

Yüksel Yalçınkaya/Türkiye: AİHM Tarihinin En Büyük Buzdağı

Kerem Altıparmak
&
Ali Rıza Çoban

<http://insanhaklariokulu.org/calisma-metinleri/>

Yüksel Yalçınkaya/Türkiye: AİHM Tarihinin En Büyük Buzdağı

Kerem Altıparmak* - Ali Rıza Çoban**

I. Giriş

A. Türkiye ve AİHS

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) zorunlu yargı yetkisini tanıdığı 27 Eylül 1989 tarihinden bu yana Türkiye'nin en önemli hukuki ve politik sorunlarının çözüm mercilerinden biri Strazburg Mahkemesi olmuştur.¹ Sorun sadece Türkiye'den AİHM'e çok sayıda başvuru yapılması değildir. Aynı zamanda Türkiye'nin yapısal ve ulusal düzlemde çözülemeyen sorunları AİHM önüne taşınmaktadır.² 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile Anayasa Mahkemesi'ne (AYM) bireysel başvuru yolunun açılması sonrasında 23 Eylül 2012 tarihinden itibaren AYM'ye bireysel başvuru yapılması mümkün hale gelmiştir.³ Anayasa değişikliğinin gerekçesinde şu ifadeler yer verilmiştir:

“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, iç hukuk yollarının tüketilmiş olup olmadığını araştırırken, ilgili ülkede bireysel başvuru kurumunun bulunup bulunmadığını da dikkate almakta ve bunu hak ihlallerinin ortadan kaldırılmasında etkili bir hukuk yolu saymaktadır. **Bu nedenle, bireysel başvuru müessesesinin getirilmesiyle, hak ihlallerine maruz kaldığını iddia edenlerin önemli bir bölümünün bireysel başvuru aşamasında, başka bir ifadeyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine gitmeden önce,** tatmin edilebilmesinin mümkün olabileceği ve böylece Türkiye aleyhine açılacak dava ve verilecek ihlâl kararlarında azalma olacağı değerlendirilmektedir.”⁴

* Avukat Dr., Ankara Barosu

** Avukat Doç. Dr., Ankara Barosu

¹ 1959-2020 arasında AİHM tarafından verilen 19739 ihlâl kararının 3309 tanesi Türkiye aleyhinedir, toplam kararların %15.99'u Türkiye hakkındadır ve Türkiye ihlâl kategorisinde birinci durumdadır. ECHR (2021), Overview 1959-2020, (Strasbourg: Council of Europe), s. 9.

² Bkz. aşağıda paragraf 6'da bahsedilen öncü davalar konusu.

³ 30/3/2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un geçici 1. maddesinin (8) numaralı fıkrasında yer alan “Mahkeme, 23/9/2012 tarihinden sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılacak bireysel başvuruları inceler.” şeklindeki düzenleme uyarınca.

⁴ Anayasa Mahkemesi (2021), Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli), Hazırlayanlar: Yunus Emre Yılmazoğlu ve İsmail Emrah Perdecioğlu, (Ankara: AYM) s. 922.

AİHM'in, AYM'ye bireysel başvuru yolunu tüketilmesi zorunlu bir iç hukuk yolu olarak tanınmasıyla⁵ dönemselsel olarak AİHM'in önüne Türkiye'den yapılan başvurularda kısmi bir azalma olmuştur. Ancak hem Türkiye'nin yapısal insan hakları sorunlarının süreklilik göstermesi hem AYM'nin ve diğer yargı mercilerinin kritik konularda AİHM içtihadıyla uyumlu karar verememesi hem de Türkiye'nin özellikle 15 Temmuz 2016 tarihindeki darbe girişimi sonrasında giderek kötüleşen insan hakları koşulları, Türkiye'den Strazburg'a yapılan başvurularda AYM öncesindeki dönemdeki sayıların bile aşılmasına neden olmuştur.⁶

Türkiye'den AİHM'e yapılan başvuruların sayısındaki sürekli artışa ilişkin hukuki ve politik birçok nedenden bahsedilebilir. Şüphesiz bu nedenlerin başında insan haklarının korunması yönünde bir siyasi iradenin yokluğu gelmektedir. Hukuki açıdan bakıldığında ise öncelikli nedenin AİHM kararlarının gereğinin ulusal hukukta yerine getirilmemesi olduğu saptanabilmektedir.

B. AİHM Kararlarının İcrası

Aksi yönde iddiaların varlığına⁷ rağmen Türkiye'nin AİHM kararlarının icrası konusunda da ciddi sistematik sorunları bulunduğu görülebilmektedir. Esasen AİHM önündeki çok sayıdaki davanın bu olgudan bağımsız düşünülmesi de mümkün değildir. Türkiye yapısal insan hakları sorunlarını AİHM kararlarına rağmen çözmekte, bu durum da aynı nitelikteki kopya davaların tekrar tekrar Strazburg'a gitmesine neden olmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 46. maddesi uyarınca AİHM kararlarının uygulanmasının izlenmesi Bakanlar Komitesi'nin görevidir. Bakanlar Komitesi kararların izlenmesini kararın sistemik/yapısal bir sorunun öncü davası olmasına göre öncü (*leading*) ve

⁵ Hasan Uzun/Türkiye, no. 10755/13, 30.4.2013.

⁶ 30 Nisan 2024 tarihi itibarıyla AİHM önünde derdest olan 65500 başvurunun 23950 tanesini Türkiye aleyhinedir. Bu sayı toplam başvuruların %36,6'sına tekabül etmektedir. Bkz: <https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/stats-pending-month-2024-bil>

⁷ Adalet Bakanı Yılmaz Tunç yakın tarihli bir açıklamasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarının Avrupa Konseyine üye ülkelerce icra edilme oranının ortalama yüzde 79 iken Türkiye'de bu oranın yüzde 90 olduğunu belirtmiş "Bu durum da temel haklar konusunda vatandaşımızın haklarını, Avrupa Konseyine üye ülkelerin ortalamasından daha fazla olacak şekilde koruduğumuzu açıkça ortaya koymaktadır" demiştir. Bu ifade genel olarak hükümetin temel iddiasını tekrar etmektedir. Bkz: <https://www.adalet.gov.tr/bakan-tunc-hakim-ve-savcilara-yonelik-insan-haklari-egitimi-programina-katildi>

tekrar/kopya (*repetitive*) dava olarak sınıflandırmaktadır.⁸ Kararların İnfazı Bölümünün verilerine göre Türkiye aleyhine 142 derdest öncü dava bulunmaktadır. Türkiye’den daha fazla izleme altında öncü davası olan tek devlet, Avrupa Konseyi’nden çıkarılan Rusya Federasyonu’dur. Bir başka deyişle mevcut üyeler arasında en fazla sistematik sorun nedeniyle öncü davası bulunan üye devlet Türkiye’dir. Bu davalar arasında 20 yıla yakındır uygulanmayı bekleyen örnekler de vardır.⁹ Nitekim, Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi (AKPM) İzleme Komitesi’nin 2549 Sayılı Raporunun ekinde yer alan Açıklayıcı Raporda Türkiye’nin kapanan öncü davalarının sadece % 63 olduğu ve bu kategoride Türkiye’nin 47 üye devlet arasında 39. olduğu vurgulanmıştır.¹⁰ Gerek Türkiye’de gerekse Avrupa Konseyi’nin genelinde AİHM kararlarının icrası konusu yeni tanınan bir konudur. Türkiye’de bu konunun tartışmaya açılmasının asli sebebi de AİHM’in önce Osman Kavala’nın¹¹ daha sonra da Selahattin Demirtaş¹² ve Figen Yüksekdağ’ın¹³ derhal serbest bırakılması yönünde bireysel önlem içeren kararlarının uygulanmamasıdır. Kararların uygulanmaması Avrupa Konseyi ile Türkiye arasında krize yol açmış, Kavala kararının uygulanmaması Avrupa Konseyi tarihinde ikinci kez ihlal prosedürünün uygulanmasına neden olmuş ve AİHM Büyük Dairesi, Türkiye’nin Kavala/Türkiye Daire kararını uygulamayarak Sözleşme’nin 46 § 1 maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir.¹⁴

Bununla birlikte, kararların icrası salt bireysel önlemlerin yerine getirilmemesi nedeniyle soruna neden olmamaktadır. Bakanlar Komitesi önünde derdest olan, yani AİHM kararının

⁸ Bu konuda ayrıntılar için bkz. Kerem Altıparmak (2023), Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve İzlenmesi, (İstanbul: Onikilevha), s. 113; Serkan Cengiz (2023) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İcrası, (İstanbul: Seçkin), s. 233.

⁹ Toplantı ve gösteri yürüyüşüne ilişkin 05.12.2006 tarihli Oya Ataman kararı (no. 74552/01); Cumhurbaşkanına hakarete ilişkin 26.6.2007 tarihli Artun ve Güvener kararı (no. 75510/01); Vicdani redde ilişkin 24.01.2006 tarihli Ülke kararı (39437/98); yaşam hakkına ilişkin 03.06.2004 tarihli Batı ve Diğerleri kararı (33097/96). Bu ve diğer benzer örnekler için Komite’nin arama motoruna bakılabilir: [https://hudoc.exec.coe.int/eng#{%22execdocumenttypecollection%22:\[%22CEC%22\]}](https://hudoc.exec.coe.int/eng#{%22execdocumenttypecollection%22:[%22CEC%22]})

¹⁰ Committee on the Honouring of Obligations and Commitments by Member States of the Council of Europe (Monitoring Committee), Report No. 15618, “The honouring of obligations and commitments by Türkiye”, 26.09.2022, para. 48.

¹¹ AİHM Osman Kavala başvurusunun esasına ilişkin verdiği kararın hüküm fıkrasında “davalı Devlet’in başvuranın tutukluluğunun sona erdirilmesi ve bir an önce serbest bırakılması için Hükümet tarafından tüm önlemlerin alınması gerektiğine” hükmetmiştir. Kavala/Türkiye, no. 28749/18, 10.12.2019.

¹² Selahattin Demirtaş (2) kararında da hüküm fıkrasında “davalı Devletin başvuranın derhal serbest bırakılmasını sağlamak üzere gerekli tüm önlemleri almasına” karar verilmiştir. Selahattin Demirtaş/Türkiye (No.2), no. 14305/17, 22.12.2020.

¹³ Yüksekdağ Şenoğlu ve Diğerleri/Türkiye kararının hüküm fıkrasında da “başvuranların tutukluluklarına son vermek amacıyla gereken tüm tedbirleri alma görevinin davalı Devlete düştüğüne” karar verilmiştir. Yüksekdağ Şenoğlu ve Diğerleri/Türkiye, no. 14332/17, 08.11.2022.

¹⁴ Kavala/Türkiye (Madde 46 Kapsamında Yargılama) [BD], no. 28749/18, 11.7.2022.

gereğinin yerine getirildiğine Bakanlar Komitesince henüz karar verilmeyen eski tarihli kararların önemli bir kısmında sorun genel önlemlerin yerine getirilmemiş olmasıdır.

AİHS'in 46. maddesi Bakanlar Komitesi'nin kararların infazını inceleme görevini ne şekilde yerine getireceğine dair bir açıklık içermemektedir. Bu eksikliği doldurmak üzere Bakanlar Komitesi, icra sürecinin ne şekilde gerçekleştirileceğini göstermek üzere güncellenen bir Kurallar bütünü hazırlamıştır.¹⁵ Bakanlar Komitesi Kuralları uyarınca AİHM tarafından verilen kararların icrasını Bakanlar Komitesi üç başlık altında incelemektedir:

- a. Mahkeme tarafından hükmedilen adil tatmin ve gerekiyorsa faizinin ödenmesi;
- b. Gerektiğinde ve Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın kararın yerine getirilmesi için zorunlu olan araçları seçme hususunda takdirini dikkate alarak:
 - i. İhlalin sona erdirilmesini güvenceye alan ve zarara uğrayan tarafın, mümkün olduğu ölçüde, Sözleşme'nin ihlalinin gerçekleşmesinden önceki aynı duruma koyulmasını sağlayan bireysel önlemlerin alınması;
 - ii. Bulunan ihlal veya ihlallere benzer yeni ihlalleri engelleyen veya devam eden ihlallere son veren genel önlemlerin alınması.¹⁶

Görüldüğü gibi Bakanlar Komitesi'nin tek görevi Kavala, Demirtaş ve Yüksekdağ kararlarında olduğu gibi sadece AİHM'in ilgili kararın hüküm fıkrasında öngördüğü bireysel önlemlerin ve adil tatminin yerine getirilmesini takip etmek değildir. Bulunan ihlal veya ihlallere benzer yeni ihlalleri engelleyen veya devam eden ihlallere son veren genel önlemlerin alınıp alınmadığını takip etmek Bakanlar Komitesi'nin görevleri arasındadır.

Yukarıda ifade etmeye çalıştığımız üzere halen Bakanlar Komitesi önünde infazı tamamlanmamış yüzü aşkın öncü dava vardır. Bu davaları takip eden çok sayıda da kopya dava mevcuttur. Bu davaların çoğunda hükümetin yerine getirmeyi ihmal ettiği ya da yerine getirmemekte ısrar ettiği önlemler benzer ihlallerin ortaya çıkmasını önleyecek genel nitelikli önlemlerdir. Bu kararların layığıyla yerine getirilmemesi Türkiye'nin Anayasa'da öngörülen insan haklarına saygılı hukuk devleti olma gereğini yerine getirmesini de imkânsız kılmaktadır.

