

“AÇIK KEYFİLİK” VE “BARİZ TAKDİR HATASI” NEDENİYLE ADİL YARGILANMA HAKKININ İHLALİ MESELESİ

İsmail KÖKÜSARI*

ÖZ

Bu makalede, öncelikle Anayasa Mahkemesi ve AİHM kararlarında kullanılan “açık keyfilik ve bariz takdir hatası” kavramlarının ne olduğu ortaya koyulmuştur. Ayrıca, mahkemelerin bu sebebe dayanarak “adil yargılanma hakkının kabul edilebilirliğine veya ihlaline karar vermesinin” doğru olup olmadığı da analiz edilmiştir. AYM ve AİHM aynı usulü takip etmese de, çalışmamızda “açık keyfilik ile bariz takdir hatası” kriteri, hem adil yargılanma hakkının usulî yönü hem de maddi yönü açısından ayrı ayrı ele alınmıştır. Son olarak, AYM ve AİHM kararlarını da göz önünde tutarak, yerel ve ulusal mahkemelerin olağan takdir yetkisi ile olağan olmayan ve bariz takdir hatası veya açık keyfilik taşıyan kararlarını birbirinden ayırtmaya yarayan unsurlar incelenmiştir. Özellikle AYM’nin, bu kriteri hem usulî hem de maddi açıdan belirsizlik ve istikrarsızlığa yol açacak şekilde kullandığı tespit edilmiştir. Buna ilişkin bulgular kapsamında bazı öneriler de sunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Açık keyfilik, bariz takdir hatası, adil yargılanma hakkı, ihlal, açıkça dayanaktan yoksunluk.

ON THE MATTER OF VIOLATION OF THE RIGHT TO FAIR TRIAL DUE TO “MANIFEST ARBITRARINESS” AND “OBVIOUS ERROR OF JUDICIAL DISCRETION”

ABSTRACT

This article explores the concepts of “manifest arbitrariness” and “obvious error of judicial discretion” at first. In addition, it is inquired whether it is appropriate for the TCC (Turkish Constitutional Court) and the ECtHR (European Court of Human Rights) to ground on this criterion in the admissibility and material review of the right to a fair trial. Moreover, while the court itself does not follow the same procedure, we have discussed the criteria of “manifest arbitrariness and obvious error of judicial discretion” in terms of both the procedural and the material aspect

* **Dr. Öğr. Üyesi,** Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı/ ERZİNCAN, **e-posta:** kokusari@gmail.com

ORCID : 0000-0003-0045-5868.

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.933606

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 08/02/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 12/04/2021

of the right to a fair trial. Finally, taking into account the case-law of the TCC and the ECtHR, the elements that served to differentiate the ordinary discretionary power of local and national courts and the judgements carrying “manifest arbitrariness and obvious error of judicial discretion” were examined. It was found that courts used this criterion in a way that both procedurally and materially leads uncertainty and instability. Some suggestions were also provided in the article within the scope of these findings.

Keywords: *Manifest arbitrariness, obvious error of judicial discretion, right to fair trial, violation, manifestly ill-founded.*

GİRİŞ

Bilindiği gibi bireysel başvuru yolunda en fazla denetime konu olan iddialar, adil yargılanma hakkını ilgilendirmektedir. Sayıca mahkemenin iş yükünün artmasına sebep olan adil yargılanma hakkını ilgilendiren bu taleplerin azalması amacıyla çeşitli araçlar geliştirilmiştir. Bunlardan birisi de çoğunlukla kabul edilebilirlik kriteri içinde ele alınan “açık keyfilik ve bariz takdir hatası” nedeniyle açıkça dayanaktan yoksunluktur. AYM’nin kararlarından hareketle, yüksek sayıda kararda “açık keyfilik ve bariz takdir hatasının bulunmaması nedeniyle” kabul edilemezlik kararı verildiği söylenebilir. Bunun en önemli sebeplerinden birisi de, elbette bireysel başvuru yolunun ikincillik özelliğidir. İkincillik bağlamında kanun yolunda incelenmesi gereken hususları, AYM kural olarak temyiz ve istinaf incelemesi yapan dördüncü düzey mahkeme olduğu eleştirilerini de savuşturmak amacıyla, kabul edilemez bulmaktadır. Bu durumun istisnalarından birisi, hem adil yargılanma hakkının usulî yönü hem de maddi yönü açısından “açık keyfilik ve bariz takdir hatasının” varlığıdır.

Açık keyfilik ve bariz takdir hatası incelemesi, çok istisnai şartlara bağlı olduğu ve ikincillik ilkesi kapsamında uygun görülmediği için, bu sebebe dayanarak çok az sayıda ihlal kararı verilmiştir. Özellikle yargılamanın içeriğinin ve sonucunun adil olup olmadığına dair olağan iddialar, önceki yargılama aşamalarında giderilmesi gerektiği için, ancak açıkça vicdanı yaralayan, adalet duygusunu zedeleyen keyfilikler ve hatalar bu kapsamda incelenmektedir. Bu nedenle de, konuyla ilgili çok fazla ihlal ve kabul edilebilirlik kararına rastlanmamaktadır.

Bu makalede, incelemelerimiz dört başlık altında ele alınmıştır. Birinci başlıkta, ikincillik ilkesi ve açıkça dayanaktan yoksunluk ile açık keyfilik ve

bariz takdir hatasının ilişkisi incelenmiştir. İkinci başlıkta adil yargılanma hakkının usulî yönü açısından AYM'nin açık keyfilik ve bariz takdir hatası kavramlarını nasıl anladığı ve kullandığı ortaya konulmuştur. Üçüncü başlıkta, AYM'nin yargılamanın sonucu ve haklılığı ile ilgili gördüğü, bizim ise adil yargılanma hakkının maddi yönü olarak adlandırdığımız iddialar açısından “açık keyfilik ve bariz takdir hatası” kavramlarının nasıl anlaşıldığı ve uygulandığı incelenmiştir. Son başlıkta ise ele aldığımız konulara yönelik genel bir değerlendirme ve analize yer verilmiştir.

I. “İKİNCİLLİK VE AÇIKÇA DAYANAKTAN YOKSUNLUK” İLE “AÇIK KEYFİLİK VE BARİZ TAKDİR HATASI” KAVRAMLARI ARASINDAKİ İLİŞKİ

İkincillik, gerek AİHM'ye gerekse AYM'ye başvuru yolu açısından, bu yolların istisnai ve tali bir yol olduğunu göstermektedir. Söz konusu ikincilliği sağlamak gayesiyle getirilen en önemli araç, elbette iç hukuk yollarının veya olağan başvuru/kanun yollarının tüketilmesidir¹. Mahkemeler iç hukuk yollarının tüketilmesi şartını hem “usulî” açıdan, yani başvuru yolunun ilgili yolları şeklen tüketip tüketmediği hem de maddi açıdan denetlemekte ve “açıkça dayanaktan yoksunluk” olarak görmektedir. Kısacası, olağan başvuru yollarının tüketilmemesi ve kanun yolunda gözetilmesi gereken hususların ileri sürülmesi durumunda “kabul edilemezlik” kararı verilmektedir. Sonraki halde, yani kanun yolunda gözetilmesi ve değerlendirilmesi gereken iddiaların AYM önünde ileri sürülmesinin bir istisnası vardır. O istisna ise, adil yargılanma hakkının ihlalini teşkil edebilecek nitelikteki “açık keyfilik ve bariz takdir hatasıdır”². Dolayısıyla, kanun yolunda ileri sürülmesi gereken hususların “açıkça dayanaktan yoksun” olup olmadığı incelemesi “kabul edilebilirlik” adı altında incelense de, aslında “açık keyfilik ve takdir hatasının” bulunup bulunmadığı ve varsa sonuçta adil yargılanma hakkını ihlal edip etmediği “esas incelemesi” niteliğindedir³.

¹ Nazmiye Güveyi, Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Aşamaları, On İki Levha Yayınevi, 2015, s.113; Korkut Kanadoğlu, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, On İki Levha Yayınevi, 2015, s.110-111; Ebru Karaman, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu, On İki Levha Yayınevi, 2013, s.252; Martin Kuijer, “The Right to a Fair Trial and the Council of Europe’s Efforts to Ensure Effective Remedies on a Domestic Level for Excessively Lengthy Proceedings”, 2013, 13(4), Human Rights Law Review, s.784-785.

² Ahmet Ekinci, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolunda Adil Yargılanma Hakkı, GÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2015, s.101.

³ Krş. Kanadoğlu, s.182-183.

Şekli ve maddi ikincillik açısından bakıldığında da, şekli ikincillik ilkesi, olağan başvuru/kanun yollarının tüketilmesinden sonra AYM’ye başvuru yapılmasıyla sağlanmaktadır. Maddi ikincillik ise, Mahkemenin esas denetimi yaparken, kanun yolunda denetlenmesi gereken “davadaki olayın ve kuralın takdirine” dair denetim yapmamasıdır⁴.

AİHM ve AYM uygulamasında açıkça dayanaktan yoksunluk, bir kabul edilemezlik halidir. Esasa dair kabul edilemezlik hali olan açıkça dayanaktan yoksunluğun çeşitli görünüşleri vardır. Zorlama ve ispatlanamayan başvurular bu görünüşlerden birisi olduğu gibi, bizi konumuz açısından ilgilendiren “kanun yolunda gözetilmesi gereken hususların” ileri sürülmesidir⁵. Eğer Mahkeme, ihlal gerekçeleri olarak ileri sürülen sebepleri ve vakaları temyiz veya istinaf yolunda incelenmesi gereken hususlar olarak görürse, açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle kabul edilemezlik kararı vermektedir⁶. Fakat adil yargılanma hakkına ilişkin bazı usulî iddialar aslında kanun yolu denetimine tabi hususlardan olsa bile, adil yargılanma hakkı adı altında da denetime tabi tutulmaktadır. Diğer bir deyişle, kanun yolunda incelenmesi gereken hususlar, açık keyfilik ve bariz takdir hatası teşkil etmese de, adil yargılanma hakkını veya başka bir maddi hakkı ihlal ediyor olabilir. Örneğin, makul sürede yargılanma hakkı bakımından kabul edilebilirlik kararı vermek

⁴ Murat Erdoğan, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu*, Lykeion Yayınevi, 2019, s.367-375. Maddi ve şekli ikincillik bağlamında, AİHM’nin artık tamamıyla “usulî denetime (procedural review)” geçmesi noktasında da tartışmalar vardır (Bkz. Leonie M Huijbers, “The European Court of Human Rights’ Procedural Approach in the Age of Subsidiarity”, 2017, 6(2), Cambridge International Law Journal, s.184 vd.).

⁵ Bkz. Ayhan Döner/Yeşim Çelik, “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru İnceleme Aşamaları, Ortaya Çıkan Sorunlar ve Sonuçlar”, 2016, 9(1), Erzincan ÜSBED, s.280-281; Salim Küçük, “Açıkça Dayanaktan Yoksunluk”, Hüseyin Turan/Recep Kaplan (Editörler), iç. *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri*, AYM Yayını, Kalkan Matbaacılık, 2015, s.194-195; Serdar Güleler, “Mukayeseli İnsan Hakları Hukukunda Temyiz Mercî Şikâyetlerinin İstisnai Bir Alanı Olarak Keyfilik Kriteri”, iç. Musa Sağlam, Serdar Güleler, Recep Kaplan (Editörler), *Bireysel Başvuru İncelemeleri I*, AYM Yayını, 2013, s.59

⁶ Bülent Algan, “Bireysel Başvurularda Açıkça Dayanaktan Yoksunluk Kriterinin Anayasa Mahkemesi Tarafından Yorumu ve Uygulanması”, 2014, 63(2), Ankara ÜHFD, s.254; AİHM de kendisini dördüncü düzey mahkeme konumuna sokacak temyiz yolu şikâyetlerini dinlemeyeceğini vurgulamaktadır (Ryan Gross, *Rethinking Article 6: The Criminal Fair Trial Rights Case Law of the European Court of Human Rights*, Lincoln College, University of Oxford, PhD Thesis, 2012, s.61). Gross, AİHM’nin keyfi değerlendirme istisnası yanında gerekçe hakkı, tanıklık vb. yedi konuda daha ulusal hâkimin olayı ve kuralı değerlendirme yetkisine müdahale ettiğini ve böylece Mahkemenin istisnai kural haline getirdiğini iddia etmiştir (Gross, s.83).

için “açık keyfilik ve bariz takdir hatası” şartı aranmamaktadır.

AİHM bakımından kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlardan ziyade, olaya daha yakın olması nedeniyle ulusal makamların takdirine bırakılması gereken hususlar vardır. Konumuz bağlamında, AİHM, delillerin değerlendirilmesi ile olayın ve kuralın yorumlanması işinin prensip olarak ulusal makamlara ait olduğunu, fakat açıkça keyfi bir delil değerlendirmesi söz konusu olduğunda kendisinin denetim yapabileceğini kabul etmiştir⁷. Böylece, AİHM de kural olarak ikincilliği kabul etmekte, istisnaen kendi takdir ve değerlendirmesinin ulusal makamların yerine geçebileceğini vurgulamaktadır. Bunun amacı hem temyiz mahkemesi eleştirilerini karşılamak hem de başvuru sayısının artmasını önlemektir⁸.

AYM ile AİHM'nin konumunu karşılaştırdığımızda, AYM'nin ulusal bir mahkeme olarak olaya daha yakın olması ve ülke koşullarına daha fazla hakim olması, bu iki mahkeme arasında ikincillik uygulaması açısından bir fark yaratabilir. Diğer bir deyişle, AİHM farklı ülkelerde hakkında uzlaşma sağlanamamış birçok konuda ulusal makamlara takdir marjı bırakmaktadır⁹. AYM de aynı şekilde, derece mahkemelerine belirli bir değerlendirme ve takdir yetkisi vermektedir. Her iki yetkinin de amaçlarından bir tanesi, somut olaydaki koşullara uygun olarak olaya yakın makamların karar vermesidir¹⁰. Bununla birlikte, kanaatimizce, AYM, AİHM'ye göre olaya

⁷ Sibel Inceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı, AYM Yayını, El Kitapları Serisi-4, 2018, s.224; Ola Johan Settem, Applications of the ‘Fair Hearing’ Norm in ECHR Article 6(1) to Civil Proceedings with Special Emphasis on the Balance Between Procedural Safeguards and Efficiency, Springer, 2016, s.68-69; Nurcan Yılmaz, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarıyla Ortaya Çıkan Adil Yargılanma Hakkı Kriterlerinin Türk İdari Yargılama Hukuku Açısından Muhtemel ve Gerçekleşen Etkileri, İÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2015, s.265-266. Bkz. konuyla ilgili AİHM kararları için Jalloh v. Germany, 54810/00, 11.07.2006, §94-95; Kaçan/Türkiye, 58112/09, 12.07.2016, §42 (Adalet Bakanlığı Çevirisi).

⁸ Settem, s.457; Algan, s.252. Bkz. ilkenin Almanya’da da benzer bir iş yükü azaltma fonksiyonu gördüğü noktasında Ece Göztepe, Anayasa Şikayeti, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1998, s.73-74.

⁹ Bkz. Eva Brems, “Positive Subsidiarity and Its Implications for the Margin of Appreciation Doctrine”, 2019, 37(3), Netherlands Quarterly of Human Rights, s.210-211; George Letsas, “Two Concepts of the Margin of Appreciation”, 2006, 26(4), Oxford Journal of Legal Studies, s.722; Oddný Mjöll Arnardóttir, “Rethinking the Two Margins of Appreciation”, 2016, 12(1), European Constitutional Law Review, s.30-33. Örneğin tüp bebek yöntemi konusunda Mahkemenin bu yöndeki vurgusu için bkz. Evans v. the United Kingdom, 6339/05, 10.04.2007, §77-82; Transseksüellere ebeveynlik hakkı tanınmasında konsensüs olmadığı noktasında bkz. X, Y and Z v. the United Kingdom, 21830/93, 22.04.1997, §44.

¹⁰ Bkz. Hasan Tahsin Gökcan, “Bireysel Başvuruda İkincillik İlkesi ve Denetim Yetkisinin Sınırları Sorunu”, 2018, 135, TBB Dergisi, s.23-24; Abdurrahman Eren, Özgürlüklerin

yakın bir mahkeme olarak, gerektiğinde derece mahkemelerinin hatalarını daha iyi gözleyebilir ve daha fazla müdahale edebilir. AYM, AİHM'nin adil yargılanma hakkının denetimine ilişkin temel içtihatlarını takip ederek, bir hakkın ihlali söz konusu olmadığı sürece derece mahkemelerinin (AİHM için ulusal mahkemeler) yaptıkları hukuki veya maddi hataları denetlemeyeceğini ifade etmektedir¹¹. Fakat, bu durum, olaya AİHM'ye göre daha yakın olan, ona göre daha az iş yükü olan, ayrıca birçok ülkeden ziyade tek bir ülke içindeki hukuku inceleyen AYM'nin bu içtihadı biraz daha esnek yorumlamasına engel değildir. Diğer bir deyişle, kanaatimizce AYM, Strazbourg Mahkemesine göre yerel mahkemelerin usule ve içeriğe ilişkin hatalarını daha titiz takip edip inceleyebilmeli, AİHM'nin ihlal olarak görmediği bir hususu ihlal olarak görebilmelidir¹².

II. ADİL YARGILANMA HAKKININ USULİ YÖNÜ AÇISINDAN AÇIK KEYFİLİK VE BARİZ TAKDİR HATASI

Mahkeme, adil yargılanma hakkının usulî yönü ile ilgili olarak, kanun yolunda ileri sürülen her iddianın değil, bir hakkın ihlalini oluşturacak derecede önemli bir eksiklik, ihmal veya keyfiliğin varlığını “kabul edilebilir” görmekte ve esas incelemesi yapmaktadır¹³. Anayasa'nın 148. maddesinin 4. fıkrası ile Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun¹⁴ 49. maddesinin 6. fıkrasındaki “*kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz*” hükmü açısından, öğretide “şekilci ve lafzi bir şekilde yorumlanmaması, aksi halde adil yargılanma gibi haklar açısından bireysel başvurunun anlamsız kalacağı” gibi haklı görüşler sunulmuştur¹⁵. AYM de buna paralel olarak, adil yargılanma hakkının usulî ve maddi yönü açısından bu hükmü “açık keyfilik ve bariz takdir hatası” kriteri ile birlikte anlamlandırmaya ve sınırlandırmaya çalışmıştır. AYM'nin adil yargılanma hakkının ihlali iddialarına ilişkin genel denetim

Sınırlandırılmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere, Beta Yayınevi, 2004, s.159-161.

