *Wałęsa v. Polonya*, Baş. No. 50849/21, 23 Kasım 2023 (Makalenin yazıldığı tarihte karar henüz kesinleşmedi), para. 36.

77 A. k., para. 175-176.

78 A. k., para. 290

79 A. k., para. 327.

80 AİHM, *Advance Pharma sp. z o.o v. Polonya*, Baş. No. 1469/20, 3 Şubat 2022, para. 79-93.

81 A. k., para. 321-334.

de yargılanma hakkı bakımından önemli sonuçlar içermekte ve bir davadaki yasayla kurulmuş mahkeme güvencesine aykırılığın başka hukuki uyumsuzlukları da etkileyebileceğini göstermektedir. Polonya'da yaşayan başvuru hamileyken doğacak çocuğun genetik bir bozukluk taşıdığını öğrenince kürtaj yaptırmak istemiştir. Fakat bu sırada Ekim 2020'de Polonya Anayasa Mahkemesi'nin kürtaja ilişkin bir kanun maddesini iptal etmesiyle başvuru nun kürtaj yaptırmaya olanağı kalmamış, bunun üzerine başvuru Hollanda'ya giderek bu işlemi yaptırmıştır.⁸² Başvuru AİHS md. 3, 6 ve 8'de yer alan haklarının ihlal edildiği iddiasıyla AİHM'e başvurmuştur. Mahkeme ise başvuru nun şikâyetini yalnızca md. 3 ve 8 bakımından incelemiştir. AİHM md. 8 bakımından yaptığı incelemede özel hayata ve aile hayatına saygı hakkına yapılacak müdahalenin kanunilik şartını taşıması gerektiğini hatırlatmıştır. Bu da yapılacak herhangi bir müdahalenin yasaya uygun işleyen/kanuni bir organ tarafından yapılmasını gerektirmektedir.⁸³ AİHM'e göre Anayasa Mahkemesi önündeki iptal davası başvuru tarafından başlatılmadıysa da yasanın iptal edilmesi benzer durumdaki herkesi ve aynı zamanda başvuru cüyü etkileyen bir hukuki işlemdir.⁸⁴ Anayasa Mahkemesi kararı başvuru bakımından bir karar tesis etmese de özel hayata yapılan müdahalede bir yargı organının kararı etkili olmuşsa md. 8 bağlamında yapılacak incelemede o yargı makamının yasayla kurulmuş mahkeme sıfatını haiz olup olmadığı belirlenmelidir.⁸⁵ Bu noktadan sonra AİHM, ilgili yasayı iptal eden Anayasa Mahkemesi heyetinin yasayla kurulmuş mahkeme olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini incelemiştir. Yasayı iptal eden heyette daha önce *Xero Flor* kararında mahkemeye atanması yasayla kurulmuş mahkeme güvencesine aykırı bulunan bir hâkim de yer almıştır. AİHM'e göre bu hâkimin yasayı iptal eden heyette bulunması tek başına iptal kararının hukuki etkisini geçersiz kılacak bir durumdur.⁸⁶ Yasayı iptal eden mahkeme yasayla kurulmuş mahkeme güvencesine aykırı olduğu için ve başvuru nun hakkına müdahale de bu yasanın iptal edilmesi sebebiyle gerçekleştiği için kanunilik ölçütüne aykırılık nedeniyle başvuru nun özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı ihlal edilmiştir.⁸⁷

Bu başvuru nun öncekilerden ayrıldığı en önemli nokta, AİHM'in yasayla kurulmuş mahkeme güvencesini ihlal ettiğini tespit ettiği mahkemenin baş-

82 AİHM, *M.L. v. Polonya*, Baş. No. 40119/21, 14 Aralık 2023 (Makalenin yazıldığı tarihte karar henüz kesinleşmedi), para 18-24.