¹⁵ Kararların ve Dostça Çözüm Hükümlerinin İnfazının İzlenmesine İlişkin Bakanlar Komitesi Kuralları. Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements, (Adopted by the Committee of Ministers on 10 May 2006 at the 964th meeting of the Ministers' Deputies). Kurallar 18 Ocak 2017 tarihinde kısmen değiştirilmiştir.

¹⁶ Kararlar, md. 6 (2).

C. En Büyük Öncü Dava: Yalçınkaya

Yukarıda aktarıldığı gibi Türkiye'nin parlak olmayan insan hakları karnesi, son dönemde uygulanmayan bireysel önlem kararlarıyla birleşince Avrupa Konseyi ile Türkiye arasındaki ilişki tarihin en gergin dönemlerinden birine ulaşmıştır. Ancak AİHM Büyük Dairesi'nin 26 Eylül 2023 tarihinde verdiği Yüksel Yalçınkaya kararının¹⁷ bu krizi bugünden de daha vahim bir noktaya taşıma ihtimali vardır. Yalçınkaya/Türkiye kararının gereklerinin yerine getirilmemesi bugüne kadar verilmiş öncü kararların tümünden daha ciddi bir uluslararası hukuk sorununa vücut verecektir. Yalçınkaya kararının gerektirdiği genel önlemlerin alınmaması Kavala ve Demirtaş bireysel önlemlerinin uygulanmaması kadar büyük ve hatta belki de bunu da aşacak bir krize yol açacaktır.

Bu kriz potansiyelinin biri niceliksel ikisi de niteliksel üç önemli nedeni vardır. Davanın niceliksel etkisi AİHM'in 46. madde uygulamasına ilişkin açıklamalarında somut olarak ortaya konmaktadır:

“414. Bu nedenle Mahkeme, mevcut davada Sözleşme'nin 7 ve 6. maddelerinin ihlal edildiği sonucuna varılmasına yol açan durumun münferit bir olaydan kaynaklanmadığı veya belirli olaylar silsilesine atfedilemeyeceği, ancak sistematik bir sorundan kaynaklandığının kabul edilebileceği kanaatindedir. Bu sorun çok sayıda kişiyi etkilemiştir ve hâlâ da etkileme potansiyeline sahiptir (bk., bu davaya uygulanabildiği ölçüde, Broniowski/Polonya [BD], no. 31443/96, § 189, AİHM 2004-V). Mevcut davada olduğu gibi ByLock kullanımına dayalı mahkûmiyet kararlarıyla ilgili olarak **Sözleşme'nin 7. ve/veya 6. maddeleri kapsamında yapılan benzer şikâyetleri içeren 8.000'den fazla başvurunun şu anda Mahkeme önünde bulunması**, bu durumu kanıtlar niteliktedir.

415. Mevcut davada inceleme yetkisinin Büyük Daireye bırakılmasının ardından, Hükümetten, Anayasa Mahkemesi de dâhil olmak üzere, ulusal mahkemeler önünde hâlen derdest olan ve özellikle mevcut davada olduğu gibi ByLock mesajlaşma uygulamasının kullanımı temelinde Türk Ceza Kanunu'nun 314 § 2 maddesi kapsamında suçlamalar içeren ceza davalarının takribî sayısını bildirmesi talep edilmiştir. Hükümet, ulusal mahkemelerde görülmekte olan ceza davalarına ilişkin resmi istatistiklerin, Mahkemenin somut sorusunu yanıtlamayı mümkün kılacak bilgileri içermediği cevabını vermiştir. **Bununla birlikte, yetkili makamlar tarafından tespit edilen ByLock kullanıcılarının sayısının yüz bin civarında olduğu (bk., örneğin, yukarıda 119. paragraf) göz önünde bulundurulduğunda** Mahkeme, Sözleşme'nin 7 ve/veya 6. maddeleri kapsamında benzer şikâyetler içeren çok daha fazla başvurunun Mahkeme önüne getirilmesinin muhtemel olduğunu not etmektedir”.

Kararın verildiği tarihte AİHM önünde aynı sorundan kaynaklı sekiz bin dosya vardır. Ancak bu sayı buzdağının görünen ucudur. Kararın ulusal hukukta uygulanmaması halinde on binlerce yeni dava Strazburg'a akacaktır. Bu nedenle, Yalçınkaya'yı AİHM tarihinin en büyük buzdağının görünen yüzü olarak tanımlamak yanlış olmayacaktır.

¹⁷ Yüksel Yalçınkaya/Türkiye, no. 15669/20, 26.09.2023

Yalçinkaya kararı nitelik bakımından da diğer öncü davalardan ayrılmaktadır. Diğer öncü davalardaki olaylar ve hukuki uygulamalar öncü davayı takip eden kopya/tekrar davalarla büyük ölçüde benzerlik göstermektedir. Örneğin ifade özgürlüğünün ihlal edildiği hakaret davalarının incelendiği Pakdemirli grubunda¹⁸ yer alan davalarda ulusal mahkemelerin AİHM içtihadına uygun bir dengeleme testi yapıp yapmadığı incelenmektedir. Bu davalar birbirine benzer niteliktedir ama olayları farklıdır. Yalçinkaya kararını takip eden davalar ise sadece benzer değil aynı zamanda aynıdır (*identical*). Bu davaların ortak yönü sanıkların salt ByLock uygulamasını indirmesi nedeniyle, uygulamanın ne amaçla ve ne içerikle kullanıldığından bağımsız olarak, terör örgütü üyesi sayılmalarıdır.

Bu nedenle, AİHM Yalçinkaya kararından sonra aynı nitelikteki bu başvuruları 200'er başvuruluk gruplar halinde biner biner hükümete bildirmeye başlamıştır.¹⁹ Hükümet bildiriminde AİHM şu ifadelerle yer vermektedir: "Mevcut başvurularda dile getirilen hususlar Mahkeme'nin yerleşik içtihadına konu olduğundan (bkz. *Yüksel Yalçinkaya/Türkiye* [BD], no. 15669/20, §§ 237-356, 26 Eylül 2023), Mahkeme taraflara herhangi bir soru yöneltmemekte veya bu başvurulara ilişkin herhangi bir görüş talep etmemektedir". Görüldüğü gibi Yalçinkaya kopya davaları denebilecek 8000 başvuru açısından yapılacak bir hukuki analiz söz konusu değildir. Bu başvuruların tamamı aynı şekilde karara bağlanacaktır.

Nihayet Yalçinkaya grubundaki davaların tamamı başvurucular ve derdest olan dava sanıkları açısından terör örgütü üyeliği gibi çok ağır niteliği olan bir sonuca yol açtığı için de öncü dava olarak özel bir yerde durmaktadır. AİHM'in Pilot Kararlara ilişkin Bilgi Formu'nda²⁰ görülebileceği üzere özel bir tür öncü dava olan pilot kararların önemli bir kısmının mülkiyet hakkına, yargı kararlarının uygulanmamasına, makul sürede yargılanma hakkına ilişkin olduğu görülmektedir. Bunun yanında alikonulma mekanlarının kalabalıklığı da yapısal bir sorun olarak pilot kararların konusu olmaktaysa da onbinlerce kişinin terör örgütü üyeliğinden

¹⁸ Pakdemirli/Türkiye, no. 35839/97, 22.05.2005. Bu grupta 14 adet kopya/tekrar dava vardır.

¹⁹ AİHM ilk olarak 18 Aralık 2023 tarihinde iki yüz başvuruluk 5 grubu hükümete bildirmiştir: Büyükerşin/Türkiye (no. 27927/21) ve 199 diğer başvuru; Berber/Türkiye (no. 31954/21) ve 199 diğer başvuru; Subaşı/Türkiye (no. 32039/21) ve 199 diğer başvuru; Yıldız/Türkiye (no. 49867/21) ve 199 diğer başvuru; Dönmez/Türkiye (no. 45699/22) ve 199 diğer başvuru.

Aynı şekilde 29 Nisan 2024 tarihinde de yeni bir ikiyüz başvuruluk 5 grup bildirim yapılmıştır: Türkhan/Türkiye (no. 61905/19) ve 199 diğer başvuru; Geldim/Türkiye (no. 14023/21) ve 199 diğer başvuru; Kelebek/Türkiye (no. 47625/21) ve 199 diğer başvuru; Karakuş/Türkiye (no. 23008/22) ve 199 diğer başvuru; Çinici/Türkiye (no. 47025/22) ve 199 diğer başvuru.

²⁰ https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/FS_Pilot_judgments_ENG

mahkumiyetine ilişkin veya benzer nitelikte bir öncü veya pilot karar örneği yoktur. Yalçinkaya bu niteliğiyle de Strazburg içtihadında örneği olmayan özel bir karardır.

Yalçinkaya kararının iç hukuktaki yansımaları, görüldüğü gibi, somut davanın başvurusunu ve hatta aynı ihlalin muhatabı binlerce kişiyi de aşan büyük bir öneme sahiptir. Bu nedenle Yalçinkaya kararının hem sayı itibarıyla hem de etkileri nedeniyle bilinen en büyük öncü dava olduğunu söylemek abartı olmayacaktır.

Bu yazıda, kararın bu özel niteliklerini akılda tutarak, taraf devletlerin AİHM kararlarına uyma yükümlülüğü kapsamında Yüksel Yalçinkaya kararının benzer davalara etkisini tartışmaya çalışacağız.

Bunun için önce AİHM kararlarının niteliği ve bağlayıcılığı, 46. madde kapsamında Mahkeme tarafından hükmedilen genel ve özel önlemlerin niteliği konusu ele alınacak daha sonra da Mahkemenin Yalçinkaya kararında hükmettiği genel önlemlerin iç hukukta nasıl uygulanması gerektiği tartışılacaktır.

II. AİHM Kararlarının Bağlayıcılığı ve Etkisi

AİHM'in Yalçinkaya kararı sonrasındaki gelişmeler takip edildiğinde hükümet yetkililerinin iki temel tespite bulunduğu görülebilmektedir. Birincisi; yetkililerin, siyasal olarak önemli tüm AİHM kararlarında olduğu gibi, karara ilişkin hoşnutsuzluğudur. Hükümet sözcüleri, ki bu gruba Adalet Bakanını, Cumhurbaşkanlığı danışmanlarını, Adalet Bakanlığı yetkililerini dahil edebiliriz, çoğu zaman olduğu gibi²¹ AİHM'i suçlayıcı görüşler ileri sürmüştür.

Bununla birlikte, yine benzer örneklerde olduğu üzere, somut davanın başvurusu açısından kararın hiçbir sonucu olmayacağı da ileri sürülmektedir. Bu nedenle, kararla ilgili olarak hükümetin tepkileri anlamında tespit edilecek ikinci husus, kararın sadece başvurucuya ilişkin olduğu ve emsal niteliği taşımayacağı iddiasıdır. Örneğin, AİHM'in yetkisini aştığını²²

²¹ Örneğin AİHM Büyük Daire'nin Selahattin Demirtaş/Türkiye (2) kararından sonra bu kararın da bağlayıcı olmadığı siyasetçiler ve Cumhurbaşkanlığı Başdanışmanı Mehmet Uçum tarafından ileri sürülmüştür. Bu iddiaların yanlışlığı Kerem Altıparmak ve Başak Çalı tarafından iki çalışma metninde açıklanmıştır: Bkz. Kerem Altıparmak ve Başak Çalı (2021), "Esastan Bağlayıcı: AİHM Büyük Daire Selahattin Demirtaş Kararı" (İHO Çalışma Metni 24); Kerem Altıparmak ve Başak Çalı (2021), "AİHM'in Demirtaş Kararının Uygulanmamasına Kılıflar: İçeriye Farklı, Dışarıya Farklı" (İHO Çalışma Metni 25. Her iki yazıya da <https://www.insanhaklariokulu.org/calisma-metinleri/> adresinden ulaşmak mümkündür.

²² "AİHM'in 'ByLock ve Bank Asya' kararı emsal teşkil eder mi?" (BBC Türkçe) <https://www.bbc.com/turkce/articles/c511xjdel1dpo>, 28 Eylül 2023.

ileri süren Adalet Bakanı Yılmaz Tunç, "**Özellikle sadece o dosya bakımından verilen bir karar olduğunu düşünüyoruz.** Çünkü her dosyanın kendi özelliği farklıdır. Her yargılanan kişinin, özellikle toplanan deliller bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Ceza hukukunda bu böyledir. Dolayısıyla bir emsal karar teşkil etmeyeceğini düşünüyoruz. İncelememiz devam ediyor"²³ diyerek Yalçinkaya kararının derdest dosyalarda uygulanamayacağını ifade etmiştir.

Yargıtay'ın kimi kararlarının Yalçinkaya kararının adını vermeden kararda ifade edilen ölçütleri uyguladığı iddia edilmişse de ne Yargıtay ne de Anayasa Mahkemesi²⁴ şu ana kadar Yalçinkaya kararının bağlayıcılığı ve/veya yol göstericiliğine ilişkin bir değerlendirme yapmamıştır.