¹¹ Bkz. AİHM kararlarında konunun görünümü için Jalloh v. Germany, §94-95; Kaçan/Türkiye, §42 (Adalet Bakanlığı Çevirisi); Teixeira de Castro v. Portugal, 44/1997/828/1034, 09.06.1998, §34; Moreira Ferreira v. Portugal (no. 2), 19867/12, 11.07.2017, §85.

¹² Krş. Gökcan, s.31.

¹³ Bkz. Alper Kurtuldu Başvurusu, 2013/8064, 26.02.2015, §46; Bülent Şimşek Başvurusu, 2014/372, 08.09.2014, §23.

¹⁴ 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun.

¹⁵ Sezin Aktepe Artık, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, Seçkin Yayınevi, 2014, s.138-139; Gökcan, s.33-34.

kriterini tespit ettiği ilke kararı şu şekildedir: “Adil yargılanma hakkı bireylere dava sonucunda verilen kararın değil, yargılama sürecinin ve usulünün adil olup olmadığını denetleme imkânı verir. Bu nedenle, bireysel başvuruda adil yargılanmaya ilişkin şikâyetlerin incelenebilmesi için başvurucunun yargılama sürecinde haklarına saygı gösterilmediğine, bu çerçevede yargılama sürecinde karşı tarafın sunduğu deliller ve görüşlerden bilgi sahibi olamadığı veya bunlara etkili bir şekilde itiraz etme fırsatı bulamadığı, kendi delillerini ve iddialarını sunamadığı ya da uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasıyla ilgili iddialarının derece mahkemesi tarafından dinlenmediği veya kararın gerekçesiz olduğu gibi, mahkeme kararının oluşumuna sebep olan unsurlardan değerlendirmeye alınmamış eksiklik, ihmal ya da açık keyfiliğe ilişkin bir bilgi ya da belge sunmuş olması gerekir...”¹⁶.

Mahkemenin açık keyfilik ve bariz takdir hatası açısından hareket tarzını iki kademeli olarak ele almak mümkündür. Birinci kademedede, daha yüksek düzey bir açık keyfilik ve bariz takdir hatası aranan “adil yargılanma hakkının maddi yönüne” dair denetimdir. İkinci kademedede, adil yargılanma hakkının usulî yönü ile ilgili “düşük düzey bir açık keyfilik ve bariz takdir hatası” aranan denetim söz konusudur. Bu ikinci düzeyde, adil yargılanma hakkının “delillerin değerlendirilmesi”¹⁷, “gerekçeli karar”¹⁸, “kanuni hâkim”¹⁹,

¹⁶ Mehmet Fırat Başvurusu, 2014/4327, 17.11.2014, §24.

¹⁷ Bkz. AYM, bir kararında delillerin kabul edilebilirliği ve değerlendirilmesi meselesinin yerel mahkemelerin takdirinde olduğunu vurgulamış, bu takdirin “açık keyfilik ve bariz takdir hatası” dışında denetlenmeyeceğini belirtmiştir (Seyla Suvari ve Leyla Kalyoncu Başvurusu, 2013/6313, 05.11.2015, §37). AİHM kararlarında da delillerin değerlendirilmesi ve kabul edilebilirliği, ulusal mahkemelerin takdirinde görülmüş, ancak bir bütün olarak adil yargılanma hakkının ihlal edildiğinin tespit edildiği ve açık keyfilik bulduğu durumlarda ulusal mahkemelerin denetleneceği vurgulanmıştır (Sequeira v. Portugal, 73557/01, 06.05.2003; Shannon v. the United Kingdom, 67537/01, 06.04.2004). AYM’nin bir kararında, aslında delillerin değerlendirilmesi başlığı altında da değerlendirilebilecek “temerrüdün başlangıç tarihine ilişkin şikâyetler” aynı isimde başlık açılarak incelenmiş ve iddianın kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlara ilişkin olduğu ve açık keyfilik ve bariz takdir hatası taşımadığı sonucuna varılmıştır (Bis Enerji Elektrik Üretim A.Ş. Başvurusu, 2014/11933, 06.07.2017, §24-32).

¹⁸ Khamidov v. Russia, 72118, 15.11.2007, §170. AİHM bu kararda, geçerli ve gerçek olan bir belgenin delil olarak kabul edilmemesini “açık keyfilik” olarak görmüştür. Bir yazar bu durumu gerekçeli karar hakkına dair “açık bir keyfilik” olarak değerlendirmişse de, delillerin değerlendirilmesi ile de yakından ilgili olduğu görülmektedir (Settem, s.68). Bkz. ayrıca kararın açık keyfilik bakımından analizi için İnceoğlu, s.224-225.

¹⁹ Mustafa Rollas Başvurusu, 2014/7703, 02.02.2017, §39-45.

“savunma hakkı”²⁰, “mahkemeye erişim”²¹, “yargı bağımsızlığı”, “silahların eşitliği”²², “çelişmeli yargılama”, “kanuni hâkim güvencesi”, “makul sürede yargılanma”, “aleni yargılanma” ve “masumiyet karinesi”²³ gibi usulî alt ilkelerine yönelik ihlal iddiaları için de belirli bir ciddiyet derecesinde usulî hata aranmaktadır²⁴. Diğer bir deyişle, kanun yolunda ileri sürülebilecek her usulî hata, AYM önünde ihlal iddiasını incelemeye yetecek bir önemde ve ağırlıkta değildir²⁵. Eğer böyle bir durum vaki ise, kabul edilebilirlik kararı verilmekte ve esasa geçilmektedir. Birinci kademe olan, kararın sonucuna dair maddi değerlendirmeye yönelik ihlal iddialarında Mahkeme, yerel hâkimin takdirine müdahale etmemek ve temyiz mahkemesi yerine geçmemek için

²⁰ Engin Yalazan Başvurusu, 2014/6910, 16.02.2017, §17-24.

²¹ İdari yargıdan manevi tazminat talebi ile ilgili olarak “mahkemeye erişim hakkının” ihlal edildiği noktasında bkz. Özden Sayar ve Deren Dilara Sayar Başvurusu, 2013/4022, 13.04.2016, §50-85. AYM bir kararında, devlet güvenlik mahkemelerinin bağımsız ve tarafsız olmadığına dair verilen AİHM kararından sonra gidilen yargılamanın yenilenmesi başvurusunun kabul edilmemesini, bariz takdir hatası nedeniyle mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak görmüştür (Laleş Çeliker Başvurusu, 2013/8413, 21.04.2016, §41-66; Ramazan Atay Başvurusu, 2017/26048, 29.01.2020, §21-33. Krş. Okay Serçinoğlu Başvurusu, 2014/8090, 13.09.2017, §17-28).

²² Örneğin, Fransa’da mahkemenin yapacağı duruşmanın tarihini öğrenememesi başvuru açısından delillerini sunma ve tartışma imkânı ile silahların eşitliği bağlamında ele alınmış ve ihlal kararı verilmiştir (Frette v. France, 36515/97, 26.02.2002, §44-51; Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia, 11082/06-13772/05, 25.07.2013, §574). AYM de silahların eşitliği ile ilgili inceleme yaptığını bir kararında şunu ifade etmiştir: “*Dava devam ederken başvurucuların aleyhine yapılan bu değişikliğin, başvurucular tarafından önceden öngörülmesi beklenilemez... başvurusunun... hak kazandığı tazminatın 1/2’sinden fazlasını vekâlet ücreti adı altında davalı idareye geri ödemek zorunda bırakıl*”ması mahkemeye erişim hakkına yapılan müdahalenin ölçüsüz olduğunu göstermektedir (Mustafa Özer Başvurusu, 2014/4683, 21.01.2015, §42-43; Mehmet Tekin Başvurusu, 2013/7611, 20.05.2015, §51-63). Bkz. AYM ilk kararlarından birinde silahların eşitliği, çelişmeli yargılama, kanuni hâkim güvencesi, gerekçeli karar, tarafsız mahkemede yargılanma, makul sürede yargılanma, mahkemeye erişim ve aleni yargılanma haklarının hepsi ile ilgili ayrı ayrı inceleme yapmış ve kabul edilemezlik kararı vermiştir (Tahir Gökatalay Başvurusu, 2013/1780, 20.03.2014, §21-81).

²³ Ramazan Tosun Başvurusu, 2012/998, 07.11.2013, §60-68. Bkz. Ömer Anayurt, “Adil Yargılanma İlkesi Olarak Masumiyet Karinesi”, iç. Av. Dr. Şükrü Alpaslan Armağanı, İstanbul Barosu Yayını, 2007, s.204 vd.

²⁴ Mahkeme üyesi *Gökcan*, adil yargılanma hakkının usulî alt ilkeleri ile ilgili yapılan başvuruların, kanun yolunda ileri sürülmesi gereken iddialar olduğu gerekçesiyle değil, ancak temellendirilmediği veya zorlama ve karmaşık şikayetler olduğu için kabul edilemez bulunabileceğini iddia etmiştir (Gökcan, s.24).

²⁵ Gökcan’ın “*her kanuna aykırılık değil, anayasal hak ihlaline neden olan aykırılıklar denetim konusu yapılmaktadır*” ifadesi de aslında bunu farklı bir şekilde açıklamaktadır (Gökcan, s.23).

çok daha “bariz bir hata ve keyfilik” aramaktadır²⁶. Örneğin, adil yargılanma hakkının usulî bir gereği olan gerekçeli karar hakkının ihlali iddialarının bulunduğu bir başvuruda, Mahkeme şu ifadeleri ile usulî açıdan da her basit hatanın denetlenmeyeceğini vurgulamaya çalışmıştır: “...mahkeme kararlarının gerekçeli olması, adil yargılanma hakkının bir gereğidir. Derece mahkemeleri, dava konusu maddi olay ve olguların kanıtlanmasını, delillerin değerlendirilmesini, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanmasını, uyumsuzlukla ilgili vardığı sonucu, sonuca varırken kullandığı takdir yetkisinin sebeplerini makul bir şekilde gerekçelendirmek zorundadır. Bu gerekçelerin oluşturulmasında açık keyfilik görüntüsünün olmaması ve makul bir biçimde gerekçe gösterilmesi hâlinde adil yargılanma hakkının ihlalinden söz edilemez”²⁷. Usulî adalet açısından bir kararda hiç gerekçe olmaması, kimi yazarlarca “açık keyfilik” olarak adlandırılmıştır²⁸. Gerçekten de davadaki önemli bir meseleye dair hiçbir gerekçe gösterilmemesi usulî açıdan “açık keyfilik” teşkil edebilir. Buna karşılık gerekçenin varlığına rağmen, adil yargılanma hakkının maddi yönüne dair bir açık keyfilik veya bariz takdir hatasının varlığı da mümkündür. AYM’nin yukarıda belirtilen ifadeleri ile maddi

²⁶ Bkz. Bertil Emrah Oder, “Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasamızın Yorumuna Etkileri Başlıklı Oturum Konuşması”, 2018, 35, Anayasa Yargısı, s.18.

²⁷ Salih Söylemezoğlu Başvurusu, 2013/3758, 06.01.2016, §27. Mahkeme ihlal kararının gerekçesini oluşturduğu kısımda şunlardan bahsetmiştir: “itiraz mercinin kararında, başvurusunun dilekçesinde belirttiği dosyalar ve bu dosyaların içeriğindeki belge ve beyanlar ile dinlenilmesi istenilen tanıklarla ilgili hiçbir hususa değinilmediği, tedbire dayanak olgunun gerçekliğinin bu çerçevede tartışılmadığı, tedbir kararında esasa ilişkin hususlarda gerekçe bulunması hâlinde bu karara atıf yapılarak değerlendirme yapılmasının makul görülebileceği ancak ihlal iddiasına konu itiraz mercii kararında, dosyaya sunulan delillerle sonuç arasında ne şekilde bağ kurulduğunun, gerekçesiz olarak verilen tedbir kararına yapılan itirazın neden reddedildiğinin asgari düzeyde dahi açıklanmadığı anlaşılmıştır” (§41). Aynı yönde bkz. İbrahim Ataş Başvurusu, 2013/1235, 13.06.2013, §23; Ayla Şenses Kara Başvurusu, 2013/7063, 05.11.2015, §52-65. Mahkemenin bazı kararlarında, gerekçeli karar hakkı, hem esas hem de kabul edilebilirlik incelemesi altında, herhangi bir şekilde “açık keyfilik ile bariz takdir hatasından bahsedilmeden değerlendirilmiştir (Abdulkerim Akkuş Başvurusu, 2013/5204, 24.03.2016, §49-73; Barış Elitaş ve Diğerleri Başvurusu, 2013/7777, 21.04.2016, §32-56). Bir kararda Mahkeme çoğunluğu, görev yerindeki misafirhanede kalırken şofben gazından zehirlenen askerin, vazife malulü olup olmadığı meselesinin Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM) tarafından yeterli gerekçeyle karşılanmadığına karar verirken, muhalif üye bunun mahkemenin olağan yetkisinde olduğunu, ancak açık keyfilik ve bariz takdir hatası olması durumunda ihlal kararı verebileceğini ileri sürmüştür (Latif Hacibekiroğlu Başvurusu, 2014/6011, 22.09.2016, §28-44, M. Emin Kuz’un karşıoy gerekçesi). Kanaatimizce çoğunluk görüşü, davanın esasıyla ilgili “en kritik meselenin” gerekçesiz bir şekilde bırakılması nedeniyle yerindedir, hatta olayda açık bir keyfilik söz konusudur.

²⁸ Küçük, s.206.

adaletin bağına kurarsak, “maddi olay ve olguların kanıtlanması, delillerin değerlendirilmesi, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması”, yargılamanın sonucuna ve mahkemenin adaleti gerçekleştirmedeki takdir alanına ilişkin olduğu için, kural olarak bunların gerekçelendirilmesi yeterli görülmektedir. Eğer, gerekçelendirildiği halde, yani gerekçeli karar hakkına herhangi bir aykırılık bulunmadığı halde, yerel mahkemenin açık bir kuralı uygulamaması veya aşikâr bir takdir hatası yapması nedeniyle adalete halel gelirse, o zaman adil yargılanmanın “maddi yönünü” de denetlemeyi gerektiren bir durum var demektir.

Aynı şekilde AYM, mahkemeye erişim hakkı açısından da, açık keyfilik ve bariz takdir hatası halinde kabul edilebilirlik kararı vermekte ve esas denetimine geçmektedir. Bir kararda, başvurunun davası sürerken, kanuni değişiklik yapılarak idari yargılama usulünde tam yargı davaları için de ıslah imkânı getirilmiştir²⁹. Başvurucu, davasını ıslah ettiği halde, bölge idare mahkemesi karar düzeltme talebinde bu hususu hiç görüşmeden ret kararı vermiştir. AYM, açık bir hukuk kuralını öngörülemez ve olağanın dışında yorumlayarak (uygulayarak) bu sonuca varan bölge idare mahkemesinin kararını “mahkemeye erişim hakkına aykırı” görmüştür³⁰. Benzer bir şekilde AYM, mahkemeye erişim hakkının ihlali iddiasının dinlendiği başvurularda, öncelikle “açık keyfilik ve bariz takdir hatası yoksa” derece mahkemesinin olağan yetkisini denetlemeyeceğini vurgulamıştır. Sonrasında, derece mahkemesinin dava açma süresine dair açık kanuni hükmü, aksine yerleşmiş bir uygulama ve içtihat da olmadığı halde, olağanın dışında ve öngörülemez

²⁹ 6459 sayılı İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 4. maddesiyle İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 16. maddesinin 4. fıkrasına eklenen cümle ile tam yargı davalarında dilekçede belirtilen miktarın süre ve diğer usul kuralları gözetilmeksizin nihai karar verilinceye kadar harcı ödenmek suretiyle bir defaya mahsus olmak üzere artırılabilirliği düzenlenmiştir. Bu yasal düzenleme öncesi idari yargılama usulünde ıslah ile ilgili tartışmalar için bkz. Ejder Yılmaz, Medeni Yargılama Hukukunda Islah, Yetkin Yayınevi, 2013, s. 668-672.

³⁰ Mükremin Eroğlu Başvurusu, 2013/9025, 06.01.2016, §40-52. Bir başka kararda, idari yargıda kanunla idare lehine nispi vekalet ücreti yerine maktu vekalet ücreti getirildiği halde, açık kanun hükmünün uygulanmaması ve nispi vekaletle hükmedilmesi, mahkemeye erişim hakkına açık bir aykırılık olarak görülmüştür (Seyla Suvari ve Leyla Kalyoncu Başvurusu, §60-62; Melih Tataroğlu Başvurusu, 2013/1766, 01.12.2015, §31-43). Açık bir keyfilikten bahsedilmemekle birlikte, hükmedilen nispi vekalet ücretinin orantısız olması nedeniyle mahkemeye erişim hakkının ihlali noktasında bkz. Abdulhakim Yürek Başvurusu, 2014/8860, 12.07.2016, §33-45. Bkz. ayrıca Marka Madeni Yağ Sanayi Ticaret Ltd. Şti. Başvurusu, 2018/20215, 20.10.2020, §31 vd.).

şekilde yorumlamasını hatalı bulmuştur³¹. Sonuçta, yerel mahkemenin açık kuralın aksine olan bu yorumu, mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak görülmüştür³². AİHM kararlarında da, ulusal mahkemenin kuralı yorumlama şekli açık keyfilik ve bariz takdir hatası teşkil ettiği için mahkemeye erişim hakkının ihlaline karar verildiği görülmektedir. Son kararlardan birinde, başvuru, savaş zamanında Hırvat polis tarafından çocuklarının öldürüldüğü iddiasıyla tazminat davası açmıştır. Dava, beş yıllık zaman aşımı dolduğu gerekçesiyle reddedilmiştir. Akabinde açılan ceza davasında, başvuruçunun oğulları da dahil başka kişilerin ölümünden bir emniyet müdürü sorumlu tutulmuş ve hakkında mahkûmiyet kararı verilmiştir. Bu karara dayanarak, tazminat davasının yeniden görülmesi (iade-i muhakeme) için tekrar dava açan başvuruçunun bu davasının da, ceza davasındaki kesin hükme rağmen zaman aşımı nedeniyle reddedilmesi, mahkemeye erişim hakkı bakımından “açıkça keyfi ve hatalı” bulunmuştur³³.

Yukarıda ortaya konulandan ayrı olarak, AYM'nin masumiyet karinesi gibi kimi usulî haklar açısından, açık keyfilik ve bariz takdir hatası kriterinden bahsetmediği görülmektedir³⁴. Bu nedenle adil yargılanma hakkının usulî ilkelerinin hepsine dair mi yoksa aralarından sadece bazıları için mi bu kriterler aranacağı belirsizlik taşımaktadır. Diğer yandan, Mahkeme, mülkiyet hakkı gibi kimi hakların ihlaline dair iddiaları görüşürken de “kanunilik” kriteri bakımından “açık keyfilik ve bariz takdir hatasını” kullanmıştır³⁵. Söz gelimi, başvuruçunun hazine arazisi üzerinde yetiştirdiği kayısı ağaçları ile üzüm asmasının DSİ tarafından sulama kanalı geçirilmesi esnasında sökülmesi nedeniyle uğranılan zararın tazmininde, böyle bir durum ortaya çıkmıştır.