83 A. k., para. 167.

84 A. k., para. 164.

85 A. k., para. 168.

86 A. k., para. 172.

87 A. k., para. 175-176.

vurucunun davasına bakmamış olmasıdır. Daha önceki kararlarda başvuruya konu olan mahkemeler ya başvurucunun davasına ya da anayasa şikâyetine bakmış mahkemelerdi. Fakat *M.L.* başvurusunda yasayla kurulmuş mahkeme hakkını ihlal ettiği tespit edilen Anayasa Mahkemesi önünde başvurucunun herhangi bir davası veya şikâyeti olmamıştır. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı yalnızca dolaylı şekilde başvurucunun hakkını etkilemiştir. Fakat AİHM bu dolaylı etkiye dayanarak özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının ihlaline karar vermiştir.

C. Değerlendirme

AİHM'in üç adımlı testi uyguladığı kararlarda ulaştığı sonuçların tespiti yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkının norm alanının belirlenmesi bakımından önemlidir. Kararlardan çıkarılan sonuçlar aşağıda zikredilmiş ve kısaca değerlendirilmiştir.

Kararlarda göze ilk çarpan husus yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkının, bağımsız mahkeme ve tarafsız mahkemede yargılanma güvencelerinden bağımsız olmasıdır. Bu hak tek başına ileri sürülebilir ve bu hak bakımından yapılacak inceleme mahkemenin bağımsızlığına veya tarafsızlığına dair ayrıca bir inceleme yapılmasını gerekli kılmaz. Fakat incelenen kararlarda yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkının ihlalini tespit ederken değerlendirilen hususlar çoğu zaman mahkemenin bağımsızlığına da ilişkindir. Bu durum, yasayla kurulma şartını ihlal eden durumların ekseriyetle siyasi amaçlı müdahalelerden kaynaklanmasının doğal bir sonucudur.

Kararlardan çıkarılacak ikinci husus, yasaya aykırılık hâli doğrudan bir mahkemenin hâkimlerinin atanmasına ilişkin olmasa da atama işleminden önce yapılan hukuki işlemlerin usulsüzlüğünün, atanmış hâkimlerin baktıkları mahkemeyi yasayla kurulmuş mahkeme güvencesine aykırı hâle getirebilmesidir. Örneğin, *Reczkowicz* kararında yasaya aykırılık hâli mahkeme heyetinde bulunan hâkimlerin atanması değil, atanma işleminden önce o hâkimleri Cumhurbaşkanına öneren NCJ'nin oluşumudur. NCJ davaya bakmakta olan mahkeme olmasa da bu organın tavsiyesi üzerine Cumhurbaşkanı tarafından atanmış hâkimlerin bir davaya bakmaları, yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirilmiştir. Yani iç hukukta yapılacak atamanın öncesindeki hazırlık işlemlerinde veya atama sürecine dâhil olacak bir organın oluşumunda açık bir yasaya aykırılık hâli yukarıdan aşağıya doğru bütün atama sürecini ifsat edici niteliktedir. Şimdiye kadar AİHM'in verdiği kararlar ülkelerin yüksek mahkemelerinin oluşumundaki usulsüzlüklere yöneliktir. Fakat aynı gerekçeyle daha alt yargısal basamaklardaki mahkemelerin de hâkimlerin atama prosedüründeki usulsüzlükler nedeniyle yasayla kurul-

muş mahkeme güvencesine aykırı bulunması mümkün görülmektedir.⁸⁸

İncelenen kararlardan yola çıkarak ulaşılabilecek üçüncü sonuç, bir kişinin yasayla kurulmuş mahkeme güvencesine uygun olmayan bir “mahkeme” tarafından verilen norm iptali kararından etkilenmesi durumunda, bu kişinin haklarından birinin dolaylı olarak ihlal edilmiş olabileceğidir. Bu durumun örneği *M.L.* kararında görülmüştür. Başvurucu Anayasa Mahkemesi önündeki iptal davasının herhangi bir şekilde tarafı olmamasına rağmen iptal edilen hükümden etkilendiği için AİHM özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Fakat bu durumda ihlal edilen hak yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkı değil sözleşmedeki başka bir maddi haktır. İhlal sebebi ise yasaya aykırı şekilde oluşan bir mahkeme kararının başvuruçuyu etkilemesinin, başvuruçunun bir maddi hakkına müdahalede kanunilik ölçütüne aykırılık teşkil etmesidir.