A. AİHM Kararlarının Bağlayıcılığının Hukuki Dayanakları

Sözleşmenin 1. maddesinde "*Yüksek Sözleşmeciler Kendi Yetki Alanları İçinde Bulunan Herkesin, bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar.*" hükmü yer almaktadır. Dolayısıyla Sözleşmede güvence altına alınan hakları hayata geçirmek taraf devletlerin yükümlülüğüdür. Ancak Sözleşme bu yükümlülüğü soyut olarak devletlere yüklemekle yetinmemiş, bu yükümlülüğün yerine getirilip getirilmediğini denetlemek üzere bir uluslararası mekanizma kurmuştur. Sözleşmenin 19. maddesinde Sözleşme ve protokolleri gereği Yüksek Sözleşmeciler Tarafına yüklenilen taahhütlere uyulmasını sağlamak için, devamlı görev yapmak üzere AİHM'in kurulduğu hükmü yer almaktadır. Avrupa Konseyinin bağımsız bir organı olan AİHM, Sözleşmeyi nihai yorumlama yetkisine sahiptir.²⁵

Bunun doğal sonucu olarak Mahkemenin kararları bağlayıcıdır. Gerçekten de "Kararların Bağlayıcılığı ve İnfazı" başlığını taşıyan Sözleşme'nin 46. maddesine göre "*Yüksek Sözleşmeciler Kendi Yetki Alanları İçinde Bulunan Herkesin, bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar.*" hükmü yer almaktadır. Avrupa Konseyinin bağımsız bir organı olan AİHM, Sözleşmeyi nihai yorumlama yetkisine sahiptir.²⁵

²³ "Adalet Bakanı Tunç, Gazetecilerin Sorularını Yanıtladı", <https://www.adalet.gov.tr/adalet-bakani-tunc-gazetecilerin-sorulari-yanitladi>, 28 Eylül 2023.

²⁴ Bkz. ve krş. Yıldırım Turan [GK], B. No: 2017/10536, 4/6/2020.

²⁵ Sözleşmeye Ek 15. Protokolün Açıklayıcı Raporunda, Mahkemenin Sözleşmeyi nihai (authoritatively) yorumlama yetkisine sahip olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Protocol No. 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (CETS No. 213) Explanatory Report, para. 8. Şuradan erişilebilir: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Protocol_15_explanatory_report_ENG

Uluslararası denetim tavsiye niteliğinde bir denetim değil, bağlayıcı ve yaptırıma tâbi bir denetim olup, Sözleşmeye ve Mahkemenin kararlarına uymamanın, Konsey üyeliğinden çıkarmaya kadar varabilecek sonuçları söz konusudur. Sözleşme bu nedenle, kararların uygulanması için de etkili bir mekanizma kurmuştur. Taraf Devletlerin Mahkeme'nin kararlarına uyup uymadığını denetleme yetkisi Bakanlar Komitesi'ne verilmiştir. 46. maddenin 2. fıkrasına göre “*Mahkeme'nin kesinleşen kararı, infazını denetleyecek olan Bakanlar Komitesi'ne gönderilir.*” Böylece, Taraf Devletlerin Sözleşme hükümlerini uygulaması iki aşamalı bir uluslararası denetim ile güvence altına alınmaya çalışılmıştır.

Bununla birlikte, kararların bağlayıcılığı kavramının hukuki anlamını bu hükümlerden basitçe çıkarmak kolay değildir. Çünkü, ulusal mahkeme kararlarından farklı olarak AİHM kararları esasen ihlali tespit ederler ve fakat bu ihlalin giderilmesi yönünde taraf devletlere geniş bir takdir marjı bırakırlar. *Marckx/Belçika* kararından beri AİHM, karar vermesi istenen spesifik önlemler konusunda görüşünü açıklarken, kendi kararının esasen açıklayıcı (*declaratory*) nitelikte olduğunu ve devletin iç hukukta bu kararı uygulamak ve ihlali gidermek konusunda serbest olduğunu belirtmektedir.²⁶ Ancak, bu serbesti sınırsız bir serbesti olmayıp Bakanlar Komitesi'nin denetimine açıktır.

Bakanlar Komitesi bu denetimi yaparken de yukarıda belirtildiği üzere hem tazminatın ödenip ödenmediğine hem de genel ve bireysel önlemlerin alınıp alınmadığına bakacaktır. Bu durumda AİHM kararında saptanan ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılmasının üç şekilde mümkün olduğu ifade edilebilir. a. 41. madde uyarınca tazminatın ödenmesi; b. İhlalin sona erdirilmesini güvenceye alan ve zarara uğrayan tarafın, mümkün olduğu ölçüde, Sözleşme'nin ihlalinin gerçekleşmesinden önceki aynı duruma koyulmasını sağlayan (*restitutio in integrum*) bireysel önlemlerin alınması; c. Bulunan ihlal veya ihlallere benzer yeni ihlalleri engelleyen veya devam eden ihlallere son veren genel önlemlerin alınması.

Bazı önemli istisnalar dışında²⁷ Türkiye'nin ihlal sonrasında tazminat bedellerini ödediği ve Yalçınkaya kararı bakımından asıl sorunun bireysel ve genel önlemler bağlamında ortaya

²⁶ *Marckx/Belçika*, Series A. no. 31, para. 58.

²⁷ *Loizidou/Türkiye* kararı sonrasında, Türkiye uzunca bir süre kararda öngörülen tazminatı başvuruya ödemeyi reddetmiştir. Bakanlar Komitesi ilk aldığı ara kararda hükümetin kararın gereğini yerine getirmemesinin uluslararası hukuktan doğan sorumluluğunu açıkça hiçe sayması olduğunu belirtmiştir. (ResDH(2000)105). Ancak daha güçlü bir Komite kararı sonrasında (ResDH(2001)80) Türkiye *Loizidou*'ya tazminat ödemiş ve diğer başvurular için genel nitelikli bir Tazminat Komisyonu, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Meclisi tarafından kurulmuştur. Bir başka önemli tazminat krizi de Yukos başvurusunda tespit edilen tazminatın Rusya tarafından ödenmemesidir. OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos/Rusya (Adil Tatmin), No 14902/04, 31.7.2014.

çıktığı düşünüldüğünde, AİHM kararlarının bu üç sonucundan ikisine yoğunlaşmak doğru olacaktır.

B. Bireysel Önlemler

Aşağıda görüleceği üzere AİHM 2000’li yılların başından itibaren bazı başvurularda salt ihlali tespit etmekle kalmamış, başvurucu açısından alınması gereken bireysel önlemleri de ya kararın içinde ya da hüküm fıkrasında saymıştır.

Bununla birlikte, AİHM’in bu yönetime başvurmadığı dönemde dahi ihlal kararının ihlal mağduru başvurucular açısından herhangi bir sonuç doğurmadığı söylenemez. Her ne kadar AİHM, AİHS’in ilk döneminde 41. maddenin dar yorumuyla kararların kural olarak açıklayıcı olduğunu belirtmiş ve tazminat dışında giderim konusunda karar vermekten kaçınmışsa da AİHS uluslararası hukukun bir parçası olduğuna ve uluslararası hukukun diğer ilkeleriyle uyumlu bir şekilde yorumlanması gerektiğine göre,²⁸ bu yaklaşımın uluslararası hukukun genel ilkeleri ışığında değerlendirilmesi gerektiğine de şüphe yoktur. Devlet sorumluluğu hukukuna ilişkin uluslararası hukuk kuralları AİHS ihlalleri açısından da aynen uygulanır.²⁹ Bir uluslararası hukuk kuralının ihlali durumunda giderim için yapılması gerekenler, Sözleşme ihlalleri için de geçerlidir. Ulusal hukukta olduğu gibi uluslararası hukukta da hukuka aykırılığın tespiti, sorumluluğun kapsamı açısından da belirleyici olmaktadır.

Devlet sorumluluğuna ilişkin temel ilkelerden yola çıkan AİHM kararları, devletlerin kararların uygulanması konusundaki ödevlerinin sınırlarını da belirlemektedir. Giderime ilişkin genel uluslararası hukuk ilkelerini ilk defa zikrettiği Papamichalopoulos/Yunanistan kararında Mahkeme ihlalden kaynaklanan ödevleri şu şekilde tanımlamıştır:

“Mahkeme'nin Sözleşme'nin ihlal edildiğini tespit ettiği bir karar, davalı devlete ihlali sonlandırma ve mümkün olduğu ölçüde ihlal öncesi durumu tesis edecek (*restitutio in integrum*) şekilde sonuçlarını gidermeye yönelik hukuksal bir sorumluluk yükler”.³⁰

²⁸ AİHM, uluslararası hukukun genel ilkeleriyle uyumlu yorumu temel bir ilke olarak kabul etmektedir. Bkz. örneğin Bankovic ve Diğerleri/Belçika ve Diğerleri, no. 52207/99, RJI 2001-XII, para. 57; Al-Adsani/Birleşik Krallık, no. 35763/97, RJD 2001-XI, para. 60.

²⁹ Bkz. Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından hazırlanan ve Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından onaylanan, Devlet Sorumluluğu Hakkında Taslak Maddeler (Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts), UN Doc. No. A/56/10, Madde 30 ve Komisyon’un yorumu. (“Devlet Sorumluluğu Taslak Maddeleri”)

³⁰ Papamichalopoulos/Yunanistan (50. madde), 31.10.1995, Series A no. 330-B, para. 34; Assanidze/Gürcistan (BD), no. 71503/01, ECHR 2004-II, para. 197; Maestri/İtalya, no. 39748/98, ECHR 2004-I, para. 47.

Scozzari ve Giunta davasında da Mahkeme, ihlal sonucuna ulaşan bir kararın davalı devlete sadece tazminat ödeme yükümlülüğü getirmediğini, aynı zamanda Bakanlar Komitesi denetimi altında kendi iç hukuk düzeninde AİHM tarafından tespit edilen ihlale son verme ve ihlalin sonuçlarını mümkün olduğu ölçüde gidermek için gerekli genel tedbirleri ve/veya gerektiği halde bireysel tedbirleri seçme ödevi de yüklediğini belirtmiştir.³¹ Salah/Hollanda davasında, AİHM, 41. maddeyi 46. madde ile kıyaslayarak, davalı devletin asıl ödevinin ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırmak olduğunu belirterek, bireysel ve genel nitelikli tazminat dışı önlemlerin tazminat ödenmesinden daha önemli olduğunu belirtmiştir.³²

Buna göre bireysel önlemlerin kademeli olarak üç amacı vardır: a. Devam eden bir ihlal varsa bu ihlali sonlandırma; b. Mümkün olduğu ölçüde ihlal öncesi durumu tesis edecek duruma (*restitutio in integrum*) dönme; c. Tamamıyla eski duruma dönmek mümkün değilse, bu durumdan kaynaklanan zararı karşılama.

Her ne kadar yukarıda, hükümetlerin AİHM'in ihlal tespiti sonrasında kararları yerine getirme konusunda geniş bir takdir yetkisine sahip olduğu belirtilmişse de alınacak önlemlerin bu üç temel ödev kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

AİHM yakın dönemde bazı kararlarında ihlalin tespiti yanında alınması gereken bireysel önlemlere ilişkin de belirlemeler yapmaktadır. Ancak bu değişiklik sonrasında da kuralın salt ihlal tespiti, istisnanın ise bireysel önlem olduğunu vurgulamak gerekir. Donald ve Speck'in tespit ettiği üzere AİHM'in bireysel veya genel tedbir kararları toplam ihlal kararlarının %2'sini oluşturmaktadır. Bireysel tedbir kararları toplam tedbir kararlarının da ancak %40'ını oluşturmaktadır. Bir başka deyişle AİHM, kararlarının %99'unda hâlâ bireysel önleme karar vermemektedir.³³

AİHM'in kararında bireysel önleme ilişkin tespitin bulunması, taraf devletin alacağı önleme ilişkin takdir marjının daralması ve hatta bazı durumlarda tümüyle ortadan kalkması sonucunu doğurur. Örneğin özgürlüğünden haksız bir şekilde alıkonulan bir kişinin başvurusunda ihlali giderecek tek yol başvurusunun serbest bırakılmasıdır.³⁴ Böyle bir durumda, taraf devletin başka bir tercihte bulunması da mümkün değildir. Bu nedenle, 46. madde kapsamında bir tespitin olmaması taraf devletin karara ilişkin bireysel önlem almayacağı

³¹ Scozzari ve Giunta/İtalya, no. 39221/98 & 41963/98, 13.7.2000, para. 249.

³² Salah/Hollanda, no. 8196/02, 6.7.2006, para. 71.

³³ Alice Donald ve Anne-Katrin Speck (2019), "The European Court of Human Rights' Remedial Practice and its Impact on the Execution of Judgments", 19 Human Rights Law Review 83, 89-90.

³⁴ Bkz. örneğin Assanidze/Gürcistan (BD), no. 71503/01, ECHR 2004-II, para. 202, hüküm paragrafı 14 (a).

anlamına gelmez. Ancak böyle bir tespit varsa tespit niteliğine göre taraf devletin takdir marjı daralır.