³¹ AYM kararında bu açık hükmün ne olduğu şu şekilde belirtilmiştir: “926 sayılı Kanun'un 120. maddesinde ise subay ve astsubayların yer değiştirme suretiyle yapılan atamalarında, personelin izinli veya raporlu olmasının atama işleminin tebliğine engel olmayacağı, ancak atandıkları göreve katılmaları için kabul edilen sürelerin izin veya rapor müddetinin bitiminde başlayacağı hükme bağlanmıştır (Kamil Koç Başvurusu, 2012/660, 07.11.2013, §63).

³² Kamil Koç Başvurusu, §52-74.

³³ Trivkanović v. Croatia (No. 2), 54916/16, 21.01.2021, §76 vd.

³⁴ Şahin Erol Başvurusu, 2013/2539, 07.07.2015, §31-42; Bkz. açık keyfilik ve bariz takdir hatasından bahsetmeden ihlal kararı verilen bir başvuru için Ayşedudu Özkan ve Diğerleri Başvurusu, 2013/2008, 05.11.2015, §28-44.

³⁵ Kamil İnce Başvurusu, 2014/1167, 25.10.2017, §43-44. Bu kararda AYM, yerel mahkeme mülkiyet hakkı ile ilgili usulî güvencelere uygun bir şekilde yargılama yaptığı, olayda açık keyfilik ve bariz takdir hatası da bulunmadığı için kabul edilemezlik kararı vermiştir (§43-44).

Başvurucunun ağaç ve asmaların zararını tazmin için açtığı dava, idari yargı yerleri tarafından “*Hazine ile arada sözleşme veya bir hakka dayanan ilişki olmadığı*” gerekçesiyle reddedilmiştir. AYM ise haklı olarak Danıştay ve Yargıtay içtihatlarındaki istikrarlı uygulamaya ve Kamulaştırma Kanunu’nun 19. maddesindeki “*Başkası adına tapulu, ...yerin kamulaştırmasında ... ağaçların... 11 inci madde çerçevesinde takdir olunan bedeli zilyedine ödenir*” açık hükmüne aykırı olan idare mahkemesinin öngörülemez yorum ve uygulamasını, kanunilik kriterine aykırı görmüştür³⁶. Görüldüğü gibi, ölçülülük ilkesinin yaygın bir şekilde kullanıldığı bir maddi hak açısından da, kanunilik denetimi içerisinde usulî gereklerin yerine getirilip getirilmediği “açık keyfilik ve bariz takdir hatası” açısından incelenmiştir.

AYM, bazı kararlarında sanki açık keyfilik ve bariz takdir hatasını, sadece adil yargılanma hakkının maddi yönüne ilişkin olarak dikkate alıyor gibi bir intiba uyandırmaktadır³⁷. Mahkemenin kararlarında sıkça vurguladığı hususlardan birisi de, adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddialarının, iki aşamalı olduğu noktasındadır. Diğer bir deyişle, Mahkeme’ye göre, olağan bir şekilde adil yargılanma hakkının inceleme kapsamına giren meselelerin “başvurucu tarafından ispatlanması”, bu gibi durumlar söz konusu değilse “olağanüstü” iddiaların yani açık keyfilik ve bariz takdir hatasının bulunması ve bunların sonuca etkili olması gerekmektedir: “*Başvurucu, yargılama sürecinde karşı tarafın sunduğu deliller ve görüşlerden bilgi sahibi olmadığını, kendi delillerini ve iddialarını sunma olanağı bulamadığına, karşı tarafça sunulan delillere ve iddialara etkili bir şekilde itiraz etme fırsatı bulamadığına ya da uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasıyla ilgili iddialarının derece Mahkemesi tarafından dinlenmediğine ilişkin bir bilgi ya da kanıt sunmadığı gibi Mahkemenin kararında bariz takdir hatası veya açık*

³⁶ Cumali Karaşahin Başvurusu, 2014/2927, 01.02.2017, §52-71; Selahattin Turan Başvurusu, 2014/11410, 22.06.2017, §37 vd.; Mehmet Emin Öztekin Başvurusu, 2016/58283, 29.05.2019, §64 vd. Krş. Hasan Çoşkun Başvurusu, 2014/2765, 06.04.2017, §43 vd.; İrfan Öztekin Başvurusu, 2014/19140, 05.12.2017, §53 vd.

³⁷ Krş. bir karşı oy yazısında maddi ve usulî ayrımı yapılmasa da özetle benzer şeyler ifade edilmiştir: “*Temyiz denetimi boyutunda inceleme yapma yasağının istisnası ise, açık ve bariz takdir hatasının veya keyfilik bulunmasıdır. Fakat, Sözleşmenin 6. maddesinde öngörülen adil yargılamaya ilişkin usuli güvencelerin başvuruda ileri sürülmesi halinde, bu yöndeki itirazlar temyiz denetimi yasağı içerisinde görülmemektedir. Bu anlamda örneğin, gerekçeli karar hakkı, silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama hakkı, mahkemeye erişim hakkı, aleni yargılanma hakkı, masum sayılma hakkı, ceza davasına etkili bir biçimde katılma hakkı, bizzat savunma hakkı, tanığı sorgulama hakkı, tercüman hakkı, hakkaniyetli yargılanma hakkı, sayılabilir*” (Alper Kurtuldu Başvurusu, Karşıoy gerekçesi).

keyfilik oluşturan herhangi bir durum da tespit edilememiştir”³⁸. Bu ifadelere rağmen, Mahkeme bazı kararlarında adil yargılanma hakkının usulî alt ilkeleri için de kabul edilebilirlik incelemesi altında “açık keyfilik ve bariz takdir hatasına” yer vermektedir.

Son olarak, AYM ile AİHM’nin aynı başvuru ve başvuru konusu hakkında “açık keyfilik ve bariz takdir hatası” bağlamında kabul edilebilirlik aşamasında farklı ve zıt kararlar verdiği de rastlanmaktadır. Terör örgütü ile irtibatı nedeniyle görevine son verilen başvuru AYM’ye yaptığı başvurudaki talebi, “kanun yolu denetimi niteliğinde olduğu, açık keyfilik ve bariz takdir hatası taşımadığı” gerekçesiyle kabul edilemez bulunmuşken; AİHM, AYM’nin kabul edilemezlik kararının hatalı olduğu, olayda açık keyfilik ve bariz takdir hatasının bulunduğu gerekçesiyle başvuruyu kabul edilebilir bulmuştur. Hatta esas incelemesi içinde de ihlal kararı vermiştir³⁹.

III. ADİL YARGILANMA HAKKININ MADDİ YÖNÜ AÇISINDAN AÇIK KEYFİLİK VE BARİZ TAKDİR HATASI

A. KURAL: OLAYA YAKIN MAHKEMELERİN DEĞERLENDİRMESİ

Gerek AİHM gerekse AYM, ulusal mahkemeler ile derece mahkemeleri, temel adil yargılanma usulü ilkelerini takip ederek sonuca varmışsa, ceza ve hukuk yargılamasında kusur oranının⁴⁰, ceza veya tazminat miktarının belirlenmesi gibi olaya yakın olan hâkimlerce değerlendirilmesi gereken hususlara müdahale etmemektedir⁴¹. Bu durum, bireysel başvuru yolunun ikincilliğinin de gereğidir. Bunun istisnası, bir hakkın ihlal edilmesi veya açık keyfilik ve bariz takdir hatasıdır⁴². AİHM kararlarına bakıldığında, Mahkemenin Sözleşmenin 6. maddesindeki adil yargılanma hakkı ve alt ilkelerine aykırılıklara dair iddiaları denetlerken, ulusal mahkemelerin yaptığı delil değerlendirmesine ve kuralların yorumuna⁴³, ancak bu yorumun ve değerlendirmenin açıkça adalete aykırı, keyfî ve mantığa aykırı olması

³⁸ Ramazan Biber Başvurusu, 2013/2568, 08.09.2014, §33. Krş. Bkz. Hasan Esir Başvurusu, 2014/1097, 08.09.2014, §26.

³⁹ Pişkin v. Turkey, 33399/18, 15.12.2020, §29, 135-153.

⁴⁰ Khan v. the United Kingdom, 35394/97, 12.05.2000, §34; Allan v. the United Kingdom, 48539/99, 05.11.2002, §42.

⁴¹ Bkz. Aktepe-Artık, s.37.

⁴² Bkz. Kanadoğlu, s.192-193.

⁴³ Fabris v. France, 16574/08, 07.02.2013, §60.

durumunda müdahale ettiği görülmektedir⁴⁴. Örneğin, gıyapta yargılama⁴⁵, mahkemeye erişim⁴⁶ ile ilgili birçok kararda bu durumu vurgulamıştır. AİHM kimi kararlarında mahkemeye erişim hakkı bağlamında, açık bir keyfilik olmadığı sürece, ilgili iç hukuk düzenlemesinin yorumu ve delillerin değerlendirilmesi niteliğindeki işlemlerin denetlenmeyeceğini vurgulamıştır. Diğer bir deyişle, bu gibi durumlarda, AİHM, ulusal organların yerini almayacağını ve takdir yetkisinin bu organlara ait olduğunu kabul etmesine rağmen, sadece “açık keyfilik” istisnasını saklı tutmaktadır⁴⁷. Kısacası AİHM, çok önemli sebepler olmadıkça, kendi takdirini ulusal mahkemelerin takdirine tercih etmeyeceğini vurgulamaktadır. Çok önemli gerekçe ise, ayrıntılı bir şekilde açıklığa kavuşturulamamıştır. Örneğin, ulusal makamların çatışan yararlar ve haklar arasında adil denge kurduğunu iddia ettiği durumlarda bile, AİHM’nin kendi görüşünde ve dengelemesinde ısrar etmesi, bu anlamda eleştiriye sebep olmuştur⁴⁸.

1. Derece Mahkemesinin Olağan Yetkisi ve Takdiri

Hâkim, yargılama sürecinin başta gelen aktörü olarak, gerek sözlü gerekse yazılı yargılamada hukukun bulunması, kuralların belirlenmesi, davadaki vakaların ve delillerin tasnifi, adlandırılması ve değerlendirilmesi konusunda takdir yetkisine sahiptir. Söz konusu yetkinin kullanımı bağlamında, öncelikle, hukukun ve kuralların hangisinin uygulanacağı

⁴⁴ Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia, §803; Tejedor García v. Spain, 25420/94, 16.12.1997, §31; Zubac v. Croatia, 40160/12, 05.04.2018, §79.

⁴⁵ Stoichkov v. Bulgaria, 9808/02, 24.03.2005, §53-55.

⁴⁶ Maillard v. France, 35009/02, 06.12.2005, §35-37.

⁴⁷ Maillard v. France, §35-37; Bkz. aynı yönde Kamuran Kup Belge, İdari Yargı Yönüyle Adil Yargılanma Hakkı, Ondokuz Mayıs ÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019, s.75, dn.259. Anayasa Mahkemesi de, bir kararında AİHM’nin kararındaki benzer bir görüşü belirtmiştir: “Devletlerin başvuruların mahkemelere erişimiyle ilgili yargının idaresini sağlamak ve iş yükünü azaltmak amacıyla getirdikleri, hakkın kötüye kullanılmasını engellemeyi hedefleyen ceza niteliğinde düzenlemeler, mahkemeye erişimi engelleyecek kadar yüksek olmadığı ve bariz bir takdir hatası ya da açık keyfilik içermediği sürece mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak değerlendirilemez” (Faik Gümüş Başvurusu, 2012/603, 20.02.2014, §34; bkz. aynı yönde Mustafa Ünlü Başvurusu, 2013/735, 17.09.2014, §50).

⁴⁸ Axel Springer AG/Germany, 39954/08, 07.02.2012. Bkz. Axel Springer kararı kapsamında bu tip eleştiriler için Dirk Voorhoof, “Freedom of Expression versus Privacy and the Right to Reputation How to Preserve Public Interest Journalism”, in. Stijn Smet/Eva Brems (Editors), When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights: Conflict or Harmony, Oxford University Press, 2017, s.160 vd.; Kirsty Hughes, “Balancing Rights and the Margin of Appreciation: Article 10, Breach of Confidence and Success Fees”, 2011, 3(1), Journal of Media Law, s.40.

konusunda, tarafların belirli bir kanuni dayanak gösterip göstermediğine bakılmaksızın, hâkimin kuralı belirleme yetkisi vardır. Fakat, tarafların iddia ettiği kuralı niçin uygulamadığını deliller bağlamında göstermelidir. Bazen hem davalı hem davacı taraf için uygulanacak kural aynıdır. Sadece delillerin hangisini desteklediğinin belirlenmesi gerekmektedir.

Elbette kural olarak, açık veya açık olmayan birçok hatanın istinaf ve temyiz yolunda denetlenip giderilmesi gerekmektedir. Fakat, bazı kararlar bu denetim yollarına tabi olmadığı gibi, söz konusu denetim yollarına tabi olan kararlara karşı bu yollara başvurulmadığı için de kesinleşebilmektedir. Ayrıca, bu yollara başvurulduğu ve denetim yapıldığı halde “bariz hataların” fark edilememesi nedeniyle de Anayasa Mahkemesi gibi ikincil yetkili olağanüstü yargı yoluna “olağan denetim” yetkisi düşebilmektedir.

Mahkeme kimi kararlarında şu ifadeleriyle hangi hallerin derece mahkemelerinin olağan yetkisine ilişkin olduğunu, diğer bir deyişle açık takdir hatası ve keyfilik olarak görülemeyeceğini belirlemektedir: “*Mahkemenin gerekçesi ve başvurunun iddiaları incelendiğinde, iddiaların özünün derece Mahkemesi tarafından delillerin değerlendirilmesinde ve hukuk kurallarının yorumlanmasında isabet olmadığına ve esas itibarıyla yargılamanın sonucuna ilişkin olduğu anlaşılmaktadır*”⁴⁹. AYM ve AİHM’nin bu gibi kararlarından hareketle, derece mahkemelerinin olağan yetkisini aşağıdaki başlıklar altında ele almak mümkündür.

a. Olayın Kanıtlanması ve Delillerin Değerlendirilmesi

Delillerin değerlendirilmesi ve delillerin kabul edilebilirliğine dair hâkimin kanaati, maddi vakıaların ispatı vasıtasıyla yargılamanın sonucuna etki eden bir unsurdur⁵⁰. Delillerin toplanmasında ve değerlendirilmesinde ceza, hukuk ve idari yargılamada bazı farklılıklar olsa da, hâkimin bunların delil niteliğini ve olayı ne oranda ispatladığını değerlendirmede ve kanaat oluşturmada belirli bir takdir yetkisi vardır⁵¹. Örneğin ceza muhakemesi

⁴⁹ Tayibe Özkantaş Başvurusu, 2013/6314, 20.3.2014, §29. Olayda, 1974 yılında kamulaştırmaz el atma uygulanan taşınmazın kamulaştırılma bedelinin ödenmediğini iddia eden başvurunun iddiaları, yerel mahkemenin 1974 yılında kamulaştırma bedelinin ziraat bankasına depo edildiğine dayanarak kamulaştırma kararı verdiği, bunun aksini ispatlayan bir kayıt bulunmadığı için reddedilmiştir. Bütün bu hukuki ve maddi değerlendirmeler hâkimin olağan faaliyeti olarak görülmüştür (§28). Bkz. ayrıca Oğuzhan Kozacıoğlu Başvurusu, 2013/2379, 20.03.2014, §27.

⁵⁰ Gökcan, s.26; Küçük, s.202.

⁵¹ Bkz. hukuk yargılaması açısından delillerin değerlendirilmesinin istinaf ve temyiz

açısından, delil serbestliği ilkesi esas alınsa da, hâkim ancak mahkemeye sunulan ve tartışılan deliller üzerinden kararını oluşturur⁵². Diğer bir deyişle, ceza muhakemesinde vicdani kanaat ve delil değerlendirmesi ilkesi geçerli olsa da, verilen hükmün objektif olarak da gerekçelendirilmesi gerekmektedir⁵³. Hukuk muhakemesinde ise, ceza muhakemesinden farklı olarak, daha çok tarafların iddiaları ispatı ve delilleri mahkemeye getirmesi söz konusudur⁵⁴. Fakat hâkimin, taraflarca ulaştırılmayan bazı delillerin getirilmesini emretme yetkisi de vardır⁵⁵. Bunun yanında, taraflarca getirilme ilkesinden bağımsız olarak hâkimin yargılamayı maddi açıdan da yürütmesi, yani uyumsuzluğu aydınlatıp sonuca götürmesi gerekmektedir⁵⁶. Hâkim, hukukun re’sen uygulanması ilkesinin de yardımıyla, gerektiğinde taraflara da sorarak uyumsuzluğu hukuki açıdan adlandırır⁵⁷.

İdari yargılama hukukunda re’sen araştırma ilkesi kapsamında hâkimin delilleri toplaması söz konusu olsa da⁵⁸, tam yargı davalarında davacı, zararı, illiyet bağı ve varsa kusuru ispat etmek durumundadır. İptal davalarında maddi olgulardan ziyade, işlemin varlığı ve hukuka aykırılığının tespiti söz konusudur. Özellikle idare, işlemin hukuka uygun olduğunu ispatlamak durumundadır⁵⁹.

mahkemesince denetimi konusundaki tartışmalar için Mehmet Kamil Yıldırım, *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, Kazancı Yayınevi, 1990, s.276-277.

⁵² Cumhuriyet Şahin/Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, Seçkin Yayınevi, 2012, s.142.

⁵³ Doğan Gedik, “Ceza Muhakemesinde Hâkimin Delilleri Değerlendirme Serbestliği (CMK. m. 217)”, 2019, 21(Özel Sayı), Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, Dokuz Eylül ÜHFD, s.917-918; Mustafa Özen, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, Adalet Yayınevi, 2017, s.85.

⁵⁴ Bu husus, HMK m. 25’te taraflarca getirilme ilkesi olarak düzenlenmiştir. Bkz. delillerin toplanması açısından hâkimin rolü hakkında Nur Bolayır, *Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü*, Vedat Kitapçılık, 2014, s.118 vd.

⁵⁵ Yavuz Alangoya, *Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler*, Fakülteler Matbaası, 1979, s.164-165.

⁵⁶ Bkz. Eberhard Schilken, “Medeni Yargılamada Hâkimin Rolü” (Çeviren: Nevhis Deren Yıldırım), iç. (Derleyen: Kamil Yıldırım), *İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku*, Alkim Yayınevi, 2002, s.53-54; İbrahim Özbay, *6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi*, Seçkin Yayınevi, 2013, s.68.