İncelenen kararlardan çıkarılacak dördüncü sonuç, iç hukukta kişinin Sözleşme’de tanınmış maddi haklarından biriyle ilgili hukuki uyumsuzluğa bakmış mahkemenin yasayla kurulmuş mahkeme güvencesini ihlal ettiği sonucuna ulaşıldığında, AİHM’in ayrıca bu yargı organı önünde kişinin hukuki uyumsuzluğa konu maddi hakkı için de kanunilik ölçütü bakımından ihlal kararı vereceğidir. Yukarıda incelenen *Juszczyszyn* kararı ve *Wałęsa* kararı AİHM içtihadının bu yönüne işaret etmektedir. Bu kararlarda, yasayla kurulmuş mahkeme güvencesine aykırı oldukları tespit edilen iç hukuktaki mahkemeler başvuruçuların özel hayata ve aile hayatına saygı hakkına müdahale etmişlerdir. AİHM md. 6/1 altında yapmış olduğu inceleme sonucunda söz konusu yargı mercilerinin yasayla kurulma güvencesini sağlamadıklarından dolayı md. 8 bakımından da bu yargı mercilerinin müdahalelerinin kanunilik ölçütünü sağlamadığı sonucuna varmıştır. Bu gelişmenin AİHM’in md. 6/1 yorumu bakımından bir yenilik olduğu görülmektedir.⁸⁹ AİHM’in bağımsız mahkeme ve tarafsız mahkeme güvenceleriyle ilgili kararları, bu güvenceleri ihlal eden yargı organının baktığı hukuki uyumsuzluğa konu olan maddi hakların da otomatik olarak ihlal edilmiş olacağı yönünde değildi.⁹⁰

88 Karşılaştırınız, Marcin Szwed, “Fixing the Problem of Unlawfully Appointed Judges in Poland in the Light of the ECHR”, *Hague Journal on the Rule of Law*, Cilt 15, 2023, s. 361. Yazar alt mahkemelerdeki hakimler için belirsizlik olduğu görüşündedir; Ayrıca bkz. *Advance Pharma sp. z o.o v. Polonya* farklı gerekçe.

89 Mathieu Leloup, *Wałęsa v Poland: A Forceful Culmination of the Court’s Rule-Of-Law Case Law*, <https://strasbourgobservers.com/2023/12/08/walesa-v-poland-a-forceful-culmination-of-the-courts-rule-of-law-case-law/> (13.02.2024 tarihinde erişildi).

90 A. g. e. (adı geçen eser) ; Tarafsız mahkeme güvencesi bakımından: AİHM [Büyük Daire], *Kyprianou v. Kıbrıs*, Baş. No. 73797/01, 15 Aralık 2005; Bağımsız mahkeme güvencesi bakımından: AİHM, *Naki ve Amed Sportif Faaliyetler Kulübü Derneği v. Türkiye*, Baş. No. 48924/16, 18 Mayıs 2021.

AİHM'in hâkimlerin atanması ile yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkı arasında bağlantı kurduğu kararlarından çıkan sonuçlar yukarıdaki gibidir. Şüphe yok ki AİHM kararları hukuk devleti ilkesinin önemli bir güvencesini korumaya yöneliktir. Hâkimlerin yasada belirtilen usule uygun şekilde atanmaları kişileri özellikle yürütmenin keyfî müdahalelerine karşı koruyan önemli bir usulî güvencedir. Buna rağmen AİHM içtihadına bazı eleştiriler getirilebilir. Bu eleştirileri iki ana grupta toplamak mümkündür. İlk grup Mahkeme'nin gerekçesindeki eksiklikler ve yeterince açık olmayan hususlardır. İkinci grup eleştiriler ise Mahkeme içtihadının yol açabileceği bazı durumların hukuk devletin başka güvencelerine, örneğin *res judicata* ilkesine zarar verebilecek olmasına ilişkindir.