AİHS sisteminde ihlal nedeniyle tazminat ödenmesi yanında alınacak bireysel önlemler arasında en yaygın hale gelen önlem yargılamanın iadesi veya yargılamanın yeniden açılmasıdır. Bakanlar Komitesi, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Hükümlerinin Verilmesinin Ardından Belli Davaların Ulusal Düzeyde Yeniden İncelenmesi ya da Yeniden Görülmesi Hakkında" tavsiye kararında;³⁵ "Mahkeme hükümlerinin icrasının denetlenmesine ilişkin Bakanlar Komitesi uygulamasının, *restitutio in integrum*'u gerçekleştirilmede, eğer tek yol olarak addedilmeyecek ise, en etkili yolun, istisnai hallerde bir davanın yeniden incelenmesi yahut davanın yeniden görülmesi olduğunu gösterdiği"ni belirterek taraf devletin "şikayete konu ulusal karar(ın) esas bakımından Sözleşmeye aykırılık oluşturduğu" veya "tespit edilen ihlalin, şikayete konu ulusal yargılamanın neticesi hakkında ciddi kuşku uyandıran vahamette usuli hatalara ya da aksaklıklara dayalı olduğu sonucuna varıldığı takdirde" davanın yeniden incelenmesini tavsiye etmiştir. Karara göre, bu yola gerek görülmesi için zarar gören tarafın söz konusu ulusal karar nedeniyle maruz kaldığı çok ciddi nitelikli olumsuz sonuçlardan mağduriyeti devam etmelidir. Gerek Komite'nin gerekse daha sonra Mahkeme'nin burada geliştirdiği mantık, ihlalle giderim araçları arasındaki ilişki açısından önemlidir. İhlal tespitinde asıl hedef *restitutio in integrum* (eski hale iade) olduğu için sözleşmesel hakları ihlal edilmiş kişi bu ihlalin sonuçlarını çekmeye devam ederken sadece tazminat ödenmesi, ihlalin veya sonuçlarının devamına belirli bir meblağ karşısında onay vermek anlamına gelecektir.

Bu karar sonrasında; ilk önce Bakanlar Komitesi adil yargılanma hakkının açık ve ağır bir şekilde ihlal edildiği davalarda, tazminatın yanında davaların yeniden görülmesi gerektiğini belirtmiştir.³⁶ Bireysel önlem niteliğinde yerine getirilmesi gereken bu ödevin yerine getirilmediği dosyalar izlenmeye devam edilmiş, bazı vakalar yargılama yenilenmediği için ciddi sorunlara yol açmıştır.

³⁵ Bakanlar Komitesi'nin R(2000)2 sayılı kararı, "Recommendation of the Committee of Ministers to member States, on the re-examination or reopening of certain cases at domestic level following judgments of the European Court of Human Rights." Karar Türkçeye Semih Gemalmaz tarafından çevrilmiştir. M. Semih Gemalmaz (2006), "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Hükümlerinin Verilmesinin Ardından Belli Davaların Ulusal Düzeyde Yeniden İncelenmesi ya da Yeniden Görülmesi Hakkında Bakanlar Komitesinin üye Devletlere yönelik olarak aldığı Tavsiye Kararı No. R. (2000)2", Ulusalüstü İnsan Hakları Usul Hukuku Mevzuatı, 2. Kitap, Avrupa Konseyi Belgeleri ve AİHM Kuralları Şerhi, (Legal: İstanbul), s. 773.

³⁶ R(2000)2 sayılı kararın ilk uygulamalarından en bilineni AİHM'in Sadak ve Diğerleri davasında verdiği kararın uygulanmasına ilişkin ara kararlardır. Interim Resolution ResDH(2002)59 concerning the judgment of the European Court of Human Rights of 17 July 2001 in the case of Sadak, Zana, Dicle and Dogan v. Turkey.

Yargılanmanın yenilenmesine ilişkin taleplerin yapıldığı ilk dönem içtihadta AİHM, bu yönde taleplere kararında yer vermeye yetkisi olmadığını belirtmiştir.³⁷ 2000’li yılların ortasında ise AİHM, 46. maddeye ilişkin içtihadını değiştirmiş ve istisnai olarak yargılamanın yenilenmesine ilişkin olasılığın bu şekilde kararda önerilmesine imkân doğmuştur. Mahkeme'nin bu konuda karar verme gerekçesi, Öcalan davasında açıklanmıştır:

“AİHM, kararlarının esas itibariyle tespit edici nitelikte olduğunu ve genelde, AİHS’in 46. maddesi kapsamındaki yükümlülüğünü ifa etmek için iç hukukunda kullanacağı araçları seçmenin, Bakanlar Komitesi’nin denetimine tabi olmak koşuluyla, öncelikle ilgili Devlet’e ait olduğunu yineler.

Ancak, istisnai olarak, savunmacı Devlet’in 46. madde çerçevesindeki yükümlülüklerini yerine getirmesine yardımcı olmak amacıyla, AİHM, varlığını tespit ettiği sistemik bir duruma son vermek için alınabilecek tedbir türünü belirtmeye çalışacaktır. Böyle durumlarda, Mahkeme çeşitli seçenekler önerebilir ve tedbirin seçimini ve uygulanmasını ilgili Devlet’in takdirine bırakır (bkz. Broniowski/Polonya [BD], no. 31443/96, § 194, AİHM 2004-V).

Diğer bazı istisnai durumlarda, tespit edilen ihlal, ihlali gidermek için alınması gereken tedbirlerle ilgili olarak seçenek bırakmayacak özellik sergileyebilir ve AİHM, sadece bir tedbir belirtmeye karar verebilir (bkz. yukarıda anılan Assanidze, § 2002).

Devlet Güvenlik Mahkemeleri’nin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile ilgili olarak Türkiye’ye karşı açılan davaların özel durumu çerçevesinde, AİHM Daireleri, bu başvuruda verilen Daire kararından sonra verdikleri bazı kararlarda, prensip olarak en iyi giderim şeklinin, talep etmesi halinde başvurunun gecikmeksizin yeniden yargılanması olacağını belirtmiştir (bkz. diğerlerinin yanı sıra, Gençel/Türkiye, no. 53431/99, § 27, 23 Ekim 2003).

Büyük Daire, yukarıda anılan içtihadta benimsenen genel yaklaşımı onaylamaktadır. Mahkeme, bu davada olduğu gibi, bir kişinin AİHS’in bağımsızlık ve tarafsızlık koşullarını yerine getirmeyen bir mahkeme tarafından mahkûm edildiği durumda, talep edilmesi halinde, yeniden yargılanmanın veya davanın yeniden açılmasının, prensip olarak, ihlali gidermenin uygun bir yolu olduğu kanısındadır”.³⁸

Öcalan kararı sonrasında, Türkiye’ye karşı açılan çok sayıda davada bağımsız ve tarafsız olmadığı saptanan süreçlerde verilen hükümlerin yeniden yargılama konusu edilmesi gerekliliği vurgulanmıştır.³⁹ Her ne kadar AİHM, davalı devlete yargılanmanın yenilenmesi konusunda bir talimat vermeye yetkili olmadığını belirtmekteyse de,⁴⁰ hüküm fıkrasında yargılamanın yenilenmesinin tavsiye edildiği karar örnekleri de bulunmaktadır.⁴¹

Bakanlar Komitesi, AİHM tarafından verilen yargılamanın yenilenmesine ilişkin tavsiye kararını alınması gerekli bireysel önlemler kapsamında izlemektedir. Türkiye’de de Avrupa

³⁷ Saïdi/Fransa, 20.9. 1993, Series A no. 261-C, para. 46; Pelladoah/Hollanda, 20.9.1994, Series A no. 297-B, para. 44.

³⁸ Öcalan/Türkiye [BD], no. 46221/99, 12.5.2005, para. 210 vd

³⁹ Çok sayıda örnek arasından bkz. Hacı Özen/Türkiye, no. 46286/99, 12.4.2007; Kemal Kahraman ve Ali Kahraman/Türkiye, no. 42104/02, 26.4.2007; Bulut/Türkiye, no. 49892/99, 22.11.2005; Kiper/Türkiye, no. 44785/98, 23.05.2006.

⁴⁰ Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (VgT)/İsviçre (no. 2), no. 32772/02, 30.6.2009, para. 89.

⁴¹ Claes ve Diğerleri/Belçika, no. 46825/99 vd., 2.6.2005, hüküm fıkrası 5; Lungoci/Romanya, no. 62710/00, 26.1.2006, hüküm fıkrası, 3 (a).

Konseyi üyesi devletlerin çoğunda olduğu gibi davanın yeniden nasıl görüleceğine ilişkin olarak usul yasalarında değişiklik yapılarak "Hükümün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması" yargılamanın yenilenmesi nedeni sayılmıştır.⁴²

Bununla birlikte, AİHM kararının bireysel önlem bakımından bağlayıcı olduğunun kabul edilmesi tüm hukuksal sorunları ortadan kaldırmamaktadır. Çünkü kararın bağlayıcı olması bir şey, bağlayıcı kararın gereğinin yerine getirilmesi için ne yapılması gerektiği ise ayrı bir şeydir. Bireysel önlem olarak yargılamanın yenilenmesi yoluna iki farklı durumda gidilebilecektir. Birincisi, AİHM kararının esastan bir ihlalin varlığını saptamasıdır. Örneğin, yargılama sonucu verilen cezanın ifade özgürlüğünü ihlal etmesi halinde, yargılama adil bir şekilde yapılmış olsa bile *restitutio in integrum*'u sağlayacak olan önlem yargılamanın yenilenmesi ve ihlali giderecek şekilde cezanın kaldırılmasıdır. İkinci olasılık ise hakka müdahale edilen karara ulaşılmışken usul açısından esaslı bir hata yapılmasıdır. İlk hipotezde sonuca ilişkin bir ödev ihlal edilmişken, ikinci durumda bir doğru davranış kuralı ihlal edilmiş, yargılama uluslararası hukuka uygun bir şekilde yapılmamıştır. Sözleşme'nin esasa ilişkin hükümlerinden birinin ihlal edildiğinin tespit edildiği durumlarda, yargılamanın yenilenmesi, kararın yerine getirilmesi açısından bir amaç değil araç rolü görmektedir. Dolayısıyla, yenilenen yargılama sonucunda, AİHM tarafından verilen ihlal kararını ortadan kaldıracak yeni bir karar alınması gerekir. Usul ihlali olan durumlarda ise yenilenen usule uygun yargılama sonucunda benzer bir kararın verilmesi Sözleşmeye aykırı değildir. Örneğin, adil yargılama olmaksızın mahkûm edilmiş bir başvuruçunun adil yargılama sonrasında, ayrıca esasa ilişkin bir ihlale yol açılmadığı takdirde, benzer bir ceza alması Sözleşmeye aykırı değildir.⁴³

Bu nedenle ihlal kararı sonrasında yapılan yeniden yargılamada AİHM'in ihlal kararının sonuçlarının ortadan kaldırılıp kaldırılmadığına bakılması gerekir.

⁴² 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, md. 311 (1) (f); 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, md. 375 (1) (i); İdari Yargılama Usulü Yasası Değişikliği için bkz. 15/7/2003 gün ve 4928 sayılı yasa, 6. md.

⁴³ AYM, AİHM'in Yurtsever ve diğerleri/Türkiye kararının (No: 22965/10, 8.7.2014) uygulanmadığına ilişkin yapılan başvuruda, karar sonrasında yürütülen adli sürecin ihlali ortadan kaldırdığını, sonuçta mahkumiyet kararı çıkmamasının AİHM kararının gereğinin yerine getirilmediği şeklinde anlaşılamayacağını tespit etmiştir. İsalet Yurtsever ve diğerleri, B. No: 2015/8315, 6/3/2019.

Her ne kadar AİHM kararlarının uygulanmasına ilişkin zaman zaman çok ciddi sorunlar yaşansa da⁴⁴ Türk hukukundaki genel yaklaşım AİHM kararının karar verilen dosya açısından bağlayıcı olduğudur. Türkiye, Kavala ve Demirtaş kararlarının uygulanması bakımından da kararın bağlayıcı olmadığını değil her iki başvuru açısından da yürütülen yeni ceza süreçlerinin AİHM kararı kapsamında olmadığını ileri sürmektedir. Dolayısıyla, Türkiye’de resmi yetkililerin en azından teorik olarak AİHM kararlarının başvuru davası açısından bağlayıcı sonuçlar doğurduğunu kabul ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Nitekim Bakan Tunç da Yalçinkaya kararının emsal olmadığını sadece başvuru açısından sonuç doğurduğunu söylerken, infazından bağımsız olarak kararın Yüksel Yalçinkaya için sonuç doğurduğunu kabul etmektedir. Bununla birlikte, şu ana kadarki gelişmelerden anlaşılabilirdiği kadarıyla bu kabul sadece yargılamanın yeniden yapılmasıyla sınırlıdır.

Ancak AİHM’in karar verdiği olayla aynı durumda olup da henüz derdest olan veya AİHM’in ihlal bulduğu uygulamalar kapsamında kesinleşmiş dosyalar bakımından AİHM kararının bağlayıcı olup olmadığı konusunda Türkiye’de farklı görüşler vardır. Nitekim Yalçinkaya kararı sonrasında bu karara dayanarak yeniden yargılanma amacıyla mahkemelere başvuran kişilerin talebine ilişkin olarak “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilmiş olan ihlal kararının yargılanmasının yenilenmesi talep edilen dosyaya özgü olmasının gerektiği, esasında bu hususun her dosyaya ilişkin olayların, delillerin farklı olmasının doğal bir sonucu da olduğu bu bağlamda her hangi bir yüksek Yargı Organı tarafından benzer bir olayda farklı karar verilmiş olmasının doğrudan kararın diğer dosyaya teşmilini gerektirmeyeceği” gerekçesiyle ret kararı verilmiştir.

Şimdi Yalçinkaya kararının uygulanması açısından en kritik soruya; AİHM kararının genel önlemler bakımından da bağlayıcı olup olmadığı konusuna dönebiliriz.