⁵⁷ Nur Bolayır, *Medeni Usul Hukukunda Hâkimin Hukuku Re’sen Uygulaması*, On İki Levha, 2019, s.47; Saim Üstündağ, *Medeni Usul Hukuku*, C. I, Yetkin Yayınları, 2018, s.382. Bu husus HMK m. 31’deki hâkimin aydınlatma ödevi ile de yakından ilgilidir.

⁵⁸ Melikşah Yasin, *İdari Yargılama Usulünde İspat*, On İki Levha Yayınevi, 2015, s.11 vd.; Kamile Türkoğlu Üstün, *İdari Yargılama Usulüne Hakim Olan İlkeler*, Seçkin Yayınevi, 2019, s.104 vd.

⁵⁹ Gürsel Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, Ekin Kitabevi, 2018, s.422-424.

Delillerin değerlendirilmesi konusunda da asli yetkili merciin derece mahkemelerinin olduğunu kabul eden AYM konuyla ilgili çoğu kararında şu ifadeyi sıklıkla tekrarlamaktadır: “...derece mahkemelerinin delilleri takdirinde açıkça keyfilik bulunmadıkça Anayasa Mahkemesinin bu takdire müdahalesi söz konusu olamaz”⁶⁰. Kısacası, prensip olarak, somut olaya yakın hâkimlerin olaya ve kurala dair yorumu, kanaati ve takdiri bireysel başvuruya konu olabilecek bir şey değildir⁶¹. Fakat bu takdir ve değerlendirme, açık bir keyfilik ve hata taşıyorsa istisnaen denetime tabi olabilecektir. Örneğin bir olayda, tanık olarak dinlenen müfettişin beyanları arasında tutarsızlık bulunduğu ve bunun adil yargılanma hakkını ihlal ettiği noktasındaki iddialar, “mahkemenin olağan delil değerlendirme yetkisi” içinde görülerek kabul edilemez bulunmuştur⁶². Aynı şekilde AYM’nin bir kararında, başvurunun “bilirkişilerce giderlerin yapım tarihindeki itibarî değerleri yerine maliyet değerlerinin hesaplandığını, dolayısıyla ilk kararda belirtilen miktardan daha az tazminata hükmedildiğini” iddia etmesi, mahkemenin olağan değerlendirme yetkisi ve dolayısıyla kanun yolu incelemesi içinde görülmüştür⁶³. İş hukuku ile ilgili bir olayda ise başvurunun “resmi belgelerin ve tanık beyanlarının doğru ve eksiksiz değerlendirilmediğini, işçi lehine yorum yapılmadığını” iddia etmesi, yerel mahkemenin takdir yetkisi ve kanun yolu denetimi içinde kabul edilmiştir⁶⁴. Son olarak, bir başka başvuruda ise, vekillikten azledilen başvurunun, bilirkişi raporunda azlin haksız olduğu belirtilmesine rağmen yerel mahkemenin ret kararı vermesinin haksız olduğu noktasındaki iddiaları da, mahkemelerin olağan delil ve vâka değerlendirme yetkisi içinde görülmüştür⁶⁵.

Sonuç olarak, dava mahkemesi, davanın türüne göre, tanık, bilirkişi, tapu kaydı ve benzeri delilleri toplamış ve bunlara dair değerlendirme yaparak bir sonuca ulaşmış ise, başvurunun belirli bir delile az veya çok ağırlık verildiği,

⁶⁰ Necati Gündüz ve Recep Gündüz Başvurusu, 2012/1027, 12.2.2013, §26.

⁶¹ Küçük, s.200; Gökcan, s.26.

⁶² Musa Yılmaz Acar Başvurusu, 2013/1664, 16.07.2014, §45-55.

⁶³ Yıldız Eğitim ve Yayıncılık Tic. A.Ş. Başvurusu, 2013/2235, 18.06.2014, §24. Bkz. hırsızlık suçu kapsamında yapılan bir ceza yargılamasında bilirkişi raporunun hatalı olduğuna yönelik iddialar da benzer şekilde cevaplanmıştır (Laden Elbezyan Başvurusu, 2013/4551, 10.12.2014, §22-31). Mahkemenin aleyhe olan bilirkişi raporuna göre karar verdiği yönündeki itirazların da benzer nitelikte olduğu noktasında bkz. İsmail Güngör Başvurusu, 2013/2761, 10.03.2015, §21-26; Abdulhakim Yürek Başvurusu, §21-32.

⁶⁴ Ünal Özfuçucu Başvurusu, 2013/5921, 03.04.2014, §24.

⁶⁵ Nedim Erkuş Başvurusu, 2013/988, 10.03.2015, §26-35.

varılan sonucun adil olmadığı, bilirkişi raporundaki miktara itibar edilmediği gibi itirazları haklı olarak “kanun yoluna has” ve olağan değerlendirme yetkisi içinde görülmektedir⁶⁶.

b. Hukuk Kurallarının Yorumlanması ve Olaya Uygulanması

Bir hukuk sisteminde, önündeki uyuşmazlığı çözmekle görevli olan yargıçların en önemli faaliyetlerinden birisi de, kuralların re’sen tespiti, onların olay kapsamında anlamının ortaya çıkarılması ve nihayet tümdengelim yöntemi ile altlama yaparak olaya uygulanmasıdır⁶⁷. Ayrıca kuralın olaya uygulanması sırasındaki önemli hususlardan birisi de, davadaki vakıaların hukuki tasnifinin doğru yapılmasıdır. Taraflar, kendi menfaatlerine uygun farklı nitelendirmelerde bulunsun da, hâkimin buradaki tespiti önem arz etmektedir⁶⁸. Bu doğrultuda, kürsü mahkemesinin takdir alanına sırasıyla bölge mahkemesi, Yargıtay ve AYM, gittikçe azalan oranda müdahale edebilmektedir. Dolayısıyla bölge mahkemesinden AYM’ye doğru gittikçe takdire müdahale etmek için gereken “keyfilik ve takdir hatası derecesi” artmakta, AYM açısından bu durum “açık keyfilik ve bariz takdir hatasına” dönüşmektedir.

Bir kararı ele alarak yerel mahkeme ile Yargıtay arasındaki yorum ve değerlendirme farklılıklarının olağan olduğunu, buna karşılık AYM’nin bu olağan yorumu denetleyerek karar vermesinin yerinde olmadığını

⁶⁶ Örneğin Mahkemeye göre “kamulaştırma bedelinin tespiti, bu tespit için kullanılan yöntem, emsallerin seçimi ve değerlendirilmesi, taşınmazın ulaşım imkânlarına yakınlık ile malzeme ve inşaat kalitesi gibi özelliklerinin değerine etkisinin belirlenmesi Kanun’un öngördüğü usuller çerçevesinde hâkimin takdir yetkisi içindedir” (Tülay Şahin Başvurusu, 2013/1568, 08.05.2014, §29). Bir başka kararda bu husus şu şekilde ifade edilmiştir: “Mahkemece, dava sürecinde uyuşmazlığın çözümü için gerekli bilgi ve belgeler toplanarak inceleme yapılmış ve ilgili kurallar somut davanın koşullarıyla birlikte yorumlanmış, usul şartlarına uygun olarak başvuruca iddialarını sunmak üzere imkân verilmiş ve başvuruca iddia ve itirazlarını mahkemeye sunmuştur. İlk derece mahkemesi ve Danıştay bu iddia ve itirazları değerlendirerek ... karar vermiştir... bariz takdir hatası veya açıkça keyfilik görülmemektedir” (Hüseyin Sezen Başvurusu, 2013/1793, 18.09.2014, §63). Aynı yönde bkz. Hüseyin Sezen Başvurusu, §61 vd.

⁶⁷ HMK m. 33’te düzenlenen hâkimin hukuku re’sen uygulama ilkesi ve sınırları hakkında bkz. Bolayır, Re’sen Uygulama, s.145 vd.

⁶⁸ Bolayır, Re’sen Uygulama, s.350-353. Tarafların nitelendirmeleriyle başlayan süreçte hâkimin nihai olarak daha etkin olduğunu söylemek mümkündür (Hilmi Şeker, Medeni Hak ve Yükümlülükler İlişkin Davalarda Süreç Adaleti (Usul Hukuku ve İstinaf Yorumu), Beta Yayınevi, 2018, s.352. Hâkimin vakıaları hatalı nitelendirmesi, yanlış sonuca varmasına yol açabileceği için, bu konudaki faaliyetleri kanun yolu denetimine tabi tutulmaktadır (Bolayır, Re’sen Uygulama, s.353).

gösterebiliriz. AYM'nin bir kararına konu olan olayda, işveren, karardaki başvuru olan işçisinin, bulunduğu görev yerinden ayrılarak işyerine gelen yabancılarla birlikte idari binaya girmesi nedeniyle iş sözleşmesini feshetmiştir. Yerel mahkeme, iş sözleşmesinin feshinin haksız olduğuna ve işe iadeye karar verirken, Yargıtay feshin “haklı” olduğuna karar vermiştir. AYM ise, açık takdir hatası ve keyfilik olmadığı için açıkça dayanaktan yoksunluk kararı vermiştir⁶⁹. Eğer Mahkeme, yerel mahkemenin kararının doğru olduğu kanaatiyle ihlal kararı verseydi, kanaatimizce kanun yolu denetimi yapmış olacaktı.

Bir başka kararda AYM, davalı tarafın karar düzeltme talebinde “daha önceki yargılama aşamalarında ileri sürülmeyen bir sebebe dayanmasını” ve Yargıtay’ın bu nedenle yerel mahkemenin kararını bozmasını, normal bir yorumlama ve olaya uygulama faaliyeti olarak görmüştür. Oysa başvuru, bu durumun açık bir keyfilik ve takdir hatası olduğu iddiasında bulunmuştur. Buna göre, kanunda karar düzeltme sebepleri sınırlı şekilde sayılmış ve arasında bu sebep bulunmamaktadır. AYM’ye göre ise, borcun ifası her aşamada gerçekleşebileceği için, böyle bir sınırlamaya gidilmesi mümkün değildir⁷⁰. Sonuç olarak AYM, Yargıtay’ın kararını yerinde bularak ortada açık keyfilik ve bariz takdir hatasına da rastlanmadığı için kabul edilemezlik kararı vermiştir.

Son olarak bir kararda ise, başvuru, mudilerin rızası olmadan onlar adına kredi kullandığı için işten çıkarılmasını “haksız” olarak niteleyerek adil yargılanma hakkının içeriğine, diğer bir deyişle yargılamanın sonucunun adil olup olmadığına yönelik ihlal iddiasında bulunmuştur. Fakat AYM haklı olarak, yargılamanın “açık keyfilik ve bariz takdir hatası” içermediğini, İş Kanunu kurallarının olaya uygulanmasından ibaret olduğunu belirtmiştir⁷¹.

c. Davanın Esası Hakkında Bir Hukuki Sonuca Varılması

AYM'nin kararlarında da geçen “yargılamanın sonucunun adil olup olmadığı” meselesi bağlamında, öncelikle, hem hukuk davasında taraflardan birinin haklılığı ve hükmedilen tazminatın miktarı gibi hususların, hem de

⁶⁹ Bülent Şimşek Başvurusu, §7-29.

⁷⁰ İbrahim Şendil Başvurusu, 2013/4495, 17.07.2014, §30-36.

⁷¹ Osman Geçer Başvurusu, 2013/1326, 17.07.2014, §21-30. Mahkeme uyuşturucu madde kullanma suçundan yargılanan kişiye, yerel mahkemenin tedavi ve denetimli serbestlik gibi tedbirleri verme konusunda da takdir yetkisinin varlığını vurgulamıştır (Mustafa Gök Başvurusu, 2013/700, 15.04.2014, §28-30).

ceza yargılamasında kusur, manevi unsur, cezanın bireyselleştirilmesi ve miktarı konusunun hâkimin takdir alanında olduğunu söyleyebiliriz. Bunlar çoğunlukla yargılamanın maddi olarak adilliği ile ilgilidir. Örneğin, bireysel başvuru yolunda başvuru “haklı olduğu halde davayı kaybettiği” veya “hâkimin kuralı yanlış yorumladığı için verilen kararın doğru olmadığı” şeklinde adil yargılanma hakkının maddi yönü ile ilgili bir iddiada bulunduğu kural olarak bu derece mahkemelerinin takdirinde olduğu için kabul edilemez bulunmalıdır.

Nitekim AYM’nin gördüğü bir başvuruda, başvuru ceza mahkemesinin kendisini kusursuz görerek beraat kararı verdiği halde, hukuk mahkemesinin bilirkişi raporlarına dayanarak %20 oranında kusurlu görmesini “adil yargılanma hakkının ihlali olarak” iddia etmiştir. Mahkeme ise, haklı olarak, kusur oranlarının değerlendirilmesinin ceza ve hukuk mahkemelerinde farklı olmasını, bu yargı yerlerinin olağan yetkisine dâhil olarak görmüştür⁷². Aynı yönde bir başka kararda, Yargıtay’ın işçilik alacaklarına yönelik işletilmesi gereken faizin başlangıç tarihini, fesih tarihi değil de, işverenin işe başlatmama iradesini gösterdiği tarihi belirlemesi de olağan bir maddi vakıanın belirlenmesi işi olarak görülmüştür⁷³.

Bir başka kararda ise, iş kazası nedeniyle işçi lehine hükmedilecek olan manevi tazminat miktarının değerlendirilmesinde “olayın oluş şekline, müterafik kusur oranlarına, başvuru duydugu elem ve ızdırabın derecesine, tarafların sosyal ve ekonomik durumuna, hak ve adalet kurallarına göre” hâkimin takdir alanına sahip olduğu haklı olarak vurgulanmıştır. Bu kapsamdaki iddialar kanun yolunda incelenmesi gereken talepler olması nedeniyle açıkça dayanaktan yoksun bulunmuş ve kabul edilemezlik kararı verilmiştir⁷⁴.

⁷² Veysel Doğan Başvurusu, 2014/1725, 17.09.2014, §26-40.

⁷³ Adnan Keskin Başvurusu, 2013/8613, 28.05.2014, §27-40. Taşınmazın kamulaştırma bedelinin mahkeme tarafından eksik belirlendiğini iddia eden başvuru bu iddiaları da Mahkeme tarafından şu gerekçelerle açık keyfilik veya bariz takdir hatası olarak görülmemiştir: “Başvuru konusu olayda kamulaştırma bedelinin tespiti, bu tespit kullanılan yöntem, emsallerin seçimi ve değerlendirilmesi, taşınmazın ulaşım imkânlarına yakınlık ile malzeme ve inşaat kalitesi gibi özelliklerinin değerine etkisinin belirlenmesi Kanun’un öngördüğü usuller çerçevesinde hâkimin takdir yetkisi içindedir” (Tülay Şahin Başvurusu, §29). Bkz. ayrıca Hasan Hüseyin Türk Başvurusu, 2013/8469, 10.03.2015, §22-29; M.Y. Başvurusu, 2013/2443, 17.11.2014, §23-28.

⁷⁴ Şenel Tut Başvurusu, 2013/1995, 10.12.2014, §31-43; Kınıyas Kaya Başvurusu, 2013/1071, 10.03.2015, §18-27.

2. Bir Kabul Edilemezlik Sebebi Olarak Kanun Yolu Denetimi

AYM'nin kabul edilebilirlik incelemesinde sıklıkla tekrarladığı bir kabul edilemezlik sebebi de “iddiaların kanun yolu denetiminde ileri sürülmesi gereken nitelikteki iddialar” olmasıdır⁷⁵. Bununla hukuki, idari ve cezai yargılama usulündeki istinaf ve temyiz kanun yollarının, özellikle olağan kanun yollarının kastedildiği anlaşılmaktadır. Her üç yargı kolunda da istinaf ve temyiz sebepleri ile bunların pratiğine bakıldığında aralarında çeşitli farklılıklar olmakla birlikte birçok usulî ve hukuki yargılama hatası ve eksikliklerin istinaf ve temyiz yolunda göz önüne alındığı görülmektedir⁷⁶. Bazı ülkelerin mevzuatında, temyiz incelemesinde, yerel hâkimin takdirinde olan değerlendirme alanının değil, alt mahkemelerin kararlarındaki “açık değerlendirme hatasının (manifest error of assessment/open erroneous)” denetleneceği yer almaktadır⁷⁷. Bu anlamda, kanun yolunda da yerel hâkimin somut olaya ilişkin olağan takdir yetkisinin denetlenmesi pek uygun görülmemiştir⁷⁸.

⁷⁵ Küçük, s.194-195. Şirin bu durumu kanun yollarını maddi anlamda tüketme olarak adlandırmıştır (Tolga Şirin, “Üçüncü Yılında Bir Bilanço: Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) Usulünün ve Kararlarının Değerlendirilmesi”, s.60, <http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Tolga_Airin_333_1.pdf>, Erişim Tarihi 15 Ocak 2021). Bkz. aynı yönde adlandırma için Mustafa Şimşek, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Olağan Başvuru Yollarının Tüketilmesi Kriteri ve İstisnaları, İÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019, s.29; Erdoğan, s.370.

⁷⁶ HMK m. 371: “(1) Yargıtay, aşağıda belirtilen sebeplerden dolayı gerekçe göstererek temyiz olunan kararı kısmen veya tamamen bozar: a) Hukukun veya taraflar arasındaki sözleşmenin yanlış uygulanmış olması. b) Dava şartlarına aykırılık bulunması. c) Taraflardan birinin davasını ispat için dayandığı delillerin kanuni bir sebep olmaksızın kabul edilmemesi. ç) Karara etki eden yargılama hatası veya eksiklikleri bulunması.” CMK m. 280: “a) İlk derece mahkemesinin kararında usule veya esasa ilişkin herhangi bir hukuka aykırılığın bulunmadığını, delillerde veya işlemlerde herhangi bir eksiklik olmadığını, ispat bakımından değerlendirmenin yerinde olduğunu saptadığında istinaf başvurusunun esastan reddine” karar verilir. CMK m. 288: “(1) Temyiz, ancak hükmün hukuka aykırı olması nedenine dayanır. (2) Bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması hukuka aykırılıktır”.

⁷⁷ Portekiz açısından bkz. Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugal, 55391-57728-74041/13, 06.11.2018. Bkz. Kanada'daki benzer uygulama için Supreme Court of Canada, R. v. Clark, [2005] 1 S.C.R. 6, 2005 SCC 2, §9. İsviçre'de de Federal Mahkeme, istinaf incelemesi sırasında “açıkça bir hataya düşülmemiş olması kaydıyla kantonal derecenin vakıa tespitleriyle bağlıdır” (Cenk Akil, İstinaf Kavramı, Yetkin Yayınevi, 2010, s.126).