Mahkeme'nin gerekçesine ilişkin getirilebilecek eleştiriler daha çok testin ilk adımına ilişkindir. Zaten AİHM de kararlarında daha çok testin bu adımı üstünde durmaktadır. Bazı kararların mutabık oy veya muhalif oy gerekçelerinde belirttiği üzere, mahkemenin tespit ettiği yasaya aykırılık aslında her zaman açık değildir. Halbuki Ástráðsson davasında ortaya konan üç adımlı testin ilk adımı açık bir yasaya aykırılık tespitini gerektirmektedir. Açık bir yasaya aykırılığın, bu kavramın doğası gereği bariz ve hatta ilk bakışta (*prima facie*) görülen bir usulsüzlük olması gerekir. Polonya'ya karşı verilen kararlarda AİHM'in en çok üstünde durduğu yasaya aykırılık hâli NCJ'nin oluşumudur. Fakat yeni NCJ'nin oluşumu en azından görünüşte usulüne uygun yürürlüğe girmiş ve Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmemiş bir kanun değişikliğine dayanmaktadır. İç hukuktaki yüksek mahkemeler yasaya aykırılık bulunup bulunmadığı hususunda anlaşmazlığa düştüğünde, yasaya aykırılık hâlinin en azından AİHM'in üç adımlı testinde formüle ettiği derecede açık olduğunu söylemek zordur. Yasaya açık bir aykırılık olmadığı durumlarda başvurunun yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkı bakımından değil de bağımsız mahkeme güvencesi bakımından incelenmesi hukuki olarak daha ikna edici olacaktır.⁹¹

Testin ilk adımıyla ilgili bir diğer belirsiz husus iç hukukta yasaya aykırılığı tespit eden bir merci olmadığında AİHM'in nasıl hareket edeceğinin belirsiz olmasıdır. İncelenen bütün kararlarda AİHM iç hukukta hâkim atamasına ilişkin prosedürlerde yasaya aykırılık tespit eden bir yargı makamının tespitini dayanak noktası olarak kabul etmiş ve gerekçesini buna göre şekillendirmiştir. Fakat kimi zaman iç hukukta hiçbir makam bir mahkemeye hâkimlerin

91 Aynı yönde, bkz. Harris vd., s. 467. Yazarlar görünüşte hukuka uygun fakat yürütme veya yasa organının etkisi altında gerçekleşmiş atamalar için bu güvence bakımından inceleme yapılabileceğini belirtmektedir.

atanmasında yasaya aykırılık bulunduğu tespitini yapmamış olabilir. Bu gibi durumlarda iç hukuktaki yasaya aykırılığı tespit etmek tek başına AİHM'e kalacaktır. Zaten AİHM istisnai hallerde ülkelerin iç hukukunu yorumlama hakkını saklı tutmaktadır.⁹² Fakat yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkı bakımından bu değerlendirmenin nasıl yapılacağı henüz bilinmemektedir.