⁴⁴ Bu sorunların en bilinen iki örneği yukarıda da bahsedildiği üzere Osman Kavala ve Selahattin Demirtaş (2) kararlarına ilişkindir. Ancak bunun dışında da bazı kritik AİHM kararlarının, hem de AYM tarafından uygulanmadığı bilinmektedir. Bkz. örneğin AYM hakimlerin tutuklanmasına ilişkin AİHM’in Alparslan Altan/Türkiye (No: 12778/17, 16/4/2019) ve Hakan Baş/Türkiye (No: 66448/17, 3/3/2020) kararlarının bağlayıcılığını değerlendirirken şu ifadeleri kullanmıştır: “AİHM’in kesinleşmiş kararları bağlayıcı olmakla birlikte, Türk hukukunda yargı mensuplarının tutuklanmasına ilişkin kanun hükümlerinin yorumlanması Türkiye Cumhuriyeti’nin kamu gücü makamlarına ve nihai olarak mahkemelerine ait bir yetkidir. Türk mahkemelerinin ulusal hukuka ilişkin yorumlarının Sözleşme’de güvence altına alınan hak ve özgürlükleri ihlal edip etmediğini incelemek AİHM’in yetkisinde ise de AİHM’in ulusal mahkemelerin yerine geçerek ulusal hukuku ilk elden yorumlaması uygun görünmemektedir. Türk hukukundaki kanun hükümlerinin anlamlandırılmasında ve yorumlanmasında Türk mahkemeleri AİHM’e göre çok daha iyi konumdadır”. (Yıldırım Turan [GK], B. No: 2017/10536, 4/6/2020, § 117)

C. Genel Önlemler

1. Genel Önlemlerin Hukuki Dayanağı

Yukarıda açıklandığı gibi verilen ihlal kararı davaya taraf olan başvuru açısından bazı sonuçlar doğurmaktadır. Ancak, taraf devletin kararın sonucu uyarınca genel önlemler alma ve benzer ihlalleri önleme ödevi uyarınca, kararın sadece davanın başvurusu hakkında hukuki sonuç doğuracağı ve salt bu kişi açısından bağlayıcı olacağı doğru değildir.

AİHM, AİHS'in 46. maddesinin ne anlama geldiğini ihlal prosedürü (m.46/4) sonucunda verdiği Ilgar Mammadov Büyük Daire kararında şöyle özetlemiştir: “Söz konusu Sözleşmeciler Devlet, başvurana yalnızca adil tatmin yoluyla hükmedilen meblağları ödemekle değil, aynı zamanda Mahkeme tarafından tespit edilen ihlale son vermek ve etkilerini gidermek için iç hukuk düzeninde bireysel ve/veya uygunsa **genel tedbirler** almakla da yükümlü olacaktır”.⁴⁵

AİHM bazı 46. madde kararlarında “gelecekteki ihlalleri önleme” (*to prevent future violations*) kavramını, 46. maddeden çıkan bir ödev olarak açıkça kullanmaktadır.⁴⁶ AİHM kararlarının esasen açıklayıcı (*declaratory*) olduğuna ilişkin ilke, genel önlemler açısından da geçerlidir. Bununla birlikte, kararın uygulanmasına ilişkin genel önlemlerin seçiminde de taraf devletler sınırsız bir takdir hakkına sahip değildir. Seçilecek yöntemin AİHM kararında belirtilen sonuçlarla uyumlu olması gerekir.⁴⁷

AİHM, 46. madde kapsamında giderime (alınması gereken genel ya da bireysel önleme) karar verilmesinin, taraf devletin karar verilir verilmez harekete geçmesine ve ihlalin hızlı bir şekilde giderilmesine imkân verdiğini ve Bakanlar Komitesi'ne nihai kararın uygulanmasını denetlemesinde yardımcı olduğunu belirtmektedir.⁴⁸ Mahkeme böyle bir sorunu tespit eder etmez, ulusal makamların, Bakanlar Komitesi'nin denetimine tabi olarak ve ikincillik prensibi çerçevesinde - gerekirse geriye dönük olarak - gerekli telafi tedbirlerini alma yükümlülüğü vardır, böylece Mahkeme'nin benzer davalarda tekrar tekrar ihlal kararı vermesi gerekmez.⁴⁹

⁴⁵ Ilgar Mammadov/Azərbaycan (İhlal Prosedürü Kararı) [BD], no. 15172/13, 29.05.2019, para. 147; ayrıca bkz. Broniowski/Polonya [BD], no. 31443/96, 22.06.2004, para. 192).

⁴⁶ Barto ve Drajković/Macaristan, no. 35729/12, 17.12.2013, para. 49; Madah ve Diğerleri/Bulgaristan, no. 45237/08, 10.05.2012, para. 53; Erçep/Türkiye, no. 43965/04, para. 80.

⁴⁷ Ilgar Mammadov/Azərbaycan (İhlal Prosedürü Kararı), para. 148.

⁴⁸ Kavala/Türkiye (İhlal Prosedürü Kararı) [BD], no. 28749/18, 11.07.2022, para. 148.

⁴⁹ Baybaşı/Hollanda, no. 13600/02, 07.06.2007, para. 79; Aliyev/Azərbaycan, no.68762/14 71200/14, 20.09.2018, para. 222.

AİHM, taraf devletler ve Bakanlar Komitesi arasındaki bu ilişki ağı, Sözleşme sisteminde yakın dönemde sıklıkla vurgulanan sorumluluğun paylaşılması (*shared responsibility*) kavramının doğal bir sonucudur. Gerçekten de Sözleşmenin reformu amacıyla son on yılda toplanan üst düzey konferansların tamamında sorumluluğun paylaşılması temasının öne çıktığı görülmektedir.⁵⁰ Brüksel Bildirgesi'nde açıkça ifade edildiği gibi bu sorumluluk paylaşımı AİHM, Bakanlar Komitesi ve taraf devletler arasında olacaktır.

Bu ifadede anlamını bulan iş bölümü şu şekilde işlemektedir: AİHM, Avrupa kamu düzeninin mahkemesi olarak AİHS'teki hakların ne anlama geldiğini belirleyecek, Taraf Devletler AİHM tarafından belirlenen bu ilkelere uygun şekilde önlemler alacak, Bakanlar Komitesi de bu önlemlerin ilgili kararlara uygunluğunu denetleyecektir. Böylece AİHM'in önüne gelen her sorunu tek tek çözmeyeceği ve fakat anayasal ilkeleri saptayacağı ve tekil meseleleri ulusal yetkililerin çözeceği bir iş bölümü kurulmuş olacaktır. 15. Protokolle Sözleşmenin başlangıç bölümüne getirilmiş bulunan birincil sorumluluğun Yüksek Sözleşmeci taraflarda olduğuna dair ifadenin anlamı da budur.

İçtihat yoluyla oluşturulan ve 15. Protokol ile Sözleşmenin başlangıcına eklenen ikincillik (subsidiarite/yerindenlik) ilkesi bu iş bölümünü şöyle tarif etmektedir:

“İkincillik ilkesi gereğince, bu Sözleşme ve Protokollerinde tanımlanan hak ve özgürlükleri güvence altına alma hususunda birincil sorumluluğun Yüksek Sözleşmeci Taraflara ait olduğunu ve bu sorumluluğun yerine getirilmesinde, Sözleşme ile tesis edilmiş bulunan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin denetleyici yargı yetkisine tabi olmak üzere, Yüksek Sözleşmeci Tarafların takdir alanına sahip olduklarını bir kez daha tekrarlayarak.”

İkincillik ilkesinin bir yönünün, Taraf Devletlere Sözleşmeye ilişkin sorunları Mahkeme içtihadı doğrultusunda ulusal merciler tarafından çözüme ödevi yüklediği unutulmamalıdır. 15. Protokolde bahsi geçen “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin denetleyici yargı yetkisine tabi olmak üzere” ifadesi ulusal mercilerin birincil sorumluluğunu yerine getirip getirmediğinin AİHM tarafından denetleneceğini ifade etmektedir. Nitekim, Kopenhag Bildirgesine göre:

“İkincillik ilkesinin güçlendirilmesinin insan haklarının korunmasını sınırlama veya zayıflatma amacı taşımadığını, ancak ulusal makamların Sözleşme'de belirtilen hak ve özgürlükleri güvence altına alma sorumluluğunun altını çizdiğini yineler. Bu bağlamda, insan hakları ihlalleriyle başa çıkmanın **en etkili yolunun ulusal düzeyde olduğunu** ve ulusal düzeydeki hak sahiplerinin ve karar alıcıların Sözleşme standartlarına uyma konusunda öncülük etmelerinin teşvik edilmesinin insan haklarının sahiplenilmesini ve insan haklarına desteği artıracığını not eder.” (para. 10)

⁵⁰ Brighton Bildirgesi, para. 12 (c); Brüksel Bildirgesi: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Uygulanması, Ortak Sorumluluğumuz”, para. 3; Kopenhag Bildirgesi, para. 6 ve devamı (“Ortak sorumluluk - uygun bir denge ve gelişmiş koruma sağlanması” bölümü).

Görüldüğü gibi ikincillik ilkesinden yararlanmak isteyen, sorunlarının Strazburg'a taşınmasını istemeyen Taraf Devletlerin ortak sorumlulukta üzerlerine düşeni yapmaları gerekmektedir.⁵¹ Reform sürecinde uzun vadede AİHM için öngörülen rol, çalışmalarını “ciddi veya yaygın ihlallere, sistemik ve yapısal sorunlara ve Sözleşme'nin yorumlanması ve uygulanmasına ilişkin önemli sorulara” odaklayacak bir anayasal mahkeme rolüdür.⁵² İkincillik ilkesinin öneminin artması AİHM'in önceki başkanı Spano'nun, 14. Protokol ve Interlaken Toplantısı sonrasındaki dönemi “İkincillik (Yerindenlik) Çağı” olarak nitelemesine neden olmuştur. İkincillik ilkesi, bu anlamda Sözleşmede yer alan hakları koruma konusunda önceliği ulusal hukuk mercilerine vermektedir. Bir ülkede ulusal yargı mercileri ne ölçüde Sözleşme ilkelerine uyar, kararlarını AİHM içtihadına uydurmaya çalışırsa, AİHM denetimi de giderek usuli bir nitelik kazanır. Bir başka deyişle, nitelikli haklar bakımından, AİHM'in denetimi bu durumda esasa ilişkin olmayacak sadece ulusal mercilerin AİHM içtihadıyla geliştirilen ilkeleri dikkate alan bir yargılama yapıp yapmadığını inceleyen usulü bir nitelik arz edecektir. Ancak burada usul denetiminden kast edilen hususun, AİHM içtihadıyla ortaya konulmuş olan maddi hukukun uygulanıp uygulanmadığına ilişkin bir denetim olduğunu vurgulamak gerekir. Yargıç Spano'nun ve kimi başka yazarların⁵³ vurguladığı “Usule Dönüş” “Procedural Turn” kavramı ancak yerel mahkemelerin Sözleşmeye uyum konusunda yüksek irade gösterdiği durumlarda anlamlı olabilecektir.

⁵¹ Alastair Mowbray (2015), “Subsidiarity and the European Convention on Human Rights’ 15 Human Rights Law Review 313, 332.

⁵² Oddny Mjöll Arnardottir (2017), “The Brighton Aftermath and the Changing Role of the European Court of Human Rights”, 9 Journal of International Dispute Settlement 223, 226.

⁵³ R Spano, ‘Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity’ (2014) 14 HRLR 487 R Spano, ‘The Future of the European Court of Human Rights—Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law’ (2018) 18 HRLR 1; E Brems and L Lavrysen, ‘Procedural Justice in Human Rights Adjudication: The European Court of Human Rights’ (2013) 35 HumRtsQ 176; P Popelier, ‘The Court as Regulatory Watchdog: The Procedural Approach in the Case Law of the European Court of Human Rights’ in P Popelier, A Mazmany and W Vandenbruwaene (eds), The Role of Constitutional Courts in Multilevel Governance (Intersentia 2013) 249; OM Arnardottir, ‘The “Procedural Turn” under the European Convention on Human Rights and Presumptions of Convention Compliance’ (2017) 15 ICON 9; P Popelier and C Van de Heyning, ‘Subsidiarity Post Brighton: Procedural Rationality the Answer’ (2017) 30(1) LJIL 5 JH Gerards and E Brems, ‘Procedural Review in European Fundamental Rights Cases: Introduction’ in JH Gerards and E Brems (eds), Procedural Review in European Fundamental Rights Cases (Cambridge University Press 2017) 1; LM Huijbers, ‘The European Court of Human Rights’ Procedural Approach in the Age of Subsidiarity’ (2017) 6 CILJ 177; T Kleinlein, “The Procedural Approach of the European Court of Human Rights: Between Subsidiarity and Dynamic Evolution”, (2019) 68 ICLQ 91; Peter Cumper ve Tom Lewis, “Blanket Bans, Subsidiarity, and the Procedural Turn of the European Court of Human Rights”, (2019) 68 ICLQ 611; E Brems, “Positive Subsidiarity and Its Implications for the Margin of Appreciation Doctrine” (2019) 37(3) NQHR 210.

Brems, bu nedenle, ikincilik ilkesinin devletlere yüklediği ödevi, AİHM'in yetkilerinin kısıtlanmasının negatifliği karşısında ikincilliğin pozitif boyutu olarak tanımlamaktadır.⁵⁴ Dolayısıyla taraf devletler Sözleşmeyi uygulama birincil ödevlerini yerine getirebilmek için Mahkemenin içtihatlarını gözetme ve kararlarına uyma konusunda daha titiz davranma yükümlülüğü altındadır.