⁷⁸ ABD'de temyiz mahkemelerinin bazen açık takdir hatası olarak adlandırılmayacak durumlarda bile alt mahkemelerin kararlarını bozduğu noktada tartışmalar yaşanmıştır (George W. Hardy Jr., “Forum Juridicum: The Manifest Error Rule”, 1961, 21(4), Louisiana Law Review, s.749 vd.). Bkz. ayrıca John F. Nangle, “The Ever Widening Scope of Fact Review in Federal Appellate Courts—Is the Clearly Erroneous Rule Being Avoided?”,

Örneğin, ceza muhakemesinde temyiz nedenlerinden birisi, hâkimin kararında CMK m. 230'daki şartları taşıyan bir gerekçenin bulunmaması halidir (CMK. m. 289/g). Aslında CMK'nin 289. maddesinin h fıkrasındaki “hüküm için önemli olan hususlarda mahkeme kararı ile savunma hakkının sınırlandırılmış olması”nın bir temyiz sebebi olduğunu da göz önünde tutarsak, gerekçeli karar ile savunma hakkının kısıtlanması gibi benzeri hususlar hem adil yargılanma hakkında hem de temyiz kanun yolunda denetlenmektedir. O zaman, gerekçe, mahkemeye erişim ve savunma hakkı gibi adil yargılanma hakkının kimi ilkeleri ile ilgili maddi ve usulî hataların bir kısmı, bariz takdir hatası ve açık keyfilik içerdiği için adil yargılanma hakkı bağlamında incelenmeye tabi olmaktadır⁷⁹. Buna karşılık, bu gibi adil yargılanma hakkının alt ilkelerini ilgilendiren ve temyiz/istinaf denetimine tabi tutulan hususların hepsi, adil yargılanma hakkı kapsamında denetime tabi olmamaktadır⁸⁰.

Konumuz kapsamında, çok fazla ayrıntıya girmeden hukuk muhakemesi açısından sadece istinaf yoluna bakmak istiyoruz. Hukuk yargılamasında istinaf sebeplerini kimi yazarlar “maddi hukuk kurallarına aykırılık (hukuki meselenin yanlış çözülmesi)”, “usul kurallarına aykırı yargılama yapılması (hatalı yargılama)” ve “maddi mesele hakkında yanlış sonuca varılması

1981, 59(2), Washington University Law Review, s.413 vd. Bkz. aynı yönde Avusturalya bakımından Sarah Krasnostein/Arie Freiberg, “Manifest Error: Grounds for Review?”, 2012, 36(1), Australian Bar Review, s.5 vd.

⁷⁹ Yasak bir delilin ceza muhakemesinde kullanılması mutlak bozma sebebi olduğu gibi, bu durum aynı zamanda adil yargılanma hakkının ihlali de teşkil edebilmektedir (Bahri Öztürk/Durmuş Tezcan/M. Ruhan Erdem/Özge Sırma Gezer/F. Saygılar Kırıt/Esra Alan Akcan/Özdem Özaydın/Efser Erden Tütüncü, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, 2017, s.162).

⁸⁰ Bkz. aynı yönde Döner/Çelik, s.289. Mahkeme bir kararında önceliğin usulî yöne dair olduğunu vurgulamakla birlikte, içerik denetiminin ancak “açık keyfilik” gibi durumlarda söz konusu olabileceğini şu şekilde belirtmiştir: “Adil yargılanma hakkı bireylere dava sonucunda verilen kararın değil, yargılama sürecinin ve usulünün adil olup olmadığını denetleme imkânı verir. Bu nedenle, bireysel başvuruda adil yargılanmaya ilişkin şikâyetlerin incelenebilmesi için başvuruçunun yargılama sürecinde haklarına saygı gösterilmediği, bu çerçevede yargılama sürecinde karşı tarafın sunduğu deliller ve görüşlerden bilgi sahibi olamadığı veya bunlara etkili bir şekilde itiraz etme fırsatı bulamadığı, kendi delillerini ve iddialarını sunmadığı ya da uyumsuzluğun çözüme kavuşturulmasıyla ilgili iddialarının derece mahkemesi tarafından dinlenmediği veya kararın gereksiz olduğu gibi, mahkeme kararının oluşumuna sebep olan unsurlardan değerlendirmeye alınmamış eksiklik, ihmal ya da açık keyfiliğe ilişkin bir bilgi ya da belge sunmuş olması gerekir. Somut olayda başvuruçunun, yargılama sürecinin hakkaniyete aykırı olduğuna dair bir bilgi ya da belge sunmamış olup, mahkemeye delillerin değerlendirilmesinin ve verilen kararın içeriğinin adil olmadığı şikâyetini dile getirdiği anlaşılmaktadır.” (Oğuzhan Kozacıoğlu Başvurusu, §27).

(vakıa tespitlerine ilişkin hatalar)” şeklinde üçlü bir ayırım yapmıştır⁸¹. Bu ayırımdan hareketle, adil yargılanma hakkının usulî yönü, usul kurallarına aykırı yargılama yapılmasıyla ilgili görülebilen; maddi yönü, maddi hukuk kurallarına aykırılık ve maddi mesele hakkında yanlış sonuca varılması ile ilgilidir. Diğer bir deyişle, bir hukuk kuralının hatalı uygulanması veya hiç uygulanmaması ile davadaki olayların yanlış tasnif edilmesidir. Gerek adil yargılanma hakkının usulî gerekse maddi yönü ile ilgili istinaf sebebi teşkil eden hatalar, öncelikle bölge mahkemeleri ve temyiz mercii tarafından denetlenir. Söz konusu hatalardan bu aşamalara rağmen düzeltilememiş olanlardan “açık keyfilik ve bariz takdir hatası” taşıyanlar ise, ayrıca bireysel başvuruda AYM’nin denetimine tabidir. Bu gibi hatalar giderilmezse, açık bir adaletsizlik ve hukuka aykırılık doğurduğu için, kanaatimizce AYM tarafından denetlenmesi yerindedir. Fakat, Mahkeme’nin bu kavramı her kararda ad-hoc bir şekilde tespit etmesi, buna dair ilkesel kriterler belirlememesi “meşruiyet ve süper mahkeme” eleştirilerine sebep olabilecektir.

Sonuç olarak hem AİHM hem de AYM uygulamasında, “davaya konu olayın tasnif ve tespiti, hukukun yorumlanması ve uygulanması, delillerin değerlendirilmesi ve yargılamanın sonucuna dair meseleler” kanun yolu ile ilgili görülmüş, bu konudaki iddialar kabul edilemez bulunmuştur⁸².

B. İSTİSNA: AÇIK KEYFİLİK VE BARİZ TAKDİR HATASI DENETİMİ

Yukarıda derece mahkemelerinin olağan yetkileri ile kanun yolu mercilerinin yetkilerinden kısaca bahsedilmiştir. Bu başlık altında ise, AYM açısından “olağan yargılama ile kanun yolu denetiminin istisnasını teşkil eden” açık keyfilik ve bariz takdir hatasının maddi adaletle ilgili yönüne değinilecektir. Bu yapılırken, AİHM ve AYM’nin bu konudaki kararlarından hareket edilecektir⁸³.

⁸¹ Abdurrahim Karslı, Medeni Muhakeme Hukuku, Filiz Kitabevi, 2020, s.794-795; Akil, s.354 vd.

⁸² AİHM kararları için bkz. Urat v. Turkey, 53561/09, 13952/11, 27.11.2018, §66. AYM’nin benzer kararları için bkz. Marka Madeni Yağ Sanayi Ticaret Ltd. Şti. Başvurusu, §31 vd.; Akın Tekkurt Başvurusu, 2016/8451, 20.10.2020, §39 vd. Bkz. aynı yönde Gökcan, s.25-27; Küçük, s.200-203; Döner/Çelik, s.290.

⁸³ Öğretide bir yazar, Amerikan Devletleri İnsan Hakları Komisyonu’nun çeşitli kararlarını örneklendirerek, söz konusu Komisyonun da açık keyfilik kriterini kullandığını belirtmiştir (Bkz. Gülener, s.61 vd.).

1. Kavramsal Olarak Bariz Taktir Hatası ve Açık Keyfilik

Hâkimin olağan yetkisi ile açık keyfilik ve bariz takdir hatası taşıyan takdir kullanımını ayırmak açısından Hart’ın takdir yetkisi ile ilgili görüş ve örneğinden faydalanabiliriz. Hart’ın hukuk kuralının uygulanmasında hâkimin takdir yetkisini belirlerken oluşturduğu üçlü bir ayırım vardır. Buna göre, “parka taşıtlar giremez” kuralı örneğinde, olumsuz açık alan otobüs ve otomobil gibi motorlu araçların giremeyeceği, olumlu açık alan ise yayaların girebileceğidir. Tartışmalı (açık dokulu) olan alan ise, bisiklet ve paten gibi araçların girip giremeyeceğidir⁸⁴. Hâkim tartışmalı ve bulanık alanda, belirli şartlarla, örneğin kıyas ve yorum yaparken, takdir yetkisini kullanır. Fakat, açık alanlarda takdir yetkisini aşacak şekilde, örneğin otomobillerin girmesini serbestleyen veya yayaların girmesini yasaklayan bir uygulama yaparsa, bu “açık bir hata” olarak addedilebilir. Kısacası, hâkime takdir yetkisi bırakılmayan, diğer bir deyişle, bulanık alanda bulunmayan meselelerde hâkimin açık kuralın aksi yönde bir uygulama yapması “açık keyfilik ve bariz takdir hatası” teşkil eder.

Kanaatimize, öğretiler ve yargı kararlarında hakkında geniş tartışmalar olan meselelerin kanun yolu denetimine veya derece mahkemesinin takdirine girdiğini kabul etmek gerekir. Örneğin, Anayasa Mahkemesi bir kanunu iptal ettiği anda görülmekte olan davalarda, bu kanunun uygulanıp uygulanmayacağı konusunda Yargıtay’ın farklı kararları vardır. Söz gelimi, vergiyi doğuran olayın gerçekleştiği anda yürürlükte olan kanunun uygulanması bunlardan biridir. Bu gibi durumlarda, AYM’nin adil yargılanma hakkı kapsamında yerel mahkemenin iptal edilen hükmü uygulaması “açık takdir hatası ve keyfilik” olarak görülmemelidir. Buna karşılık, kanun iptal edildikten sonra gerçekleşen bir olaya, örneğin trafik kazasına, iptal edilen kanunu uygulayarak tazminat hesabı yapmak, elbette bariz takdir hatası veya keyfilik olarak görülebilir. Başka bir örnek vermek gerekirse, daha önce hakkında içtihadı birleştirme kararı verilmiş konuda, sonradan farklı bir düzenleme içeren kanun çıkarıldığı halde, hâkimlerin İBK’yı uygulamaya devam etmesi halinde, kanaatimizce “açık keyfilik” söz konusudur. Çünkü yargı sisteminde, hiyerarşik olarak kanunların içtihadı birleştirme kararlarından üstün olduğu konusunda herhangi bir kuşku bulunmamaktadır.

Değnilmesi gereken hususlardan birisi de açık keyfilik ile bariz takdir hatasının farklı kavramlar olup olmadığıdır. Örneğin açık keyfilik, bir kuralın

⁸⁴ Bkz. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1994, s.126 vd.

hiç uygulanmaması; takdir hatası, yerel mahkemenin önündeki davada failin fiilini hatalı bir suç kategorisine sokması mıdır? Hâkim, hırsızlık teşkil eden bir fiili dolandırıcılık olarak görmüşse, bu durum kanun yolu denetimine tâbi bir husus olarak görülebilir. Öğretide kimi görüşler bu iki kavramın birbirinden farklı olduğunu ifade etmişlerdir. Buna göre “*bariz takdir hatası, bilinçli veya bilinçsiz yapılmış kusurluluk hâlini ifade etmekte, açıkça keyfilik ise bilerek ve isteyerek yapılan kasıtlı eylemleri anlatmak amacıyla kullanılmaktadır*”⁸⁵. Kanaatimizce bu ifadeler, tam olarak iki kavramın farkını ortaya koymamaktadır. AYM kararlarında, bazen açıkça uygulanması gereken bir kuralın uygulanmaması, yani açık keyfilik, aşağıdaki örneklerde görüleceği üzere bariz takdir hatası olarak da görülmüştür. Bu nedenle biz uygulamada bu kavramların tam bir ayrımının yapılması gerektiği görüşündeyiz. Kısacası, açık keyfilik, açıkça uygulanması gereken bir kuralın uygulanmaması⁸⁶, açıkça yasak delil olan bir delilin kullanılması gibi hâkimin bir değerlendirme yapma yetkisinin olmadığı durumlardır. Bariz takdir hatası ise, hâkimin takdir ve değerlendirme yetkisini mantığa ve hayatın normal akışına açıkça aykırı olarak kullanmasıdır. Söz konusu değerlendirme hatası, kendiliğinde bir hakkın ihlaline neden olacak ağırlıkta olmalıdır⁸⁷. Aşağıdaki başlıklarda bu halleri AYM’nin kararları kapsamında ortaya koymaya çalışacağız.

AYM’nin bireysel başvurunun aşamaları ve usulî süreçleri açısından bu kavramların varlığını nasıl ele aldığını da kısaca göstermek yerinde olabilir. Bu kapsamda, AYM bir derece mahkemesinin değerlendirmelerinde açık keyfilik ve bariz takdir hatası tespit ettiği için kabul edilebilirlik kararı vermişse, bu durumda, esasa ilişkin incelemesinde yüksek ihtimalle ihlal kararı vermesi gerekebilir. Çünkü, ister bu açık keyfilik usule dair isterse esasa dair olsun bir usulî veya maddi hakkın ihlalinin doğuracaktır. Aksi takdirde, kabul edilebilirlik aşamasında tespit edilen açık keyfilik ve bariz takdir hatası, giderilmeden öylece kalmaya devam edecektir. Ya da, kabul edilebilirlik aşamasında “ilk bakışta açık keyfilik ve bariz takdir hatası” görülen şeyin, daha ayrıntılı bir esas incelemesi yapıldığında öyle olmadığı sonucuna varılması gerekecektir.

⁸⁵ Küçük, s.206.

⁸⁶ Bkz. aynı yönde Gökcan, s.40.

⁸⁷ Bkz. aynı yönde Gökcan, s.41; *Mellinghof* bu durumu, yerel hâkimin hatasının “anayasa hukuku meselesi teşkil etmesi” olarak da ifade etmiştir (Rudolf Mellinghof, “Federal Almanya Cumhuriyeti’nde Anayasa Şikayeti”, 2009, 26, Anayasa Yargısı, s.40).

a. Açık Bir Kuralın Uygulanmaması

Açık bir kuralın uygulanmaması, içtihatlarla ve lafzi yorum yoluyla anlamı iyice billurlaşmış emredici mahiyetteki kuralların göz ardı edilmesi olarak anlaşılabilir. Örneğin İş Kanunu'nun 6. maddesinin 5. fıkrasında “devreden veya devralan işveren iş sözleşmesini sırf işyerinin veya işyerinin bir bölümünün devrinden dolayı feshedemez ve devir işçi yönünden fesih için haklı sebep oluşturamaz” hükmü yer almaktadır. Başkaca eklenen bir koşul olmadığı halde, hâkimin işçi veya işveren açısından devri haklı sebep olarak değerlendirmesi, bir açık keyfilik oluşturabilir.

Örneğin bir kararda, askerliğini kısa dönem yedek subay olarak yapmış olan başvurucunun, askerlik öncesi dönemdeki tecil edilmiş hapis cezası nedeniyle Milli Savunma Bakanlığının, başvurucuya “askerliğini uzun dönem er olarak yapması” yönünde gönderdiği yazı kapsamında denetim yapılmıştır. Olayda AYİM, eski TCK'daki ertelemeye ilişkin düzenlemenin uygulanmamasını ve böylece başvurucunun mahkûmiyet nedeniyle uzun dönem er olarak askere çağrılmasını “askeri mevzuata uygun” bulmuştur. AYM ise haklı olarak olayda, AYİM'in kararda TCK'daki “tecil edilmiş cezalar, 5 yıllık bekleme süresi sonunda vaki olmamış gibidir” hükmünü uygulamadığı ve bunun “bariz takdir hatası” teşkil ettiği gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir⁸⁸. Her ne kadar AYM, bariz takdir hatası olarak adlandırsa da, olayda Eski TCK'nın açık bir hükmünün uygulanmaması da söz konusudur.

Bir kararda, hakkında verilen idari para cezasının kaldırılması için sulh ceza mahkemesine avukatı vasıtasıyla itiraz eden başvurucu, sulh mahkemesinin idari yaptırımın hukuka aykırı olması nedeniyle kaldırılmasına karar verdiği halde “vekalet ücretine hükmetmemesini” hukuka aykırı görmüş ve AYM'ye taşımıştır. AYM de, kanuni düzenlemeler ile Yargıtay kararlarında konuyla ilgili vekalet ücretine hükmedilmesine dair açık hüküm ve içtihatlarla rağmen hükmedilmediği için, kuralı uygulamamanın “açık bir keyfilik” teşkil

⁸⁸ Kenan Özeriş Başvurusu, 2012/989, 19.12.2013, §63-65. Mahkeme kararın ilgili kısmında gerekçesini şu şekilde ortaya koymuştur: “Başvurucunun, yedek subay adayı olarak alınan askerlik kararının uzun dönem er olarak tadil edilerek askere bu statüde sevk edilme işlemine esas alınması, 765 sayılı Mülga Kanun'un 95. maddesinin açık hükmüne aykırılık teşkil etmektedir...Bu hükme verilecek olağan anlam bellidir ve başvurucu buna göre kendisine muamele edileceğini beklemektedir. Ancak AYİM 2. Dairesi, açık olan kanun hükmüne olağanın dışında farklı bir anlam verip buna göre uygulama yapmıştır” (Kenan Özeriş Başvurusu, §63-64). Bkz. kararın takdir alanı bakımından değerlendirilmesi için Erdoğan, s.396.

ettiği sonucuna varmıştır⁸⁹. Mahkemenin bazı kararlarında, temyiz veya istinafa gidilmeden kesinleşen alt mahkeme kararlarındaki adaletsizliğe ve keyfilığe yol açan uygulamaları ortadan kaldırmaya çalışmak için böyle bir yola gittiği görülmektedir. Örneğin, vekaletle ilişkin yukarıdaki karar Yargıtay incelemesinden geçseydi, muhtemelen AYM açık keyfilik incelemesine girmeyecekti.

b. Mahkemeler Arasındaki Yorum/İçtihat Farklılığının Hukuki Güvenliği Açıkça İhlal Etmesi

Hem AYM hem de AİHM kararlarında, mahkemeler veya yargı kolları arasındaki olağan yorum farklılıkları doğal karşılanmıştır. Buna karşılık, derinleşmiş, uzun süre devam eden ve adaletsizliklere yol açan içtihat istikrarsızlıkları hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik açısından⁹⁰ “açık keyfilik veya bariz takdir hatası” teşkil etmektedir⁹¹. Her iki mahkeme de, kararlarında, içtihat istikrarsızlıklarını gidermeye yönelik iç hukuk mekanizmalarının olup olmadığını ve bu yola gidilmesine rağmen, söz konusu istikrarsızlığın giderilip giderilmediğini de göz önünde tutmaktadır⁹².