İkinci olarak, Mahkeme içtihadının yol açabileceği bazı sonuçlar hukuk devletinin diğer ilkeleriyle çatışabilecektir. Bu ilkelere en başta hukuki kesinlikle bağlantılı olarak *res judicata* örnek verilebilir. *Res judicata* ilkesi bir uyuşmazlığın yargı kararıyla bir defa çözüldükten sonra kural olarak artık sonsuza kadar karara bağlanmış, çözümlenmiş sayılmasıdır⁹³ Bir uyuşmazlık yargı mercii tarafından kesin olarak çözüme kavuşturulmuşsa artık o mahkeme hükmü kesin hüküm hâline gelir. Yukarıda incelenen kararlarda ise hâkimlerin atanma prosedürlerine ilişkin usulsüzlüklerin yasayla kurulmuş mahkeme güvencesine aykırılık nedeniyle mahkemelerin verdikleri kararları ve bunların hukuki etkisini sakat hâle getirebileceği görülmektedir. Özellikle hâkimlerin atamasında kilit rol oynayan kurumların oluşumundaki usulsüzlüklerin o kurumun dâhil olduğu bütün hâkim atamalarını geriye doğru yasaya aykırı hâle getirebileceği incelenen kararlardan anlaşılmaktadır. Böyle bir durumda ise bu kurum tarafından atanan hâkimlerin bakmış olduğu bütün davalarda yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkının ihlali gündem olacak ve bu yönde bir tespit yapılması durumunda davalar yeniden yargılamaya açık hâle gelecektir. Zira hâkim atamasındaki usulsüzlüğün mahkemenin gördüğü davayla doğrudan bir ilgisinin olmasına ya da mahkemenin bağımsızlığına veya tarafsızlığına hâle getirmesine bakılmamaktadır. Bu sonucun *res judicata* ilkesiyle çatışacağı açıktır. AİHM de Ástráðsson kararında bu potansiyel çatışmanın bilincinde olduğunu ve üç adımlı testin aslında yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkı ile hukuk devletinin diğer güvenceleri arasında denge kurma amacını güttüğünü ifade etmiştir.⁹⁴ Bu sebeple hâkim atama prosedüründe açık bir yasaya aykırılık olsa dahi bu yasaya aykırılığın yasayla kurulmuş mahkeme güvencesinin özünü zedeleyecek derecede ağır bir aykırılık olması aranmaktadır. Şayet söz konusu usulsüzlük bu ağırlıkta değilse *res judicata* korunacaktır.⁹⁵

92 Karlsson, s. 1063.

93 Kemal Gözler, "Res Iudicata'nın Türkçesi Üzerine", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 56, Sayı 2, 2007, s. 46.

94 Ástráðsson v. İzlanda, para. 240.

95 Benzer bir davada AB Adalet Divanı'nda AG Sharpstone'un görüşü için bkz, CJEU, Opinion Of Advocate General Sharpston, delivered on 12 September 2019, Cases C-542/18 RX-II and C-543/18 RX-II, para 140 <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=11F2D3F97F5F1853303EF0BB83B6212B?text=&docid=220903&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=8031652#Footref68> (13.02. 2024 tarihinde erişildi)

Yine de AİHM kararları incelendiğinde yasayla kurulmuş mahkeme güvencesine aykırılığın etkilerinin çok geniş kapsamlı olabileceği ve yapılan usulsüzlükle çok zayıf ve dolaylı bir bağlantısı olsa bile bir mahkemenin kararını sakatlayabileceği görülmektedir. Yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkı ile *res judicata* ve hukuki kesinlik ilkeleri arasında olayın şartlarını göz önünde bulundurarak dikkatli bir denge kurmak gerekmektedir.

Sonuç

AİHS bağlamında, hâkimlerin atanmasına ilişkin usulsüzlüklerin yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkına etkisi AİHM'in yakın zamanda verdiği kararlarla açıklık kazanmıştır. Bu kararlar yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkının hâkimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkelerinden ayrı ve müstakil bir hak olduğunu doğrulamıştır. Bunun da ötesinde AİHM hâkimlerin atanmasına ilişkin hangi usulsüzlüklerin bu hakkı ihlal edeceğini belirleyen üç adımlı testi geliştirmiştir. Bu teste göre, şayet usulsüzlük açık bir yasaya aykırılık hâlinde kaynaklanıyorsa ve bu yasaya aykırılık yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkının özünü zedeleyecek derecede ağırsa ve son olarak da bu iddialar iç hukukta AİHM içtihatlarına uygun bir şekilde incelenmemişse, usulsüz atanmış hâkimlerin karara bağladığı davalarda tarafların yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkı ihlal edilmiş olacaktır. Bunun da ötesinde, kimi durumlarda yasayla kurulmuş mahkeme güvencesine aykırılığın etkisi, aykırılığın yaşandığı somut hukuki uyuşmazlığın ötesine geçmektedir. Her usulsüzlüğün değil de yalnızca belli bir eşiği geçen usulsüzlüklerin yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkını ihlal ettiğinin kabul edilmesi AİHM'in bu hakla hukuk devletinin diğer güvenceleri arasında bir denge kurması çabasının sonucudur.