Nitekim giriş bölümünde açıklandığı üzere Bakanlar Komitesi, AİHM kararının kesinleşmesinden sonra kararın gereği gibi infaz edilip edilmediğini incelerken sadece başvurucuya tazminatın ödendiğine ve varsa bireysel önlemlerin alınıp alınmadığına değil, ayrıca ihlale sebep olan sorunları giderecek genel önlemlerin de alınıp alınmadığına bakmaktadır. Bu denetimin sadece pratik bir uygulama değil hukuki bir yükümlülük olduğunda da şüphe bulunmamaktadır.

2. Genel Önlemlerin Saptanması

Mahkeme kural olarak alınması gereken önlemlerin neler olduğu konusunda herhangi bir tespitte bulunmaz. Ancak bazı hallerde, özellikle de ihlalin sistemik bir sorundan kaynaklandığı hallerde, ihlalin hızla giderilmesini sağlamak açısından taraf devlete yol göstermek ve Bakanlar Komitesine kararın icrasını denetleme hususunda yardımcı olmak üzere en uygun tedbirin ne olduğu konusunda bazı belirlemelerde bulunabilir. Bu belirlemeler özel nitelikte tedbirler olabileceği gibi genel önlemler de olabilir. Bu halde de taraf devletler kararın gereğini yerine getirme konusunda takdir yetkisine sahiptirler ve kararın icrasını denetleme yetkisi Bakanlar Komitesine aittir. Bu gibi durumlarda Bakanlar Komitesi, kararın uygulanmasının denetimi sürecinde Mahkemenin işaret ettiği çözüm yolunu da dikkate almakla birlikte Taraf Devletin yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği esas olarak devletin aldığı bireysel ve genel önlemlerin Mahkeme kararının sonucu ve ruhuyla uyumlu olup olmadığına bağlıdır.

Burada bu yazının amacı açısından “genel önlem” kavramının üzerinde önemle durulması gerekir. Zira genel önlemler, gelecekte aynı ihlalin tekrarlanmaması için alınması gereken yasal, idari ve yargısal önlemler anlamına gelmektedir. Yani taraf devletin bir kararın gereğini yerine getirme ödevi yalnızca o başvuruyu yapan kişiye yönelik ihlali durdurması ve etkilerini

⁵⁴ Eva Brems, “Positive Subsidiarity and its Implications for the Margin of Appreciation Doctrine”, Netherlands Quarterly of Human Rights, 2019.

gidermesi anlamına gelmemekte, aynı zamanda benzer ihlallerin ortaya çıkmasını önleyecek tedbirler de almasını gerektirmektedir.

Bununla birlikte, genel önlemlerin içeriğinin ne olduğunun saptanması bireysel önlemlere göre daha zordur. Bir yasa hükmünün AİHS kuralları ile çeliştiği durumlarda genel önlemin ne olması gerektiği de görece kolayca saptanabilir.⁵⁵ Ne var ki bir kuralın lafzından çok uygulamasına ilişkin sorunlar varsa, genel önlem kuralı tümden yürürlükten kaldırmak yerine uygulamayı AİHM içtihadı ile uyumlu hale getirmeyi gerektirecektir. Bunun nasıl hayata geçirilmesi gerektiği de taraf devletlerin takdir marjı dikkate alındığında, kolaylıkla saptanamaz.

Bu zorluğu aşmanın en önemli aracı AİHM kararının sadece hüküm bölümüne değil bütününe bakmaktır. AİHM kararının salt hüküm fıkrasına bakmak, genel önlemin ne olduğunun saptanması bakımından yeterli olmayacaktır. Bu nedenle, kararların sadece hüküm fıkrasına değil ve fakat gerekçe bölümünün (*obiter dictum*) gereklerine uyulmasının da gerektiği giderek daha çok dile getirilmektedir. Öğreti ve AKPM Raportörleri⁵⁶ tarafından sıklıkla vurgulanan "*res interpretata*" ilkesi devletlerin Sözleşmeyi AİHM tarafından yorumlandığı şekliyle uygulamasını gerektirir. Bu aslında Sözleşmenin 1. maddesinde taraf devletlere yüklenen ödevin ve ikincillik ilkesinin de zorunlu bir gereğidir.

Nesnel ödevler yükleyen Sözleşme, öncelikli olarak ulusal makamlar tarafından ortak Avrupa standartlarına göre uygulanacaktır. Bu ortak standartların ne olduğunu söylemeye yetkili makam ise AİHM'dir. O halde taraf devletler sadece ilgili davanın hüküm fıkrasında gösterilen ihlali giderme değil, ayrıca kendi aleyhlerine verilen diğer kararlarda ve hatta başka devletler aleyhine verilen kararlardaki (salt hüküm fıkralarına değil, kararın gerekçesinde gösterilen) ortak standartlara uyma yükümlülüğü altındadır. AKPM, 2000 yılında AİHM Kararlarının İcrasına İlişkin Kararında bu hususu vurgulamıştır. Dayanışma ilkesi, AİHM içtihadının Sözleşme'nin bir parçasını oluşturduğu anlamına gelir ve bu nedenle Sözleşme'nin hukuken bağlayıcı gücünü *erga omnes* (tüm diğer taraflara) genişletir. Bunun anlamı şudur,

⁵⁵ Kadının evlilik öncesi soyadını kullanmasını engelleyen ulusal yasa kuralı (Ünal Tekeli/Türkiye, 29865/96, 16.11.2004), Cumhurbaşkanını diğer vatandaşlardan daha fazla koruyan Cumhurbaşkanına hakaret suçuna ilişkin kural (Vedat Şorli/Türkiye, no. 42084/19, 19.10.2021) gibi. Benzer örnekler için bkz. Serkan Cengiz (2024), Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yüksel Yalçınkaya/Türkiye Kararına İlişkin Değerlendirme, (Ankara: TBB-İnsan Hakları Merkezi), s. 19-20.

⁵⁶ Marie-Louise Bemelmans-Videc, "Effective implementation of the European Convention on Human Rights: the Interlaken process", Doc. 12221, 27.4.2010, para. 4; Christos Pourgourides (2010), "Strengthening Subsidiarity: Integrating the Court's Case-Law into National Law and Judicial Practice", http://www.assembly.coe.int/CommitteeDocs/2010/01102010_PourgouridesSkopje_E.pdf.

Taraf Devletler sadece taraf oldukları davalarda Mahkemenin kararlarını icra etmek yükümlülüğünde değildir, ayrıca diğer davalarda verilen kararların kendi hukuk sistemleri ve uygulamaları üzerindeki olası etkilerini dikkate almak zorundadırlar.⁵⁷

Reform sürecinde önemli bir basamak olan Interlaken Zirvesi⁵⁸ bu yükümlülüğü teyit etmiştir. Buna göre, taraf devletler, kendi hukuk sistemleri içinde aynı ilkesel sorunun varlığı halinde, başka bir devlet aleyhine verilen Sözleşme ihlaline ilişkin karardan çıkacak sonuçları dikkate alarak, iç hukuklarında gerekli düzenlemeleri yapmalıdır.⁵⁹ Kararlarının bu nesnel değeri AİHM tarafından da tanınmıştır:

“Esasen Mahkeme'nin kararları sadece Mahkeme'nin önüne getirilen davalarda karar verme işlevini yerine getirmez, daha genel olarak, Sözleşme tarafından düzenlenen kuralların aydınlatılması, güvence altına alınması ve geliştirilmesine de hizmet eder; bu şekilde Devletlere Sözleşmecî Taraf sıfatıyla yüklendiği taahhütlerini yerine getirmede katkı sunar”.⁶⁰

Opuz/Türkiye davasında AİHM, bu gerekliliği şu şekilde vurgulamıştır:

“Bu incelemeyi yerine getirirken ve Mahkeme'nin Sözleşme'nin Birinci Bölümünde tanımlanan haklar ve özgürlüklerin nihai bağlayıcı yorumunu sunduğunu akılda tutarak, Mahkeme, başka devletlere ilişkin olsa bile, ulusal yetkililerin benzer konulara ilişkin kararlarından çıkan ilkeleri yeterli düzeyde dikkate alıp almadığını inceleyecektir”.⁶¹

AİHM'in bu yaklaşımından anlaşılacağı üzere AİHM kararlarının sadece hüküm fıkrası değil ve fakat bu kararlardan çıkarılan ilkeler de taraf devletler açısından bağlayıcıdır.⁶² Ayrıca bu kararlarda Mahkeme kendi yorumunun sadece davaya taraf olan devlet açısından (*inter partes*) değil, aynı zamanda Sözleşmeye taraf olan tüm devletler açısından objektif (*erga omnes*) etkiye sahip olduğunu yani bağlayıcı olduğunu vurgulamaktadır. Pourgourides'in de belirttiği gibi *res interpretata* ilkesinin dayanağı, bu nedenle Mahkeme kararlarının icrasına ilişkin 46. madde değil, Devletlerin genel ödevlerini gösteren 1 ve 19. maddelerdir.⁶³ 1, 19, 32 ve 46. Maddeler birlikte okunduğunda, Sözleşme'de düzenlenen hak ve ödevlerin anlamının

⁵⁷ Resolution 1226 (2000), Execution of judgments of the European Court of Human Rights, para. 3.

⁵⁸ İsviçre dönem başkanlığında Interlaken'de gerçekleştirilen üst düzey toplantı belgelerine şu bağlantıdan ulaşılabilir: <http://www.eda.admin.ch/eda/en/home/topics/intorg/euroc/chprce/arch/inter.html>.

⁵⁹ Interlaken Eylem Planı, 4 (c).

⁶⁰ İrlanda/Birleşik Krallık, para. 154. Rantsev/Kıbrıs ve Rusya, no. 25965/04, 07.01.2010, para. 197.

⁶¹ Opuz/Türkiye, 33401/02, 9.6.2009, para. 163.

⁶² Yargıç Pinto de Albuquerque AİHM'in *res interpretata* şeklindeki bilimsel kavramı, Sözleşme'nin yorumlanması ve uygulanmasına ilişkin bağlayıcı bir ilkeye dönüştürdüğü görüşünü dile getirmiştir. GIEM Srl ve Diğerleri/İtalya [BD] No. 1828/06, 28.6. 2018, Pinto de Albuquerque kısmi karşı kısmış ayrışık oyu, para 76.,

⁶³ Christos Pourgourides (2010), “Strengthening Subsidiarity: Integrating the Court's Case-Law into National Law and Judicial Practice”, http://www.assembly.coe.int/CommitteeDocs/2010/01102010_PourgouridesSkopje_E.pdf

nihai olarak AİHM tarafından belirleneceği anlaşılmaktadır. Bunun sonucu olarak AİHS hükümleri lafzi anlamıyla değil, AİHM tarafından yorumlandığı anlamıyla bağlayıcıdır.⁶⁴ Taraf devletler, kendilerine ilişkin bir Mahkeme hükmünde belirtilsin veya belirtilmesin Sözleşme'ye uygun davranmak zorundadır. Sözleşme'nin hükümlerinin ne anlama geldiğini yorumlama ve açıklama yetkisi AİHM'in inhisarında olduğuna göre, AİHM tarafından verilen her karar aslında devletlerin objektif ödevlerinin ne olduğunu ortaya koymaktadır. O halde her kararın tüm taraf devletler açısından, ama öncelikle de davaya taraf devlet açısından Sözleşme hükümlerinin maddi içeriğini gösteren bir anlamı olduğunu söylemek mümkündür.

Konunun önemi, kararın infazı için yasal düzenleme yapmanın gerektiği durumda daha açık bir şekilde görülebilmektedir. Düzenlemeyi yapacak parlamento, düzenlemeyi sadece ilgili davadaki karar ışığında değil ancak AİHM'in genel içtihadı doğrultusunda yapmalıdır. Bir kararın doğru bir şekilde infaz edilip edilmediğinin denetlenmesinde de sadece ilgili karara değil ancak genel olarak içtihadı bakmakta fayda vardır. Bu nedenle, AKPM, ulusal meclisleri AİHM kararlarının icrasında rol almaya davet etmektedir.⁶⁵

Arnardottir konuya ilişkin çalışmasında Sözleşme hukukunda giderek yükselen ikincillik vurgusu ile kararların taraf olmayan devletleri de bağlaması anlamında *erga omnes* ve *res interpretata* ilkeleri arasında bir bağ bulunduğunu ileri sürmektedir.⁶⁶ Gerçekten de, eğer 15. Protokolde ifade edildiği gibi Sözleşmenin uygulanmasında birincil ödev ulusal mercilerin olacaksa ve bu uygulamanın ortak bir hukuku temsil etmesi gerekiyorsa, bu konuda AİHM kararlarının bir bütün olarak ulusal makamlara öncülük etmesi gerekir. AİHM kararlarının hüküm bölümünden ilkeler çıkarılamayacağına göre ulusal makamların uygulayacağı ölçütler ancak gerekçe bölümünden çıkarılabilir. Bu da kararların gerekçelerinin tüm Devletler açısından bağlayıcı olması halinde mümkündür. Aksi halde ikincillik ilkesinin uygulanamaz olması veya her ülke açısından farklı standartların uygulanması gibi bir sonuç ortaya çıkacaktır.

Genel olarak, *erga omnes* etki, Mahkeme'nin bağlayıcı bir içtihat doktrinini (*stare decisis*) takip etmemesine rağmen, farklı bir davada aynı konuyla tekrar karşılaştığında Sözleşme'yi aynı şekilde yorumlaması ve uygulamasının beklenebileceği gerçeğinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, Taraf Devletler, davasında ihlal tespit edilen başvuranla aynı veya benzer konumda

⁶⁴ S. Besson (2011), 'The Erga Omnes Effect of Judgments of the European Court of Human Rights –What's in a Name?' in S Besson (ed), *La Cour européenne des droits de l'homme après le Protocole 14 – Premier bilan et perspectives*, s. 127, 141.