⁸⁹ Burak Günay Başvurusu, 2013/6217, 26.02.2015, §30-44; Şeref Yıldız ve Burak Günay Başvurusu, 2013/6216, 06.01.2016, §28-42. Vekalet ücreti ile ilgili bir başka başvuruda ise, başvuruçunun takdir edilen vekalet ücreti miktarının yüksek olduğunu iddia etmesi “bariz takdir hatası” olarak görülmemiş, aksine olağan bir değerlendirme içerisinde görülmüştür (Zeki Demirel ve Yusuf Demirel Başvurusu, 2014/198, 20.11.2014, §65-67).

⁹⁰ İçtihat istikrarsızlıklarının çeşitleri ve hukuki güvenlik ile ilişkisi için bkz. İsmail Köküarı, Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi, Adalet Yayınevi, 2015, s.116 vd.

⁹¹ Balažoski v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia, 45117/08, 25.04.2013, §30; Hülya Ebru Demirel v. Turkey, 30733/08, 19.06.2018, §43; Emel Boyraz v. Turkey, 61960/08, 02.12.2014, §72. Bkz. AYM'nin benzer kararları için Ahmet Gül ve Diğerleri Başvurusu, 2014/1182, 22.09.2016, §30 vd.; Ahmet Acar Başvurusu, 2014/19936, 21.09.2017, §52. Öğretide kimi yazarlar söz konusu istikrarsızlığı, sürpriz karar yasağı olarak adlandırmışlardır. Bu anlamda açık bir kurala aykırı ve öngörülemez şekilde verilen kararlar da “sürpriz karar” olarak görülebilir (Muhammet Özkes, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenme Hakkı, Yetkin Yayınevi, 2003, s.186-187; Ali Cem Budak/Varol Karaaslan, Medeni Usul Hukuku, Adalet Yayınevi, 2017, s.78). Böyle bir durum ise açık keyfilğin veya bariz takdir hatasının varlığına işaret eder.

⁹² Balažoski v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia, §30; Vroni and Others v. Albania, 2141/03, 24.03.2009, § 58; Brezovec v. Croatia, 13488/07, 29.03.2011, §66. AYM de kimi kararlarında benzer meselelerin Yargıtay daireleri arasında derin bir içtihat istikrarsızlığına yol açması ve bunun İBK ile giderilmemesini hukuki öngörülebilirlik kapsamında adil yargılanma hakkına aykırı görmüştür: “...sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakfı çalışanlarının ilave tediye alacağına hak kazanıp kazanmayacağı hususunda süregelen içtihat farklılığının derinleşmiş ve sürekli bir nitelik kazanmış olduğu, bu durumun davaların somut özelliğinden kaynaklanmadığı ve bu durumun ortadan kaldırılmasını sağlayacak içtihadı birleştirme kararı gibi elverişli bir mekanizma işletilmemesi nedenleriyle varılan

AİHM'nin konuya bakışına Türkiye ile ilgili verdiği bir karardan somut örnek gösterebiliriz. Mahkeme bir kararında, AYİM ile Danıştay arasında benzer konulara ilişkin içtihat istikrarsızlığını incelemenin “açık bir keyfilik olmadıkça” kendi alanına girmediğini, bu istikrarsızlığın ulusal hukuk sistemindeki mekanizmalarla giderilmesi gerektiğini vurgulamıştır⁹³.

AYM'nin kararlarına bakıldığında, kural olarak, Yargıtay veya bölge adliye mahkemelerinin farklı daireleri tarafından hukuk kurallarının farklı şekilde yorumlanabileceği ve bunun yukarıda gördüğümüz olağan yetki içinde olduğu kabul edilmektedir. Buna karşılık, bu farklılıklar, esasa dair karar sonucunda da istikrarsızlıklar oluşturuyorsa, diğer bir deyişle, maddi adalet açısından hakkaniyet ve eşitsizlik doğuyor ve bu durum hukuki güvenliğe açıkça aykırılık teşkil ediyorsa, o zaman “açıkça keyfilik” olarak adlandırılmaktadır⁹⁴. Bununla birlikte, Yargıtay uzun yıllar takip ettiği bir görüşünü veya içtihadını değiştirir ve bu görüşünü istikrarlı bir şekilde kullanmaya devam ederse, ortada belirsizlik doğuran, öngörülemez şekilde esasa dair adaletsizlik ve eşitsizlik yaratan bir durum olmadığı için olağan bir yetki olarak görülmektedir⁹⁵.

Benzer bir iddianın bulunduğu başvuruda da, AYM, Yargıtay'ın başvuru ile ilgili kararda oluşturduğu içtihadının, genel olarak diğer içtihatları ile uyumlu olduğu, fakat sadece içtihattan sapma mahiyetindeki bir iki kararla uyumsuz olduğu kanaatine varmıştır. Sonuçta, durumun yaygın bir hukuki güvensizlik ve keyfilik yaratmadığı gerekçesiyle herhangi bir ihlal olmadığına karar vermiştir⁹⁶.

sonucun başvuru için öngörülemez olduğu ve yargılamanın hakkaniyetini zedelediği sonucuna ulaşılmıştır” (Zeynep Beyci Başvurusu, 2019/368, 14.10.2020, §21-23; Ahmet Karvar ve Diğerleri Başvurusu, 2019/40240, 14.10.2020; Yasemin Bodur Başvurusu, 2017/29896, 25.12.2018, §50-53). Bkz. ayrıca Şeker, s.490 vd.

⁹³ Nejdet Şahin and Perihan Şahin v. Turkey, 13279/05, 20.10.2011, Legal Summary. Mahkeme kararına muhalif oy yazarlar ise haklı olarak, idari yargı ile askeri idari yargı arasındaki içtihat istikrarsızlığını gidermeye yönelik mekanizmanın yeterli olmaması nedeniyle, derin bir hukuki güvensizlik ve adaletsiz doğacağı gerekçesiyle ihlal görüşünü savunmuşlardır (Joint Dissenting Opinion of Judges Bratza, Casadevall, Vajić, Spielmann, Rozakis, Kovler and Mijović).

⁹⁴ Türkan Bal Başvurusu, 2013/6932, 06.01.2015, §35-38, 45-73; Semra Bekiroğlu ve Diğerleri Başvurusu, 2013/6717, 16.12.2015, §39-78.

⁹⁵ Berna Berktaş Bayar Başvurusu, 2013/4662, 10.03.2015, §24-34.

⁹⁶ Ercan Alanur Başvurusu, 2014/6869, 25.10.2017, §46-58.

Farklı yargı kolları arasındaki aynı konuya dair içtihat istikrarsızlıklarını değerlendiren AYM, esas denetiminde bu durumu yine hukuki güvenlik ile ilişkilendirmiş ve ihlal kararı vermekle birlikte, kabul edilebilirlik aşamasında “açık keyfilik ve bariz takdir hatasının” olmadığına karar vermiştir⁹⁷. Oysa yukarıdaki kararlarda, bu durumu açık keyfilik ve bariz takdir hatası olarak addetmiş, içtihat istikrarsızlığının doğurduğu hukuki belirsizliği adil yargılanma hakkının ihlali olarak görmüştür⁹⁸. Yeni tarihli bir kararda, AYM’nin konuyla ilgili verdiği kararlar arasındaki istikrarsızlık devam etmiş, bu defa, AYM’in önceki içtihatlarından sapan yeni bir içtihat geliştirmesi, yeterli ve inandırıcı gerekçeler ortaya koyulmadığı için “gerekçeli karar” hakkının ihlali olarak görülmüştür⁹⁹. Bu durumda şu soruyu sormak gerekmektedir: Daire ve mahkemeler arasındaki içtihat istikrarsızlığı, açık keyfilik ve bariz takdir hatası kapsamında adil yargılanma hakkının maddi yönünün mü, yoksa gerekçeli karar hakkı kapsamında usulî yönünün mü ihlalidir? AYM’nin de bunda bir karara varması gerekmektedir. Aksi takdirde, başvurudaki içtihat istikrarsızlığına kendisi duchar olmaktadır.

Kanuni düzenlemeden ziyade yerleşmiş yargı kararlarına aykırı bir karar verilmişse ve bu karar, kanun yoluna başvurulmadığı için veya kanunen kesin olduğu için denetlenmemişse, “açık takdir hatası ve keyfilikten” bahsedilebilir mi? AYM bu gibi durumlarda da yerel mahkemenin, öngörülemez ve hukuki güvenliğe açıkça aykırı bir şekilde kuralı yorumladığı, örneğin içtihat istikrarsızlığı oluşturduğu için, bariz takdir hatası olarak görmektedir.

c. Mahkemenin Kuralın Anlamını Tespitte, Maddi Vakıayı ve Delilleri Değerlendirmede Bariz Bir Hata Yapması

Yukarıda belirttiğimiz gibi, kural olarak, dava mahkemesinin olay ve kural ile ilgili somut değerlendirmeleri AYM ve AİHM’nin adil yargılanma hakkı denetiminin dışındadır¹⁰⁰. Bunun istisnası açık bir keyfilik ve hatadır. Bariz takdir hatası ve açık keyfilik, somut olayda öngörülemez ve şok edici bir şekilde kuralın olağan anlamından sapma veya açık bir kuralı hiç uygulamama şeklinde görülmektedir. Örneğin, AYM’nin bir kararında, başvuru, subay olarak Ağrı’ya atandığına dair kararın kendisine 21.03.2012 tarihinde

⁹⁷ Ahmet Saygılı ve Şefika Saygılı Başvurusu, 2013/135, 21.01.2015, §20-31, 33-49.

⁹⁸ Türkan Bal Başvurusu, §35-38, 45-73.

⁹⁹ Akın Tekkurt Başvurusu, §38-45.

¹⁰⁰ Şeker, s.496-497.

tebliğinden sonra 11.04.2012 tarihinde AYİM’de¹⁰¹ dava açmıştır. Mahkeme, KARANET Personel Yönetim Bilgi Sistemi üzerinden ilgili atamaya 2010 yılında muttali olduğu hatta memnuniyet anketi doldurduğu ve bu nedenle süresinde dava açılmadığı için ret kararı vermiştir. AYM ise, hukuki güvenlik gereğince, idari işlemlere karşı 60 günlük dava açma süresinin ilgili işlemin başvurucuya tebliğinden itibaren başlayacağını, kurala olağan ve öngörülebilir anlamı dışında bir anlam vermenin “bariz bir hata” olarak görüleceğini belirterek, mahkemeye erişim hakkının ihlaline karar vermiştir¹⁰².

Başka bir kararda da, YAŞ kararı ile ordudan ilişiği kesilen başvuru, 2010’da Anayasa’da ve sonrasında TSK Personel Kanununun 32. maddesinde yapılan değişiklikler doğrultusunda, geri dönme ve emeklilik gibi imkânlardan faydalanmak için Milli Savunma Bakanlığına başvurmuş, bakanlık kişinin daha önce bir mahkûmiyet kararı olduğuna dayanarak istemi reddetmiştir. İşlemin iptali istemini görüşen AYİM, MSB’nin ret gerekçesindeki mahkûmiyet kararının daha sonra bozulduğunu ve başvurunun beraat ettiğini vurgulayarak, bu mahkûmiyetin ret gerekçesi olamayacağı sonucuna varmıştır. Fakat, MSB’nin ret gerekçesinde olmayan başka bir suçtan beş ay yirmi gün hapis cezası olduğu için, ret işleminin hukuka uygun olduğuna karar vermiştir. AYM ise, AYİM’in “uygulanmayan ve dava konusu edilen işlemin gerekçesi olmayan başka bir ceza davasında verilen kararı dikkate almak suretiyle yaptığı değerlendirme”yi haklı olarak, hukuki güvenliğe ve öngörülebilirliğe aykırı görmüş ve “bariz takdir hatası” nedeniyle 36. maddedeki adil yargılanma hakkının ihlali sonucuna varmıştır¹⁰³.

Yine AYİM tarafından görülen bir davada, başvurunun “üç tane üst rütbeli komutanı ile birlikte alınan karar gereğince İngilizce dersinde öğrencilere Game of Thrones (taht oyunları) adlı diziyi izletmesi” nedeniyle TSK’dan ayırma işlemine tabi tutulmasının hukuki olup olmadığı incelenmiştir. İlk derece mahkemesi olarak ayırma işlemi iptal eden Mahkeme, karar düzeltmede aynı işlemi yerinde bulmuştur. AYM’ye intikal eden olayda, Mahkeme “hakkaniyete uygun yargılanma hakkı” bağlamında inceleme yaparak, AYİM’in yargılamada, başvurunun üstüne itiraz etme

¹⁰¹ AYİM de dahil askeri yargı kolu 2017 Anayasa değişiklikleri ile kaldırılmıştır (AY. m.142/2).

¹⁰² Kamil Koç Başvurusu, §1-16; 58-74. Buna karşılık bir başka kararda, bir kısım taleplerin dava açma süresi geçtikten sonra yapılması nedeniyle reddedilmesi, olağan ve keyfilik içermeyen bir yorum olarak görülmüştür (Ömer Topuz Başvurusu, 2013/6833, 03.04.2014, §49-54).

¹⁰³ Şahin Erol Başvurusu, 48-76.

şansının olup olmadığını ve daha önce hiç disiplin cezası almamış olan bir kimse olarak daha hafif ve ölçülü bir cezanın mümkün olup olmadığını değerlendirmeden karar vermesini “bariz takdir hatası” olarak görmüştür¹⁰⁴. Esasında bu durum, AYİM’in takdirini ve dolayısıyla hakkaniyete uygun yargılanma hakkını da ilgilendirmekle birlikte, çalışma hakkının veya kamu hizmetine girme hakkının ölçüsüz sınırlandırılmasıdır. Buna karşılık bu haklar AİHS ile Anayasanın ortak koruma alanında olmadığı için¹⁰⁵, AYM böyle bir ihlali görmezden gelmemiş bir şekilde hakkaniyete uygun yargılanma yani adil yargılanma hakkına dahil etmiştir.

Bir başvuruda AYM, başvuruçuların yakını olan M.D. adlı şahsın Hizbullah terör örgütü tarafından kaçırıldığı ve bu nedenle uğradıkları zararın tazmini talebinin tazmin komisyonu ve idare mahkemesi tarafından reddedildiği iddialarını değerlendirmiştir. Başvuruçular, M.D.’nin kaybının terör nedeni olduğunu iddia etmişler, bu konudaki savcılık soruşturma dosyalarında da ilgili bölgede terör faaliyeti nedeniyle kaçırılma ve faili meçhuller olduğunu ileri sürmüşlerdir¹⁰⁶. AYM, açık keyfilik ve bariz takdir hatası dışında mahkemenin delilleri değerlendirmesi, olaydaki tazminat miktarını hesaplaması gibi hususları denetlemeyeceğini belirtmiş, fakat olayda “*savcılık dosyalarındaki bilgi ve belgeler incelenmeden delil yokluğu nedeniyle karar veril*”diği gerekçesiyle hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır¹⁰⁷. Aslında başka kararlarda benzer iddialar gerekçeli karar hakkı kapsamında değerlendirilmiş, esasa dair veya hakkaniyete uygun yargılanma ile ilgili görülmemiştir¹⁰⁸.

Delillerin değerlendirilmesinde ve tespitinde yapılan açık keyfilik ile ilgili olan bir başka kararda da, derece mahkemelerinin sanığın kollukta işkence altında verdiği ve sonradan inkar ettiği ifadelerine dayanarak mahkûmiyet kararı vermesi, yargılamanın geneline bakılarak hakkaniyete uygun yargılanma hakkına aykırı bulunmuştur¹⁰⁹.

¹⁰⁴ İskender Gülbahar Başvurusu, 2014/870, 08.06.2016, §30-46.

¹⁰⁵ Nesrin Kılıç Başvurusu, 2013/772, 07.11.2013, §41-44.

¹⁰⁶ Hamdiye Demirel ve Diğerleri Başvurusu, 2013/6649, 20.04.2016, §35-49.

¹⁰⁷ Hamdiye Demirel ve Diğerleri Başvurusu, §35-49.

¹⁰⁸ Abdurrahman Dil ve Mehmet Sait Dil Başvurusu, 2013/5163, 24.02.2016, §49-74; Emine Akkuş Başvurusu, 2013/5321, 23.02.2016, §50-75.

¹⁰⁹ Binnaz Demirbaş ve Haydar Ceylan Başvurusu, 2014/13419, 07.03.2018, §35-52.

AYM bir kararında, açıkça kanuna aykırı uygulamayı bariz takdir hatası olarak addetmişse de, sonuçta adil yargılanma hakkının değil, Anayasa'nın 19. maddesindeki “kişi özgürlüğü ve güvenliği” hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Olayda, Yargıtay'ın bozma kararından sonra, sanığın tutukluluğu kanundaki azami süre olan beş yılı aştığı halde, tutukluluk süresini yorum yoluyla uzatan mahkemenin kararı hatalı görülmüştür¹¹⁰. Bu kararında Mahkeme, yerel mahkemenin tutumunu “kanunilik” kriterine aykırı olarak görmüş ve ihlal kararı vermiştir. Buna karşılık Mahkemenin bu konuda bir istikrar oluşturmadığı, farklı kararlarda konuyu farklı açılardan değerlendirdiği anlaşılmaktadır. Zira adil yargılanma hakkında bariz takdir hatası ve keyfilik doğrudan ihlal kaynağı olarak görülürken, bir başka hakta, bu kavramlar “kanunilik” kriterine aykırılık kapsamında ele alınmış ve ihlalin varlığı sonucuna varılmıştır. Esasında her ikisinde de kanunilik kriterine aykırılık, diğer bir deyişle açık bir kanun hükmünün uygulanmaması söz konusudur. Burada, esasa dair bir hak veya usule dair adil yargılanma hakkının ihlali tespitinin hangisinin, hakların daha etkin korunmasını sağladığı sorusu önem arz eder. Elbette, bu sorunun cevabında başvurusunun hangi hakkının ihlal edildiğini iddia ettiği de etkilidir. Fakat, Mahkeme çoğunlukla kendini bu iddia ile bağlı görmemektedir. Kanımızca, kişi hürriyeti ve özgürlüğü daha vahim bir ihlalin varlığını gösterdiği için öncelikle bunun tercih edilmesi yerindedir. Buna karşılık her iki hakkın da ihlaline karar verilmesi de savunulabilir. Mahkemenin adil yargılanma hakkı ile ilgili denetimin bir kanun yolu denetimine dönüşmemesi ve başvuru sayısının artmaması için açıkça dayanaktan yoksunluk kriterlerini diğer haklara göre daha yaygın kullandığı görülmektedir. Fakat, bir hakkı ihlal eden veya açıkça bir hata ve keyfilik içeren değerlendirmelere ise adil yargılanma kapsamında müsaade edilemeyeceği vurgulanmaktadır¹¹¹. Bu kapsamda, yukarıdaki kararda “*derece mahkemelerinin aynı dosya kapsamındaki suçlar yönünden kanuni tutukluluk süresinin her suç için ayrı ayrı hesaplanması gerektiği yönündeki*

¹¹⁰ Özgür Görmez Başvurusu, 2013/843, 03.04.2014, §39 vd.