Hâkim atamalarındaki usulsüzlükler bakımından yasayla kurulmuş mahkeme güvencesine aykırılığın şartlarının oluşması zordur. Zira atamalarda açıkça bir yasaya aykırılık yapılmış olması ve bu aykırılığın da yasayla kurulmuş mahkeme güvencesinin özünü zedeleyecek derecede ağır olması Avrupa Konseyi ülkelerinde sık rastlanan bir durum değildir. Bu nedenle, Mahkeme'nin önceki kararlarının daha çok bağımsız mahkeme ve tarafsız mahkeme güvencelerine yönelik olması anlaşılabilir bir durumdur. Fakat yukarıdaki kararlarda görüldüğü gibi, siyasi saiklerin etkisiyle yasayla kurulmuş mahkeme güvencesi de ihlal edilebilmektedir. İncelenen kararlar, yasayla kurulmuş mahkeme güvencesinin ihlal edilmesinin sonuçlarının bağımsız mahkeme ve tarafsız mahkeme güvencelerinin ihlaline kıyasla daha kapsamlı ve etkisi geniş sonuçları olabileceğini göstermektedir. Bu husus yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkının hangi hak/güvence bakımından ihlal edildiğinin tespitini uygulamadaki sonuçları düşünülüğünde önemli hâle getirmektedir.

KAYNAKLAR

- Bodnar, Adam, “Polish Road Toward an Illiberal State: Methods and Resistance”, *Indiana Law Journal*, Cilt 96, Sayı 4, 2021.
- CJEU, Opinion Of Advocate General Sharpston, delivered on 12 September 2019, Cases C-542/18 RX-II and C-543/18 RX-II, para 140 <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=11F2D3F97F5F1853303EF0BB83B6212B?text=&docid=220903&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=8031652#Footref68> (13.02. 2024 tarihinde erişildi).
- Doğan, İlyas; Demirdal, Balkan, “Adil Yargılanma Hakkı”, Ed. Doğan, İlyas, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, 2. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2021.
- Gölcüklü, Feyyaz, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Adil Yargılama”, *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt 49, Sayı 1, 1994.
- Gözler, Kemal, “Res Iudicata’nın Türkçesi Üzerine”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 56, Sayı 2, 2007.
- Harris, David; O’Boyle, Michael; Bates, Ed; Buckley, Carla M., *Law of the European Convention on Human Rights*, 5. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 2023.
- İnceoğlu, Sibel, *Adil Yargılanma Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi*, Avrupa Konseyi, Ankara, 2018.
- İnceoğlu, Sibel, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı: Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler*, 2. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2005.
- Karlsson, Haukur Logi, “The Emergence of the Established “By Law” Criterion for Reviewing European Judicial Appointments”, *German Law Journal*, Cilt 23, Sayı 8, 2022.
- Leloup, Mathieu, *Wałęsa v Poland: A Forceful Culmination of the Court’s Rule-Of-Law Case Law*, <https://strasbourgobservers.com/2023/12/08/walesa-v-poland-a-forceful-culmination-of-the-courts-rule-of-law-case-law/> (13.02.2024 tarihinde erişildi).
- Pech, Laurent, *7 Years Later: Poland as a Legal Black Hole*, <https://verfassungsblog.de/7-years-later-poland-as-a-legal-black-hole/> (12.02.2024 tarihinde erişildi).
- Pech, Laurent; Wachowiec, Patryk; Mazur, Dariusz, “Poland’s Rule of Law Breakdown: A Five-Year Assessment of EU’s (In)Action”, *Hague Journal on the Rule of Law*, Cilt 13, Sayı 1, 2021.
- Rizcallah, Cecilia; Davio, Victor, “The Requirement that Tribunals be Established by Law: A Valuable Principle Safeguarding the Rule of Law and the Separation of Powers in a Context of Trust”, *European Constitutional Law Review*, Cilt 17, Sayı 4, 2021.
- Sunnqvist, Martin, “Impartiality and Independence of Judges: The Development in European Case Law”, *Nordic Journal of European Law*, Cilt 5, Sayı 1, 2022.
- Szwed, Marcin, “Fixing the Problem of Unlawfully Appointed Judges in Poland in the Light of the ECHR”, *Hague Journal on the Rule of Law*, Cilt 15, 2023.
- Szwed, Marcin, “The Polish Constitutional Tribunal Crisis from the Perspective of the European Convention on Human Rights: ECtHR 7 May 2021, No. 4907/18, Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v Poland”, *European Constitutional Law Review*, Cilt 18, Sayı 1, 2022.
- Szwed, Marcin, *Hundreds of judges appointed in violation of the ECHR?*, <https://>