⁶⁵ Resolution 1516 (2006) on the implementation of judgments of the Court, para. 22.

⁶⁶ Oddný Mjöll Arnardottir, "Res Interpretata, Erga Omnes Effect and the Role of the Margin of Appreciation in Giving Domestic Effect to the Judgments of the European Court of Human Rights", (2017) 28 EJIL 819.

olan kişilerin de Sözleşme'nin ihlal edildiğini iddia edebileceklerini bekleyebilirler. Bu ilke sadece farklı Taraf Devletlerden diğer kişiler için değil, aynı Taraf Devletten diğer kişiler için de geçerlidir.⁶⁷

O halde, genel önlemlerin belirlenmesinde öncelikle bir kararın gerekçesinin (*obiter dictum*) ne olduğuna bakılmalı ve hukuki öngörülebilirlik ilkesi uyarınca aynı durumlarda aynı kararların verileceği dikkate alınarak, gelecekte gerçekleşebilecek ihlallerin önlenmesi için ilgili kararda ihlale sebebiyet veren kural ve uygulama her ne ise, gerekiyorsa geriye de yürütülecek şekilde bu kural ve uygulamaya son verilmelidir.

Nitekim, Bakanlar Komitesi de AİHM kararlarının uygulanıp uygulanmadığını izlerken kararların gerekçesinden çıkan rehberi takip etmek zorundadır. Kararların önemli bir kısmında AİHM'in açıkça genel önlemleri belirlemediği düşünüldüğünde Bakanlar Komitesinin elindeki tek imkân kararın gerekçesinden alınması gereken genel ilkeleri tespit etmektir. Bu da dolaylı yoldan aslında kararların gerekçelerinin de bağlayıcı olması anlamına gelmektedir.

Öte yandan, AİHM yakın dönemde bireysel önlemlere ilişkin olduğu gibi genel önlemlere ilişkin de yönlendirici kararlar almaktadır. AİHM öteden beri Mahkeme kararlarının, özellikle ihlalin kaynağının mevzuattan kaynaklandığı durumlarda, önündeki davayı aşan sonuçlarının olduğunu belirtmekteydi.⁶⁸ Ancak bu daha geniş ödevin Bakanlar Komitesi aşamasında genel yükümlülüklerin yerine getirilmesi ile karşılanacağını kabul ediyordu. Yakın dönemde gündeme gelen kopya dava kavramı, bu gibi durumlarda konu henüz Bakanlar Komitesi'nin önüne gitmeden AİHM'in inisiyatif almasını ve Bakanlar Komitesi'nin AİHM'in verdiği genel nitelikli karar uyarınca izleme yapmasını gündeme getirmiştir.

Karar ne kadar spesifik olursa, devlete hangi telafi edici tedbirin gerekli olduğu ve muhtemelen bunun ne zaman gerçekleştirilmesi gerektiği konusunda o kadar az takdir yetkisi kalır.⁶⁹

Bakanlar Komitesi, DH Res (2004)3 sayılı “Sistemik bir sorunu ortaya koyan kararlar” hakkında hazırladığı kararında,⁷⁰ AİHM’yi “özellikle bu durum çok sayıda başvuru yapılmasına neden olarsa devletlere uygun çözüm bulma yolunda ve Bakanlar Komitesi’ne kararların

⁶⁷ Mathieu Leloup (2020), “The Concept of Structural Human Rights in the European Convention on Human Rights”, 20 Human Rights Law Review, 480, 485.

⁶⁸ Marckx/Belçkiya, Series A no. 31, para. 58.

⁶⁹ Donald ve Speck, s. 84.

⁷⁰ Resolution Res (2004) 3 on judgments revealing an underlying systemic problem. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. M. Semih Gemalmaz (2006), Ulusalüstü İnsan Hakları Usul Hukuku Mevzuatı, 2. Kitap, Avrupa Konseyi Belgeleri ve AİHM Kuralları Şerhi, (Legal: İstanbul), s. 799.

uygulanmasını denetlemede yardımcı olmak amacıyla, sistemik bir sorun ve bu sorunun nedenleri olduğunu düşündüğü durumları tespit etmeye” davet etmiştir.

Pilot karar, genel bir sorunun spesifik bir dava üzerinden tanımlanarak çözülmesi olarak özetlenebilir. Buna göre, aynı mevzuat ve/veya uygulamadan kaynaklanan birbirini tekrar eden vakanın kaynağındaki sorunun bir vakada tespit edilip, genel önlem alınmasının istenmesi pilot karara vücut vermektedir.

Uzun süre, Bakanlar Komitesi kararlarına atıfla ve kararlarında yaptığı tanımla pilot karar yöntemini uygulayan AİHM, Interlaken Bildirgesi'nde de tekrarlanan tanım taleplerini İçtüzüğünü değiştirerek cevap vermiştir.⁷¹ Mahkeme İçtüzüğü'nün 61 (1) maddesine göre "Mahkeme bir başvuruya ilişkin olgular ilgili Taraf Devlette benzer başvurulara neden olan veya olabilecek yapısal veya sistemik bir sorun veya benzer bir işlev bozukluğunun varlığını ortaya çıkarırsa pilot-karar usulünü başlatıp bir pilot karar verebilir." Aynı maddenin 3. fıkrasına göre; Mahkeme kararın hüküm bölümünde, pilot kararında yapısal veya sistemik sorunun veya diğer işlev bozukluğunun niteliğini ve ilgili taraf devletin ulusal düzeyde alması gereken giderici önlem tiplerini belirleyecektir. AİHM kararın gereği olarak ulusal giderim mekanizmalarının kurulması için belirli bir süre verebileceği gibi hüküm fıkrasında yapısal/sistemik sorundan kaynaklı benzer başvuruların incelemesinin ertelenmesine de karar verebilir. Ancak, davalı hükümetin hükmün gereğini yerine getirmemesi halinde ertelenen başvuruların incelenmesine tekrar başlanabilir.⁷²

Bununla birlikte, AİHM sistemik sorun bulunan her davayı pilot dava olarak nitelermemektedir. Bu nedenle, AİHM'in genel önlemlere işaret ettiği kararların pilot kararlar ve 46. Madde kararları şeklinde sınıflandırıldığı görülmektedir. 46. Madde kararlarında AİHM, 46. Madde uyarınca devlete ve Bakanlar Komitesine genel önlemlerin nasıl uygulanacağını tarif etmekte ama bu değerlendirmeyi hüküm fıkrasına yazmamaktadır. Yine bu kararlarda, kararın gereğinin yerine getirilmesi için Taraf Devlete bir süre de verilmemektedir. Bu karar tipi sayıca

⁷¹ İçtüzük değişikliği öncesi, pilot kararın tam olarak ne gerektirdiği net olmamakla birlikte, Broniowski kararından itibaren genel olarak pilot kararın koşullarının neler olduğu bilinmektedir. Dönemin Mahkeme Başkanı Wildhaber'in konuya ilişkin açıklaması için bkz. Luzius Wildhaber, 'Pilot Judgments in Cases of Structural or Systemic Problems on the National Level', Rüdiger Wolfrum ve Ulrike Deutsch (eds.), *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions* (Berlin: Springer Verlag 2009) s. 69, 71.

⁷² Burdov/Rusya (No. 2), para. 127-128.

pilot kararlardan çoktur.⁷³ Yukarıda açıklandığı gibi *res interpretata* ilkesi uyarınca kararın gerekçe (*obiter dictum*) bölümünün bile hukuken bağlayıcı olabildiği değerlendirildiğinde, AİHM'in 46. madde uyarınca yaptığı değerlendirmenin göz ardı edilmesi mümkün değildir. 46. madde uyarınca verilen kararda belirtilen genel önlem ne kadar spesifik bir nitelik taşıyorsa Taraf Devletin kararın yerine getirilmesi için alacağı önlemler bakımından takdir marjı da o derece daralmaktadır.

Tıpkı bireysel önlemlerde olduğu gibi genel önlemler söz konusu olduğunda da esasen AİHM'in genel önlemi işaret etmesi Taraf Devlete yeni bir yükümlülük yüklememektedir. Bir ihlal kararı, eğer ihlal kararı verilen vaka izole bir vaka değilse Taraf Devlete her ihtimalde benzer ihlalleri önleme yükümlülüğü de yüklemektedir. Ancak AİHM'in genel önlemleri işaret ettiği kararlarda Taraf Devletlerin alınacak genel önlemlere ilişkin takdir marjı daralmaktadır.

Aşağıda açıklanacağı gibi Yüksel Yalçınkaya kararı bu nitelikte bir karardır.

3. Genel Önlemlerin Muhatabı Kimdir?

Genel olarak uluslararası hukuk, özel olarak da AİHS sistemi açısından ihlal kararına içkin olan veya AİHM tarafından açık olarak tarif edilen genel önlem alma yükümlülüğünün muhatabı bütün olarak taraf devlettir ya da başka deyişle bu devletin yasama, yürütme ve yargıdan oluşan tüm erkleridir.⁷⁴

İhlin hangi erk tarafından, hangi yöntem ve araçla giderileceği ise ulusal hukuk bağlamında devletin takdirine kalmaktadır. Örneğin ihlal bir yasa hükmünden kaynaklanıyorsa, bu ihlale ilişkin alınması gereken genel önlem o kuralın kaldırılması ya da Sözleşme ile uyumlu hale getirilmesidir.⁷⁵ Bununla birlikte, ilgili hükmü zımnen ilga ederek yargı da aynı sonuca ulaşabilir.⁷⁶

⁷³ Örn. Ramadhi ve 5 Diğer Başvurucu/Arnavutluk, no. 38222/02, 13.11.2007; Ghigo/Malta (Adil Tatmin), no. 31122/05, 17.7.2008, para. 29; Orchowski/Polonya, no. 17885/04, 22.11.2009, para. 153-154; Sarıca ve Dilaver/Türkiye, no. 11765/05, 27.5.2010.

⁷⁴ Marten Breuer (2021), "The Concept of 'Principled Resistance' to ECtHR Judgments: A Useful Tool to Analyse Implementation Deficits?", 12 Journal of International Dispute Settlement 250, 265.

⁷⁵ Bakanlar Komitesi 12-14 Mart 2024 tarihleri arasında gerçekleştirdiği 1492. Toplantısında Artun ve Güvener dava grubu altında takip ettiği TCK'nın 125 ve 299. Maddelerinin uygulanmasından kaynaklanan ifade özgürlüğü ihlalleriyle ilgili olarak TCK'nın 125. Maddesinin Sözleşmeyle uyumlu hale getirilmesi, 299. Maddenin ise kaldırılması gerektiğine karar vermiştir. Karara şuradan erişilebilir: <https://hudoc.exec.coe.int/eng?i=004-37417>

⁷⁶ AYM, Sevim Akat Eşki (B. No: 2013/2187, 19/12/2013) kararında AİHM'in Ünal Tekeli/Türkiye, (B. No: 29865/96, 16/11/2004) Leventoğlu Abdulkadiroğlu/Türkiye, (B. No: 7971/07, 28/5/2013) Tuncer Güneş/Türkiye, (B. No: 26268/08, 3/10/2013) ve Tanbay Tüten/Türkiye, (B. No:38249/09, 10/12/2013) kararlarında tespit ettiği

İhlal bir idari uygulamadan ya da yargısal pratikten kaynaklanıyorsa Taraf Devletin daha geniş bir takdir alanına sahip olacağı söylenebilir. İdari ya da yargısal pratiği değiştirmek için çeşitli şekillerde yasal değişiklik yoluna gidilebileceği gibi duruma göre yasa altı düzenlemeler ya da doğrudan idari ve yargısal pratiği değiştirecek yöntemler, mesela yargısal içtihadın değiştirilmesi gibi yöntemlerden herhangi birini seçme konusunda taraf devletin takdir yetkisi vardır. Ancak bu durumda Taraf Devletin yasama, yürütme ve yargı organlarının sorumluluğu birbirini üzerine atması riski bulunmaktadır. Bu hallerde yükümlülüğün öncelikle ihlale sebebiyet veren organda olduğunu belirtmek gerekir.

Aşağıda Yalçınkaya kararı bağlamında nasıl somut giderim araçları önerilebileceğini tartışmaya çalışacağız.

III. Yüksel Yalçınkaya Kararı

AİHM Büyük Dairesinin 26 Eylül 2023 tarihli Yüksel Yalçınkaya kararı 15 Temmuz darbe girişimi sonrasında yürütülen örgüt üyeliği yargılamaları ve bu çerçevede ByLock delili açısından öncü nitelikte bir karardır. Mahkeme söz konusu kararda Sözleşmenin 6., 7., ve 11. maddelerinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Ayrıca Mahkeme bu ihlallerin sistemik bir sorundan kaynaklandığını belirterek Sözleşmenin 46. maddesi bağlamında bazı belirlemelerde bulunmuştur. Yukarıda açıklandığı üzere, kararın hem bireysel hem de genel hukuki sonuçlarının anlaşılabilmesi için hüküm fıkrası yanında ihlalin dayanaklarının açıklandığı gerekçe (*obiter dictum*) bölümünün de dikkatli bir şekilde okunması gerekir. Aşağıda önce kararın her bir madde açısından ihlal dayanakları saptanacak, ardından da 46. madde kapsamında yapılan değerlendirme ışığında kararın, aynı nitelikteki (*identical*) derdest ve nihai dosyaları nasıl etkileyeceği tartışılacaktır.