¹¹¹ Bir kararında bu kriterleri şu şekilde ifade etmiştir: “*Bu kapsamda, bireysel başvuruya konu davadaki olayların kanıtlanması, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması, yargılama sırasında delillerin kabul edilebilirliği ve değerlendirilmesi ile kişisel bir uyumsuzluğa derece mahkemeleri tarafından getirilen çözümün esas yönünden adil olup olmaması, bireysel başvuru incelemesinde değerlendirmeye tabi tutulamaz. Anayasada yer alan hak ve özgürlükler ihlal edilmediği sürece ya da açıkça keyfilik içermedikçe derece mahkemelerinin kararlarındaki maddi ve hukuki hatalar bireysel başvuru incelemesinde ele alınamaz. Bu çerçevede, derece mahkemelerinin delilleri takdirinde açıkça keyfilik bulunmadıkça Anayasa Mahkemesinin bu takdire müdahalesi söz konusu olamaz*” (Necati Gündüz ve Recep Gündüz Başvurusu, §26-27).

yorumu, bireylerin tutuklu olarak yargılanabileceği azami süreyi belirsiz ve öngörülemez bir şekilde uzatmaya elverişli...¹¹² olması nedeniyle bariz bir yorum hatası olarak görülmüştür. Mahkeme bu kararında, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlaline karar vermiş olsa da, aslında yine açık bir hukuk kuralının, yani tutukluluğun azami süresinin beş yıl olduğuna dair kanun hükmünün, uygulanmamasına dayanmıştır¹¹³. Belirtildiği gibi, aslında adil yargılanma hakkının ihlali de teşkil edebilecek olan bir hata, sonuçta maddi haklardan olan kişi özgürlüğü ve güvenliğinin ihlali olarak görülmüştür. Başka bir kararında Mahkeme, benzer bir konuyu hem Anayasa'nın 19. maddesindeki kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı hem de 36. maddesindeki adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirerek, bizim kanaatimizi teyit etmiştir¹¹⁴.

Son olarak AİHM kararlarından delillerin değerlendirilmesindeki “açık keyfiliğe” örnek vererek, konuyu tamamlayabiliriz. AYM tarafından örnek alınan AİHM kararlarında da, kural olarak delilleri değerlendirme ve olayı hukuki olarak tasnif etme gibi hususlarda ulusal mahkemelerin takdiri olduğu ve buna müdahale edilmeyeceği vurgulanmıştır. Bununla birlikte, Mahkeme, yargılamanın genelinden süreç içinde “açık bir keyfiliğin ve hatanın” bulunduğunu tespit etmesi halinde, bu hususun Sözleşme'deki hakları ihlal edip etmediğini denetleyeceğini belirtmektedir. Rusya'dan kaynaklanan bir başvuruda, Çeçen bölgesindeki güvenlik sorununu çözmek amacıyla başvurucu ile kardeşinin pasta üretim tesisinin de bulunduğu arazisinin, güvenlik güçleri tarafından işgal edilmesi ve bu dönemde bina ile tesise verilen zararın tazminine dair yargısal sürecin akim kalması görüşülmüştür. Mahkeme, takdirin ulusal makamlara ait olduğunu vurguladıktan sonra, olayda, resmi makamların işgali ve zararı teyit eden imzalı belgelerinin, sırf “tarihsiz olduğu gerekçesiyle” delil olarak kabul edilmemesi ve davanın reddini, “açık keyfilik

¹¹² Bir kararda, “Anayasa’da yer alan hak ve özgürlükler ihlal edilmediği sürece derece mahkemelerinin kararlarındaki kanunun yorumuna ya da maddi veya hukuki hatalara dair hususlar bireysel başvuru incelemesinde ele alınamaz. Tutukluluk konusundaki kanun hükümlerinin yorumu ve somut olaylara uygulanması da derece mahkemelerinin takdir yetkisi kapsamındadır. Ancak kanun veya Anayasa’ya bariz şekilde aykırı yorumlar ile delillerin takdirinde bariz takdir hatası veya açık keyfilik halinde hak ve özgürlük ihlaline sebebiyet veren bu tür kararların bireysel başvuruda incelenmesi gerekir...” diyerek bu hususu tutukluluk açısından da vurgulamıştır (Özgür Görmez Başvurusu, §42; Tahir Atlı Başvurusu, 2014/9774, 21.09.2017, §19-25). Aynı yönde bkz. İrfan Aslan Başvurusu, 2013/1782, 17.07.2014, §40-45; Sadettin Pahsa ve Bedri Orundaş Başvurusu, 2013/736, 03.04.2014, §37 vd; Ömer Üğdül Başvurusu, 2013/2056, 03.04.2014, §36-40.

¹¹³ Özgür Görmez Başvurusu, §42 vd.

¹¹⁴ Abdullah Akyüz Başvurusu, §22.

ve değerlendirme hatası” olarak görmüştür¹¹⁵. Rusya’da cereyan eden bir başka olayda ise, Navalnyye adlı yolsuzluk karşıtı aktivistle ilgili dolandırıcılık suçundan çeşitli davalar açılmıştır. Birinci davada, başvuru Navalnyye’nin aracılığı ile kereste ticareti konusunda VLK şirketi ile sözleşme yapan X, dolandırıcılık nedeniyle seri muhakeme usulünden faydalanmış ve dosyası Navalnyye’nin dosyasından ayrılarak sonuca bağlanmıştır. Başvurucunun ısrarlarına rağmen, X’in dosyası kendi dosyası ile birleştirilmemiş ve yargılama sonucunda X’in dosyasında verilen hüküm, Navalnyye ve diğer başvuru dosyası bakımından tartışılmaksızın delil olarak kabul edilmiş ve haklarında mahkûmiyet kararı verilerek ertelenmiştir. AİHM bu dosya açısından, hem yargılamanın genelinde ortaya çıkan “Navalnyye’nin savcı ve bazı devlet yöneticileri hakkındaki yolsuzluk iddiaları sonrasında soruşturma başlatılması gibi” adil yargılamayı olumsuz etkileyecek şüpheli durumların varlığını hem de başvuru “faaliyetlerinin borçlar kanununa göre normal bir ticari faaliyet olduğunu” iddia ettikleri halde, bu iddiaların hiç tartışılmadan, diğer dosyadaki kesin hükmün delil olarak kullanılmasını “açık ve bariz takdir hatası” olarak görmüştür. İkinci başvuruda ise, yine Navalnyye isimli aktivist, Rusya Ceza Kanunu’nun dolandırıcılık suçunu düzenleyen maddesindeki “akdi yükümlülükler aykırı davranarak (non-compliance with contractual obligations)” şeklindeki bağlı hareketin, borçlar hukuku açısından araştırılmadan var olduğuna karar verilmesi, açık keyfilik olarak görülmüştür. Ayrıca başvuru, karşı tarafın zarara uğramadığı iddiası da dinlenmemiştir¹¹⁶.

2. Bir Örnek Karar Üzerinden Açık Keyfilik ve Bariz Takdir Hatasının Tespitinin Zorluğu Sorunu

Olayın gelişimi: Alper Kurtuldu başvurusunda, başvuru teyzesinin oğlu olan sanık, başvurucuya ait kimlik bilgilerini kullanarak 12 defa farklı suç işlemiştir. Bunun sonucunda uyuşturucu, hırsızlık ve cinsel istismar gibi suçlar nedeniyle başvuru itibarını, işini ve nişanlığını kaybettiği, tutuklama, gözaltı ve ifade verme başta olmak üzere uzun süre bu yaftalamalardan kurtulmak için mücadele ettiği iddia edilmiştir. Gerçekten de, olayda mahkeme

¹¹⁵ Khamidov v. Russia, §170-175. Mahkemeye göre, ulusal mahkemelerin kararındaki bariz hata (mantığa aykırılık) şaşkınlık verici ve hemen fark edilebilecek niteliktedir. Ayrıca ulusal mahkemeler, başvurucuya başarı şansı tanımayan katı bir ispat külfeti getirmiştir (Khamidov v. Russia, §174).

¹¹⁶ Navalnyy and Ofitserov v. Russia, 46632/13-28671/14, 23.02.2016, §96-120; Navalnyye v. Russia, 101/15, 17.10.2017, §74-85.

kararı ile dolandırıcılık ve sahtecilik suçlarının işlendiği sabittir¹¹⁷.

Mahkeme çoğunluğunun iddiaları tasnifi: Çoğunluk kararında, başvuruçunun, kimlik bilgilerinin gerçeğe aykırı bir şekilde kullanılarak mağdur olması ve bu durumun 12 defa tekrarlanmasına rağmen kolluk kuvvetleri ve adli personel tarafından tespit edilemediği, bunda Adalet Bakanlığı'nın da kusuru olduğu noktasındaki iddiası değerlendirilmiştir. Başvuruçucu, önceki aşamalarda idare mahkemesine dava açmış ve mahkeme, hâkim ve savcıların Adalet Bakanlığı'na bağlı olmaması ve açık bir kusurun bulunmaması nedeniyle tazminat istemini reddetmiştir. AYM çoğunluğu da, yerel mahkemenin kuralı ve olayı değerlendirmesine yönelik iddiaların “açık keyfilik ve bariz takdir hatası” içermediği gerekçesine dayanarak iddiaları, açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur¹¹⁸.

Karşı oy yazan iki üyenin iddiaları değerlendirmesi: Muhalif üyeler, olaydaki başvuruçunun iddialarının adil yargılanma hakkının içeriğine değil, yine bir usulî adil yargılanma ilkesi olan “hakkaniyete uygun yargılanma” ve bu bağlamda gerekçeli karar hakkına dair olduğunu savunmuşlardır. Buna göre, idare mahkemesi tarafından tazminat talebinin reddedilmesi, yargılamanın sonucunun adil olmadığına yönelik bir iddia değil, derece mahkemesinin gerekçesiz ve yeterli inceleme yapmadan istemi reddetmesine yani gerekçeli karar hakkına dairdir¹¹⁹.

Kanaatimizce, kararda değerlendirilmesi gereken iki ana mesele vardır. Birincisi, hakkaniyete uygun yargılanma hakkının, adil yargılanma

¹¹⁷ Alper Kurtuldu Başvurusu, §1-16.

¹¹⁸ Alper Kurtuldu Başvurusu, §38-49. Bkz. aynı yönde başka başvuruda, çoğunluk, gerekçeli karar hakkının ihlaline karar vermiş, fakat muhalif üyeler açık keyfilik ve bariz takdir hatasının olmadığı gerekçesiyle buna katılmamışlardır (Erol Eşrefoğlu ve Hüseyin Kayapalı Başvurusu, 2015/964, 12.06.2018, §55-67). Bir başka kararda ise, çoğunluk “*idare mahkemesinin dava miktarını ve istenen faizi kabul ederek davacı lehine karar verdiği halde davacının ıslah talebinin temyiz aşamasında kabul edilmemesi ve idare mahkemesinin zararı nasıl hesapladığını gerekçede göstermemesi*” nedeniyle gerekçeli karar hakkının ihlaline karar vermiştir. Muhalif üye Yıldız Seferinoğlu ise, bu durumun açık keyfilik ve bariz takdir hatası teşkil etmediğini ve davacının bütün talepleri kabul edildiği halde hâkimi her davada bilirkişi raporu almaya zorlamanın kanun yolu ile ilgili olduğunu iddia etmiştir (Celal Çetin Başvurusu, 2017/26301, 15.09.2020, §36-49. Bkz. Aynı yönde Bayram Özkaptanoğlu Başvurusu, 2013/1015, 08.04.2015, §9-52).

¹¹⁹ Alper Kurtuldu Başvurusu, Hicabi Dursun ve Hasan Tahsin Gökcan'ın karşıoyu; Erol Eşrefoğlu ve Hüseyin Kayapalı Başvurusu, M. Emin Kuz'un Karşıoy gerekçesi; Celal Çetin Başvurusu, Yıldız Seferinoğlu'nun Karşıoy gerekçesi; Bayram Özkaptanoğlu Başvurusu, karşıoy gerekçeleri.

hakkının salt usulî yönü yanında maddi yönünü de kapsayıp kapsamadığıdır. İkincisi ise, gerekçeli karar hakkı bağlamında “taleplerin değerlendirilmeden geçilmemesi” ilkesi ile yargılamanın sonucunun adilliği sorunun birbirinden ayrıştırılmasıdır. Birinci soruna cevaben, hakkaniyete uygun yargılamanın hem usulî hem de maddi yönünün olduğu söylenebilir. Zira, silahların eşitliği gibi durumlarda usulî bir ilke tarafların hakkaniyete uygun bir yarış içinde olmasını sağlarken¹²⁰, sonucun adilliği de maddi anlamda hakkaniyet ve adaletle ilgilidir. İkincisi, bazı taleplerin değerlendirilmemesi veya gerekçesiz bir şekilde reddedilmesinin “hakkaniyetin usulî ve maddi yönüyle ilgisi” bağlamında, gerekçeli karar hakkının sadece adil yargılanma hakkının usulî yönüyle ilgili olduğunu söylemek daha doğrudur. Zira, bu ilke maddi bir ilke ise, buna dair ihlal iddialarını denetlemek, ki AYM birçok kararında bu denetimi yapmaktadır, maddi adalete ve yargılamanın sonucuna dair bir inceleme olur. Böyle bir inceleme ise, ikincilik ilkesine aykırılık teşkil eder.

IV. DEĞERLENDİRMELERİMİZ

Genel olarak adil yargılanma hakkı özel olarak da birçok adil yargılanma alt ilkesi açısından “ölçülülük” ilkesi denetimi pek uygun düşmemektedir. Diğer bir deyişle, çoğunlukla kamu yararı veya başka bir yararı ile çatışan bir hakkın dengelenmesi söz konusu değildir. Aleni yargılanma hakkının başkasının özel hayatı ile çatışması gibi istisnai hallerde mahkemelerin çatışan yararlar arasında makul bir denge kurmaya çalışması ve ölçülülük denetimi yapması olağandır. Fakat gerekçeli karar ve makul sürede yargılanma hakkı gibi bazı hakların denetiminde zorunlu olarak hukukilik denetimine kayan, hâkimin kuralı yorumlaması, olaya uygulaması ve delilleri değerlendirmesi gibi hususlara girilebilmektedir. Bu nedenle, “ölçülülük” yerine “açık keyfilik ve bariz takdir hatası” gibi bir sınır çizerek, bu kriter üzerinden denetim yapılmaya çalışılmaktadır. Mahkeme tarafından uygulanan bu metodolojiyi kabul edilebilirlik ve esas denetimi açısından üç aşamaya ayırmak daha faydalı olabilir. Birincisi, kabul edilebilirlik aşamasında yargılamanın bütününde “göze batan, vicdanı aşırı derece rahatsız eden, adalet duygusunu sarsan” bir hukuki/usulî veya maddi hata varsa, bu aşamada kabul edilebilirlik kararı verilmekte ve esasa geçilmektedir. İkincisi, esas incelemesi içerisinde kabul edilebilirlik aşamasındaki ilk intiba veya görüntünün, daha ayrıntılı bir inceleme sonucunda hakikaten bir hakkın ihlalini doğuran ve esas etkileyecek derecede ağır bir aykırılık/hata olduğu tespit edilirse, “ihlal” kararı verilmektedir. Yoksa ihlalin

¹²⁰ Üstündağ, s.411.

olmadığına hükmedilmektedir. Üçüncüsü, kabul edilebilirlik incelemesinde, ilk bakışta sezilen, bariz bir adaletsizlik ve usulsüzlük söz konusu değilse, basit hatalar “kanun yoluna ilişkin olarak” görülmekte ve açıkça dayanaktan yoksun görülerek kabul edilemez bulunmaktadır.

Bireysel başvuruda başvuru tarafından ileri sürülen ihlal iddiaları, adil yargılanma hakkına veya mülkiyet gibi başka bir maddi hakka yönelik olabilir. Eğer adil yargılanma hakkına dair ise, silahların eşitliği, makul sürede yargılanma hakkı ve gerekçeli karar hakkı gibi usulî alt ilkelerin ihlali iddiasını kapsayabilir. Maddi bir hakka dair ise, iddia çoğunlukla hakka yapılan müdahalenin hukuki veya ölçülü/dengeli olmadığı noktasında toplanabilmektedir. Acaba açık keyfilik ve bariz takdir hatası sözleşmenin koruma alanında olmayan haklar için bir telafi yöntemi midir? Daha somut bir örnek üzerinden hareket edersek, örneğin bir başvuruda başvuruçunun iş akdinin haksız bir şekilde feshedildiğine yönelik iddiaları, adil yargılanmanın usulî yönünü değil maddi yönünü oluşturmaktadır. Eğer derece mahkemeleri delilleri toplamış ve yeterli şekilde değerlendirmişse, AYM bu talebi açıkça dayanaktan yoksun ve kanun yoluna ilişkin görmektedir. Eğer başvuruçucu, esasa dair çalışma hakkının ihlal edildiği iddiasında bulunsaydı, elbette bu durumda AYM, sınırlandırmanın ölçülü ve hukuki olup olmadığını esas bakımından denetleyecekti. Fakat, şu an ki uygulamada, bu hak Sözleşme ile Anayasanın ortak koruma alanına girmediği için, konu bakımından kabul edilemezlik kararı verilmesi gerekmektedir¹²¹. Böyle bir durumda, eğer esasa dair aykırılık adaleti ve hakkaniyeti aşırı derecede zedeleyen “açık keyfilik veya bariz takdir hatası” niteliğindeyse, o zaman AYM geliştirmiş olduğu istisnai yöntemi kullanarak “adil yargılanma hakkının maddi yönünün” diğer bir deyişle, hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna vararak¹²², dolaylı bir şekilde çalışma hakkının ihlali iddiasını da istisnaen denetlemektedir.