verfassungsblog.de/hundreds-of-judges-appointed-in-violation-of-the-echr/ (13.02.2024 tarihinde erişildi).

- Takcı, Tuğçe, *Türk ve Avrupa Hukukunda Temel Hak Boyutuyla Adil Yargılanma Hakkı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- Torun, Fatih, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Fazlı Aslaner/ Türkiye Kararı Bağlamında Tarafsız Mahkemede Yargılanma Hakkı”, *Anayasa Yargısı*, Cilt 37, Sayı 1, 2020.
- Turan, Hüseyin, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- Wiącek, Marcin, “Constitutional Crisis in Poland 2015–2016 in the Light of the Rule of Law Principle”, Ed. von Bogdandy, Armin; Bogdanowicz, Piotr; Canor, Iris; Grabenwarter, Christoph; Taborowski, Maciej; Schmidt, Matthias, *Defending Checks and Balances in EU Member States*, Cilt 298, Springer, Heidelberg, Berlin, 2021.

Mahkeme Kararları

- AİHM [Büyük Daire], *Guðmundur Andri Ástráðsson v. İzlanda*, Baş. No. 26374/18, 01.12.2020.
- AİHM [Büyük Daire], *Kyprianou v. Kıbrıs*, Baş. No. 73797/01, 15 Aralık 2005.
- AİHM, *Advance Pharma sp. z o.o v. Polonya*, Baş. No. 1469/20, 3 Şubat 2022.
- AİHM, *Bahaettin Uzan v. Türkiye*, Baş. No. 30836/07, 24 Kasım 2020.
- AİHM, *Bilgen v. Türkiye*, Baş. No. 1571/07, 9 Mart 2021.
- AİHM, *Demicoli v. Malta*, Baş. No. 13057/87, 27 Ağustos 1991.
- AİHM, *Dolińska-Ficek and Ozimek v. Polonya*, Baş. No. 49868/19 ve 57511/19, 8 Kasım 2021.
- AİHM, *Golder v. Birleşik Krallık*, Baş. No. 4451/70, 21 Şubat 1975.
- AİHM, *Ilatovskiy v. Rusya*, Baş. No. 6945/04, 9 Temmuz 2009.
- AİHM, *Juszczyszyn v. Polonya*, Baş. No. 35599/20, 6 Ekim 2022.
- AİHM, *M.L. v. Polonya*, Baş. No. 40119/21, 14 Aralık 2023 (Makalenin yazıldığı tarihte karar henüz kesinleşmedi).
- AİHM, *Miracle Europe KFT v. Macaristan*, Baş. No. 57774/13, 12 Ocak 2016.
- AİHM, *Mutu ve Pechstein v. İsviçre*, Baş. No. 40575/10 ve 67474/10, 2 Ekim 2018.
- AİHM, *Naki ve Amed Sportif Faaliyetler Kulübü Derneği v. Türkiye*, Baş. No. 48924/16.
- AİHM, *Posokhov v. Rusya*, Baş. No. 63486/00, 4 Mart 2003.
- AİHM, *Reczkowicz v. Polonya*, Baş. No. 43447/19, 22 Temmuz 2021.
- AİHM, *Steininger v. Avusturya*, Baş. No. 21539/07, 17 Nisan 2012.
- AİHM, *Wałęsa v. Polonya*, Baş. No. 50849/21, 23 Kasım 2023 (Makalenin yazıldığı tarihte karar henüz kesinleşmedi).
- AİHM, *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Polonya*, Baş. No. 4907/18, 7 Mayıs 2021.