Hem adil yargılanma hakkının maddi yönünün (yargılanmanın sonucunun adil olmadığı) ihlali iddiası hem de bu yargılamayla giderilemeyen maddi bir hak olan mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasının bulunduğu bir karar üzerinden

¹²¹ Nesrin Kılıç Başvurusu, §41-44.

¹²² Mahkeme kimi zaman aynı iddiaları “yargılanmanın sonucunun adil olmadığına dair iddialar” başlığı altında incelemiş kimi zaman ise “hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddia” başlığında incelemiştir (Mehmet Şirin Çelik Başvurusu, 2013/9215, 30.03.2016, §41-53). Fakat, sonuçta çoğunlukla hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediğini tespit etmiştir. Bazen ise alt ilkeye değinmeden, genel olarak adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine veya kabul edilemezliğe karar vermiştir.

inceleme yaparak konuya açıklık getirmek daha faydalı olabilir. *Tülay Şahin başvurusu* gibi birçok başvuruda, başvuru, taşınmazın kamulaştırılması sonrasında ödenen bedele faiz işletilmediği ve taşınmazın bedelinin olması gerekenden daha az hesaplandığı iddialarına dayanarak, adil yargılanma hakkı ile mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir¹²³. Somut olarak bu başvuruda, öncelikle adil yargılanma hakkının maddi yönüne dair iddialar değerlendirilmiş ve bu iddialar yargılamanın sonucuna yönelik kanun yolunda gözetilmesi gereken talepler olduğu için kabul edilemez bulunmuştur. Bu doğrultuda başvuru, yargılamanın sonucuna dair görülen iddiaları şu şekilde özetlenebilir: *Bedelin tespiti, emsallerine göre az olduğu, binanın ve malzemenin kalitesi ve ulaşım olanakları gibi etkenleri nazara almaksızın tespit yapıldığı*. AYM ise değerlendirmesi sonucunda, keşif ve bilirkişi gibi araçlarla bedel tespiti yapıldığı ve olağan sürecin takip edildiği kanaatine varmış, bedelin az veya çok tespit edildiğine dair bu gibi iddiaların “kanun yolunda gözetilmesi gereken ve hâkimin takdirine giren” meseleler olduğu sonucuna varmıştır¹²⁴. Mülkiyet hakkının ihlali iddiasında ise başvuru, tespit edilen bedele faiz işletilmemesinin ihlal teşkil ettiğini iddia etmiş, AYM de yaptığı değerlendirme sonucunda bedele faiz işletilmemesinin, bireysel hak ile kamusal menfaat arasındaki dengeyi bozduğu sonucuna varmıştır¹²⁵. Burada en önemli soru, bedel tespiti hâkimin takdirinde ve adil yargılanma hakkının maddi yönüne dair bir iddia olarak görüldüğü halde, bedele faiz uygulanmamasının niçin mülkiyet hakkının ihlali ile ilgili görüldüğüdür. Olayda hiç bedel tespiti yapılmıyorsa, yani taşınmaz ücretsiz bir şekilde kamulaştırılıyorsa¹²⁶, bu durumda “açık keyfilik mi” olacaktı yoksa mülkiyet hakkının orantısız sınırlandırılması mı olacaktı? Ya da faiz takdir edilmesine rağmen kanuni faizden daha düşük taktir edilseydi, bu durum, hâkimin olağan takdirine dahil bir durum mu olacaktı? Kanaatimizce, bu soruların cevabı AYM’nin bireysel başvurudaki iddiaları hangi kriterlere göre adil yargılanma hakkı veya mülkiyet hakkı gibi maddi bir hak kapsamında değerlendirdiğine bağlıdır. Bu ise kararlardan anlaşılmamaktadır. Hatta bir kararda mülkiyet hakkının usulî gereği kapsamında incelenen bir iddia, bir başka kararda adil yargılanma hakkı kapsamında incelenebilmektedir.

¹²³ Tülay Şahin Başvurusu, §21 vd.

¹²⁴ Tülay Şahin Başvurusu, §22-30.

¹²⁵ Tülay Şahin Başvurusu, §32-51.

¹²⁶ Bkz. bedel ödenmeden kamuya tahsis edilen taşınmazından tahliye edilen başvuru, mülkiyet hakkının ihlal edildiği noktasında (Ayşe Öztürk Başvurusu, 2013/6670, 10.06.2015, §111-112).

SONUÇ

AYM bireysel başvuru kararlarında, derece mahkemelerinin kuralı yorumlaması ve olayı değerlendirmesi mahiyetindeki işlemlerinin kanun yolunda incelenmesi gerektiğini ve bireysel başvuruya konu olamayacağını belirtmek amacıyla şu cümleyi tekrarlamaktadır: “*Anayasada yer alan hak ve özgürlükler ihlal edilmediği sürece ya da açıkça keyfilik içermedikçe derece mahkemelerinin kararlarındaki maddi ve hukuki hatalar bireysel başvuru incelemesinde ele alınamaz*”¹²⁷. Bu ifadeden hareketle ikili bir ayrıma gidilebilir. Birincisi, derece mahkemelerinin işlemlerinin, esasa dair ve AYM’nin denetim yetkisine giren bir hakkı ihlal etmesi durumudur. Mahkeme bu gibi durumlarda, ilgili hakkın ihlal edilip edilmediğini o hakka dair kriterlere göre denetleyip sonuca varmaktadır. İkincisi, adil yargılanma hakkının ihlalidir. Adil yargılanma hakkının ihlali, silahların eşitliği, makul süre ve gerekçeli karar gibi usulî yön ve kararın sonucunun ve içeriğinin adillliğini ifade eden maddi yön olmak üzere ikiye ayrılır. Usulî yön bakımından AYM çeşitli adil yargılanma hakkı ilkeleri için de belirli oranda da olsa “açık keyfilik ve bariz takdir hatası” aramaktadır. Eğer başvuru talepleri, bizim maddi yön olarak adlandırdığımız “hâkimin bir kuralı yorumlaması ve olaya uygulaması veya genel olarak yargılamanın haklılığı ile ilgili ise”, daha yüksek bir açık keyfilik ve bariz takdir hatasının varlığını şart koşmaktadır. Söz konusu usulî ilkeler kapsamında başvuru tarafından ileri sürülen bazı iddialar, hâkimin verdiği kararın içeriğinin adillliği ile ilgili ise, bunu usulî adil yargılanma açısından değil mahkemenin yaptığı gibi hakkaniyete uygun yargılanma veya kararın sonucunun adil olup olmadığı başlığı altında yapmak daha uygundur. Fakat kimi zaman hukuki güvenlik veya hukuki belirlilik gibi başlıklar da açılarak adil yargılamaya dair maddi denetim yapılmıştır. Bu durum, yöntem açısından bir belirsizlik ve istikrasızlık doğurmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin, bir kararın kabul edilebilirlik aşamasında “açık keyfilik ve bariz takdir hatası” olmadığı gerekçesiyle açıkça dayanaktan yoksun ve kabul edilemez olduğuna karar verip, bir sonraki başlıkta “gerekçeli karar hakkının” veya “mahkemeye erişim hakkının ihlaline” karar vermesi, kanaatimizce pek isabetli değildir. Zira, “açık keyfilik ve bariz takdir hatası” kavramları, alelade bir hukuki hatayı ifade etmemektedir. Diğer bir deyişle, böyle bir hatanın olmadığına tescil edildiği bir mahkeme kararında, sonradan adil yargılanma veya başka bir hakkın ihlaline karar verilmesi bir

¹²⁷ Necati Gündüz ve Recep Gündüz Başvurusu, §26.

imtizaçsızlık oluşturmaktadır. Bu nedenle, Mahkemenin gelişigüzel bir şekilde “açık keyfilik ve bariz takdir hatası” kavramını kullanmaması, bunun yerine mümkün olduğu kadar “kanun yolunda ileri sürülmesi gereken iddialar” gibi sebepleri kullanarak “kabul edilemezlik” kararı vermesi daha yerindedir. Ancak, elbette esasa/kararın içeriğine ve sonucuna dair ihlal iddiası, diğer bir maddi hakkın ihlalini içermiyorsa ve ölçülülük denetimine tabi olmuyorsa, o zaman “açık keyfilik ve bariz takdir hatası” nedeniyle hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlaline karar verilebilmelidir. Dahası, “kanun yolunda ileri sürülmesi gereken iddialar” olduğu için kabul edilemezlik kararı vermek de, adil yargılanma hakkına dair ilkelerin neredeyse kanun yolunda ileri sürülebilecek bütün iddiaları taşıdığını düşündüğümüzde, her zaman elverişli değildir.

Eğer açıkça dayanaktan yoksunluk sadece iş yükünü azaltmaya yönelik ise, keyfi bir şekilde önemli ve önemsiz başvuru ayırımı yapmaya yarayan bir araçtan başka bir şey değildir. Bunun yanında, bu aşama ikincilliği sağlayarak kanun yolu başvurularını incelememek için ise, buna ilişkin daha öngörülebilir ve istikrarlı kriterler geliştirmek gerekmektedir. Zira, Mahkemenin kararlarında, adil yargılanmanın usulî yönü ile maddi yönü arasında bir ayırım yapmadan, kimi zaman çelişkili olacak şekilde “kanun yolu denetimi, açık keyfilik ve bariz takdir” ifadeleri kullanılmaktadır.

Eğer, hem usule hem de esasa dair adil yargılanma hakkının ihlalinde “açık keyfilik ve bariz takdir hatası” şartı aranacaksa, bu denetim, adil yargılanma hakkından ziyade, açık keyfilik ve bariz takdir hatası denetimi haline dönüşmektedir. Diğer yandan, açık keyfilik ve bariz takdir hatası, kural olarak sadece kabul edilebilirlik aşamasına dair bir husustur, fakat AYM uygulamasında esasa dair bir husus olarak da görülmekte ve ihlale dayanak tutulmaktadır. Hülasa, açık keyfilik ve bariz takdir hatası, ihtiyaç halinde kullanılan, kabul edilemezlik kararı vermek için bir anahtar görevi atfedilen muğlak ve belirsiz bir kavramdır denebilir. İlk bakışta, ihlalin afaki ve dayanaksız olduğu anlaşılıyorsa, daha fazla uğraşmadan bir eleme yapılarak şikayet açıkça dayanaktan yoksun addedilebilmektedir. Bazen AYM'nin tamamıyla usulî ve kalıplaşmış bir gerekçe olarak gereksiz bir yere “açık keyfilik ve bariz takdir hatasını” kullandığı kanaatine kapılmamak mümkün değildir. Hatta, temyiz mercilerinin dikkatini üzerine çekmemek ve süper mahkeme olduğu intibai uyandırmamak için de bunu yaptığı görüntüsü oluşmaktadır.

Son olarak, çalışmanın içindeki kararlar vasıtasıyla tespit ettiğimiz ilginç bir durum da, açık bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış

yorumlanmasından kaynaklanan açık keyfilik ve bariz takdir hatasının varlığı nedeniyle verilen ihlal kararlarının önemli bir kısmının AYİM kararlarından kaynaklanmasıdır. Bu durum söz konusu yargılama kolunun tam anlamıyla etkin bir iki dereceli denetime sahip olmamasından da kaynaklanmış olabilir.

KAYNAKÇA

Akil C, İstinaf Kavramı, Yetkin Yayınevi 2010.

Aktepe-Artık S, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, Seçkin Yayınevi 2014.

Alangoya Y, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, Fakülteler Matbaası 1979.

Algan B, “Bireysel Başvurularda Açıkça Dayanaktan Yoksunluk Kriterinin Anayasa Mahkemesi Tarafından Yorumu ve Uygulanması”, 2014, 63(2), Ankara ÜHFD, s.247-284.

Anayurt Ö, “Adil Yargılanma İlkesi Olarak Masumiyet Karinesi”, iç. Av. Dr. Şükrü Alpaslan Armağanı, İstanbul Barosu Yayını 2007, s.173-228.

Arnardóttir O. M, “Rethinking the Two Margins of Appreciation”, 2016, 12(1), European Constitutional Law Review, s.27-53.

Belge K, İdari Yargı Yönüyle Adil Yargılanma Hakkı, On Dokuz Mayıs ÜSBE, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2019.

Bolayır N, Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü, Vedat Kitapçılık 2014.

Bolayır N, Medeni Usul Hukukunda Hâkimin Hukuku Re’sen Uygulaması, On İki Levha 2019.

Brems E, “Positive Subsidiarity and Its Implications for the Margin of Appreciation Doctrine”, 2019, 37(3), Netherlands Quarterly of Human Rights, s.210-227.

Budak A. C/Karaaslan V, Medeni Usul Hukuku, Adalet Yayınevi 2017.

Döner A/Çelik Y, “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru İnceleme Aşamaları, Ortaya Çıkan Sorunlar ve Sonuçlar”, 2016, 9(1), Erzincan

ÜSBED, s.275-294.

Ekinci A, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolunda Adil Yargılanma Hakkı, GÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2015.

Erdoğan M, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu, Lykeion Yayınevi 2019.

Eren A, Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere, Beta Yayınevi 2004.

Gedik D, “Ceza Muhakemesinde Hâkimin Delilleri Değerlendirme Serbestliği (CMK. m. 217)”, 2019, 21(Özel Sayı), Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, Dokuz Eylül ÜHFD, s.913-963.

Gökcan H. T, “Bireysel Başvuruda İkincilik İlkesi ve Denetim Yetkisinin Sınırları Sorunu”, 2018, 135, TBB Dergisi, s.9-76.

Göztepe E, Anayasa Şikayeti, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını 1998.

Gülener S, “Mukayeseli İnsan Hakları Hukukunda Temyiz Mercii Şikâyetlerinin İstisnai Bir Alanı Olarak Keyfilik Kriteri”, iç. Musa Sağlam, Serdar Gülener, Recep Kaplan (Editörler), Bireysel Başvuru İncelemeleri I, AYM Yayını 2013, s.53-83.

Güveyi N, Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Aşaması, On İki Levha Yayınevi 2015.

Gross R, Rethinking Article 6: The Criminal Fair Trial Rights Case Law of The European Court of Human Rights, Lincoln College, University of Oxford, PhD Thesis, 2012.

Hardy G. W. Jr, “Forum Juridicum: The Manifest Error Rule”, 1961, 21(4), Louisiana Law Review, s.749-754.

Hart H. L. A, The Concept of Law, Oxford University Press 1994.

Hughes K, “Balancing Rights and the Margin of Appreciation: Article 10, Breach of Confidence and Success Fees”, 2011, 3(1), Journal of Media Law, s.29-48.

Huijbers L. M, “The European Court of Human Rights’ Procedural Approach in the Age of Subsidiarity”, 2017, 6(2), Cambridge International Law

Journal, s.177-201.

İnceoğlu S, Adil Yargılanma Hakkı, El Kitapları Serisi-4, AYM Yayını 2018.

Kanadoğlu K, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, On İki Levha Yayınevi 2015.

Kaplan G, İdari Yargılama Hukuku, Ekin Kitabevi 2018.

Karaman E, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu, On İki Levha Yayınevi 2013.

Karslı A, Medeni Muhakeme Hukuku, Filiz Kitabevi 2020.

Köküsarı İ, Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi, Adalet Yayınevi 2015.

Krasnostein S/Freiberg A, “Manifest Error: Grounds for Review?”, 2012, 36(1), Australian Bar Review, s.1-20.

Kuijter M, “The Right to a Fair Trial and the Council of Europe’s Efforts to Ensure Effective Remedies on a Domestic Level for Excessively Lengthy Proceedings”, 2013, 13(4), Human Rights Law Review, s.777-794.

Küçük S, “Açıkça Dayanaktan Yoksunluk”, Hüseyin Turan/Recep Kaplan (Editörler), iç. Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri, AYM Yayını, Kalkan Matbaacılık 2015.

Letsas G, “Two Concepts of the Margin of Appreciation”, 2006, 26(4), Oxford Journal of Legal Studies, s.705-732.

Mellinghof R, “Federal Almanya Cumhuriyeti’nde Anayasa Şikayeti”, 2009, 26, Anayasa Yargısı, s.31-44.

Nangle J. F, “The Ever Widening Scope of Fact Review in Federal Appellate Courts-Is the Clearly Erroneous Rule Being Avoided?”, 1981, 59(2), Washington University Law Review, s.409-429.

Oder B. E, “Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri Başlıklı Oturum Konuşması”, 2018, 35, Anayasa Yargısı, s.15-22.

Özbay İ, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi, Seçkin Yayınevi 2013.

Özekes M, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Yetkin

Yayınevi 2003.

Özen M, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi 2017.

Öztürk B/Tezcan D/Erdem M. R/Sırma Gezer Ö/Saygılar Kırıt F/Alan Akcan E/Özaydın Ö/Erden Tütüncü E, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi 2017.

Schilken E, “Medeni Yargılamada Hâkimin Rolü” (Çeviren: Nevhis Deren Yıldırım), iç. (Derleyen: Kamil Yıldırım), İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, Alkım Yayınevi 2002.

Settem O. J, Applications of the ‘Fair Hearing’ Norm in ECHR Article 6(1) to Civil Proceedings with Special Emphasis on the Balance Between Procedural Safeguards and Efficiency, Springer 2016.

Şahin C/Göktürk N, Ceza Muhakemesi Hukuku II, Seçkin Yayınevi 2012.

Şeker H, Medeni Hak ve Yükümlülüklerle İlişkin Davalarda Süreç Adaleti (Usul Hukuku ve İstinaf Yorumu), Beta Yayınevi 2018.

Şimşek M, Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuruda Olağan Başvuru Yollarının Tüketilmesi Kriteri ve İstisnaları, İÜSBE, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2019.

Şirin T, “Üçüncü Yılında Bir Bilanço: Türkiye Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) Usulünün ve Kararlarının Değerlendirilmesi”, <http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Tolga_Airin_333_1.pdf>, Erişim Tarihi 15 Ocak 2021.

Türkoğlu-Üstün K, İdari Yargılama Usulüne Hakim Olan İlkeler, Seçkin Yayınevi 2019.

Üstündağ S, Medeni Usul Hukuku, C. I, Yetkin Yayınları 2018.

Voorhoof D, “Freedom of Expression versus Privacy and the Right to Reputation How to Preserve Public Interest Journalism”, in. Stijn Smet/ Eva Brems (Editors), When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights: Conflict or Harmony, Oxford University Press 2017.

Yasin M, İdari Yargılama Usulünde İspat, On İki Levha Yayınevi 2015.

Yıldırım M. K, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, Kazancı Yayınevi 1990.

Yılmaz E, Medeni Yargılama Hukukunda Islah, Yetkin Yayınevi 2013.

Yılmaz N, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarıyla Ortaya Çıkan Adil Yargılanma Hakkı Kriterlerinin Türk İdari Yargılama Hukuku Açısından Muhtemel ve Gerçekleşen Etkileri, İÜSBE, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2015.