A. AİHM'in 7. Maddeye İlişkin Tespitleri

Sözleşmenin 7. maddesinde “*Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı biçimde, suçun*

ihlalin Medeni Kanun'un 187. Maddesinden kaynaklandığını tespit ederek bu hükmün Anayasanın 90. Maddesi gereğince uygulanamayacağına karar vermiştir. Ayrıca bkz. Gülsim Genç, B. No: 2013/4439, 6/3/2014; Neşe Aslanbay Akbıyık, B. No: 2014/5836, 16/4/2015.

işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.” hükmü yer almaktadır. Başvurucu işlendiği zaman kanunda suç olarak tanımlanmayan fiiller nedeniyle cezalandırıldığını belirterek 7. maddede güvence altına alınan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Hükümet başvurusunun mahkûmiyet hükmünün esas olarak ByLock uygulamasını indirmesine dayandırıldığını, söz konusu programın münhasıran FETÖ/PDY üyeleri tarafından kullanıldığını, bu nedenle ByLock kullanımının örgüt üyeliğinin kesin delili olduğunu, diğer delillerin ise başvurusunun mahkumiyetini destekleyici delil olarak kullanıldığını ileri sürmüştür.

AİHM’e göre, hukukun üstünlüğünün temel bir unsuru olan Sözleşme'nin 7. maddesinde yer alan güvence, Sözleşme'nin 15. maddesi uyarınca savaş veya diğer olağanüstü hallerde dahi askıya alınamayacak bir ilke olup, Sözleşme'nin koruma sisteminde önemli bir yere sahiptir. Sözleşmenin, amacı ve hedefi doğrultusunda, keyfi kovuşturma, mahkûmiyet ve cezalandırmaya karşı etkili güvenceler sağlayacak şekilde yorumlanmalı ve uygulanmalıdır (§ 237).

Sözleşme'nin 7. maddesi, ceza hukukunun geriye dönük olarak sanığın aleyhine uygulanmasını yasaklamakla sınırlı değildir. Aynı zamanda, daha genel olarak, sadece yasanın bir suçu tanımlayabileceği ve bir ceza öngörebileceği ilkesini (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) ve ceza hukukunun, örneğin kıyas yoluyla, bir sanığın aleyhine olacak şekilde geniş yorumlanmaması gerektiği ilkesini de içerir. Bu ilkelere, bir suçun kanunda açıkça tanımlanmış olması gerektiği sonucu çıkmaktadır. Bu gereklilik, bireyin ilgili hükmün lafzından ve gerekirse mahkemelerin yorumundan, hangi eylem ve ihmallerin kendisini cezai olarak sorumlu kılacağını bilebildiği durumlarda yerine getirilmiş olur. 7. madde, özellikle erişilebilirlik ve öngörülebilirlik gibi niteliksel gereklilikleri ima etmektedir (§ 238).

Mahkeme, 7. maddeye ilişkin olarak, öncelikle suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin hangi fiillerin suç olduğunun önceden kanunla düzenlenmiş olmasını gerektirdiğini belirtmiştir. Bu çerçevede başvurusunun mahkumiyetine neden olan silahlı terör örgütüne üye olma suçunun Türk Ceza Kanunu (m.314/2) ve Terörle Mücadele Kanunu'nda (m.3,7) düzenlendiğini bu kuralların Yargıtay içtihatlarıyla kapsamının açıklandığını tespit etmiştir. Dolayısıyla başvurusunun söz konusu fiilleri işlediği sırada silahlı terör örgütüne üye olma suçunun yasalarda düzenlenmiş olduğunu tespit etmiştir.

Ancak Sözleşmenin 7. maddesi suçların kanunda düzenlenmiş olmasını yeterli kabul etmemekte, bu yasaların öngörülebilir şekilde uygulanmasını da gerektirmektedir. Ceza hukuku

da dâhil olmak üzere herhangi bir hukuk sisteminde, bir kanun hükmü ne kadar açık bir şekilde belirtilmiş olursa olsun, yargısal yorum kaçınılmazdır. Şüpheli noktaların açıklığa kavuşturulması ve değişen koşullara uyarlanması ihtiyacı her zaman mevcuttur. Nitekim Taraf Devletlerde, ceza hukukunun yargısal kanun yapma yoluyla aşamalı olarak geliştirilmesi, hukuk geleneğinin yerleşik ve gerekli bir parçasıdır. Sözleşme'nin 7. maddesi, ortaya çıkan gelişmenin suçun özülle tutarlı olması ve makul bir şekilde öngörülebilir olması koşuluyla, cezai sorumluluk kurallarının davadan davaya yargısal yorum yoluyla kademeli olarak açıklığa kavuşturulmasını yasakladığı şeklinde değerlendirilemez. Erişilebilir ve makul ölçüde öngörülebilir yargısal bir yorumun bulunmaması, 7. madde kapsamındaki hakların ihlal edildiği sonucuna varılmasına yol açabilir (§ 239). Kişiler hangi eylemlerin suç teşkil ettiğini en azından bir hukukçunun yardımıyla da olsa öngörebilmelidir.

Son olarak AİHM'in suçun manevi unsuru açısından şu saptamasının altının çizilmesi gerekir: "Mahkeme son olarak, erişilebilirlik ve öngörülebilirlik koşulları gereğince, ilke olarak, bir tedbirin ancak failin şahsi sorumluluğuna ilişkin bir unsurun tespit edilmesi durumunda 7. madde kapsamında bir ceza olarak kabul edilebileceğini tespit etmiştir. Buna göre 7. madde, cezalandırma bağlamında, suçu fiziksel olarak işleyen kişinin davranışlarında sorumluluk unsurunun tespit edilebileceği zihinsel bir bağlantının varlığını da gerektirmektedir (bk. G.I.E.M. S.r.l. ve Diğerleri/İtalya [BD], no. 1828/06 ve diğer 2 başvuru, §§ 242 ve 243, 28 Haziran 2018). Bu gereklilik, Sözleşme'ye uygun olmaları kaydıyla, sorumluluk karinelerinden kaynaklanan bazı objektif sorumluluk biçimlerinin varlığını engellemez. Daha spesifik olarak, bir karine, bireyin kendisine yöneltilen suçlamalardan kurtulmasını imkânsız hâle getirmemelidir". (§ 242)

Bu kapsamda AİHM, başvurunun terör örgütü üyeliğinden cezalandırılmasının 7. maddenin gereklerine uygun olarak Türk hukukunda öngörülen yukarıdaki standartlar çerçevesinde öngörülebilir olup olmadığını incelemiştir.

AİHM Yalçınkaya kararında, yukarıdaki genel saptamalar ışığında AİHS'in 7. maddesinin ihlal edilip edilmediğine karar verirken, TCK'nın 314. maddesinin Yargıtay içtihadıyla geliştirilmiş somut anlamını araştırmış, başvurunun davasında yargı içtihatlarıyla somutlaşmış bu kuralın öngörülebilir bir şekilde uygulanıp uygulanmadığını sorgulamıştır. Hem silahlı terör örgütünün hem de bu gibi örgütlere üye olma suçunun unsurlarını açıklığa kavuşturan Yargıtay içtihadı, silahlı terör örgütüne üye olma suçunu düzenleyen yasal çerçeveyi tamamlamaktadır. (§ 247)

AİHM'in de saptadığı üzere Yargıtay içtihatlarına göre cebir, şiddet ve tehdit yöntemleriyle siyasi amaçları gerçekleştirme hedefiyle kurulan bir örgütün bu amaçlarını bilerek ve isteyerek örgütün hiyerarşisine tabi olan ve iradesini örgüte teslim edenler, eylemlerinin örgütün amacı ve menfaatlerine katkısı itibariyle süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk koşullarını taşıması şartıyla örgüt üyeliğinden cezalandırılacaktır. Yargıtay ilaveten, suçun manevi unsurunun “doğrudan kast ve suç işlemek amacı veya saiki” olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla, bir örgütte yer alan kişinin, girdiği örgütün suç işleyen veya suç işlemeyi amaçlayan bir örgüt olduğunu bilmesi ve bu amacın gerçekleştirilmesine yönelik özel kastının bulunması gerekmektedir (§ 247). Yerel mahkemelerin ilgili kanuna uymaması veya bu kanunu, belirli bir davada makul olmayan şekilde yorumlaması veya uygulaması, kendi başına, Sözleşme'nin 7. maddesinin ihlaline yol açabilmektedir.

Bu çerçevede mesaj içeriklerine ve kiminle mesajlaşıldığına bakmadan, salt uygulamayı indirmenin kesin delil olarak kabul edilmesinin, ByLock uygulamasını terör örgütü üyeliği suçunun maddi ve manevi unsuru haline getirdiğini ve kişilerin kendilerine yönelik suçlamalara cevap vermesine imkân vermeyecek şekilde bir suçluluk karinesi yarattığını tespit eden AİHM, böyle bir yargısal uygulamanın 7. maddenin gerektirdiği öngörülebilirliği sağlamaktan uzak ve kişilerin keyfi olarak cezalandırılmasına neden olduğunu belirterek 7. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. AİHM, 7. maddenin ihlali tespitini yaparken özellikle suçun manevi unsuruna vurgu yapmıştır. ByLock iletişiminden kişinin örgütün yöntem ve amaçlarını bildiği, bu yöntem ve amaçları benimsediği ve bu yönde örgüt hiyerarşisine dahil olarak iradesini örgüte teslim ettiği somut olarak anlaşılmıyorsa, ByLock uygulamasını salt indirmiş ya da kullanmış olması dolayısıyla cezalandırılması kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesini ihlal edecektir. Zira başvurusunun böyle bir eylem nedeniyle cezalandırılabilmesini öngörmesi mümkün değildir.

Mahkemenin açıklıkla ortaya koyduğu gibi suçun maddi ve manevi unsurlarının gerçekleştiğini somut olarak ispatlamadan, salt olarak ByLock uygulamasını indirmiş ya da kullanmış olması dolayısıyla bir kişinin cezalandırılması ByLock kullanmayı bir suçun delili olmaktan çıkarır bizzat suç fiili haline getirir. Yani artık cezalandırılan eylem, örgüt üyeliği değil, ByLock kullanmaktır. Bu husus AİHM tarafından şu şekilde ifade edilmiştir:

“Görünüşe göre, yerel mahkemelerin yorumu bir varsayıma dayalı olup, bu varsayım iddia konusu sonuçların yalnızca ByLock'un kullanımından otomatik olarak kaynaklandığını savunmaktadır. Bu şekilde, silahlı bir terör örgütüne üyelik koşullarının tamamının (gerekli kasıt koşulu da dahil olmak üzere) karşılandığını tespit etmeksizin; söz konusu uygulamanın kullanıcılarına etkin bir ceza sorumluluğu yüklenmektedir. Mahkemeye göre, bu durum söz konusu suçun devamlılık, çeşitlilik ve yoğunluğa dayalı organik bir bağın varlığının kanıtlanması ve spesifik bir manevi unsurun var olmasını gerektiren özüne (bk. yukarıdaki 184. paragraf) aykırı olup; Sözleşme'nin 7. maddesi

uyarınca bireyin kişisel sorumluluğunun tespit edilebileceği manevi bir bağ mevcut değilken cezalandırılmama hakkına uygun değildir.” (§ 264).

Oysa Ceza kanunlarında böyle bir suç düzenlenmiş değildir. Bu nedenle AİHM, Türk yargısının uyguladığı **“ByLock indirmek= Terör örgütü üyeliği”** formülünün Sözleşmenin 7. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir.

B. AİHM’in 6. Maddeye İlişkin Tespitleri

Sözleşme'nin 6 § 1 maddesinde;

"Herkes, kendisine yöneltilen herhangi bir suç isnadının ... karara bağlanmasında, ... yasayla kurulmuş bir mahkeme tarafından ... adil bir ... duruşma yapılmasını isteme hakkına sahiptir. ..." denilmektedir.

İlke olarak, belirli delil türlerinin - örneğin, iç hukuk açısından hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin - kabul edilebilir olup olmadığını veya aslında başvuranın suçlu olup olmadığını tespit etmek Mahkemenin görevi değildir. Yanıtlanması gereken soru, delillerin ne şekilde elde edildiği hususu da dâhil olmak üzere, yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığıdır. Yargılamanın genel olarak adil olup olmadığı değerlendirilirken, davanın ilgili tüm unsurları ışığında, savunma haklarının Sözleşme'nin 6. maddesine uygun bir şekilde gözetilip gözetilmediği özellikle dikkate alınmalıdır (§ 310). Diğer hususların yanı sıra, başvurana delillere ve bunların kullanılmasına itiraz etme imkânının tanınıp tanınmadığı incelenmelidir. Savunma hakları açısından bakıldığında, sanık lehine veya aleyhine olan delillerin adil yargılanmayı sağlayacak şekilde sunulup sunulmadığına ilişkin olarak 6. madde kapsamında meseleler ortaya çıkabilmektedir, zira adil yargılanma; çekişmeli yargılama ve silahların eşitliğini gerektirmektedir. Dolayısıyla, delillerin yönetimi sürecindeki olası kusurlar, Sözleşme'nin 6 § 1 maddesi kapsamında incelenebilmektedir (§ 303).

Başvurucu yargılama sırasında hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin kullanıldığını ve mahkumiyetine gerekçe yapıldığını, ByLock ham verilerinin kendisine ve avukatına verilmediğini bu nedenle verilerin güvenilirliği yönünden herhangi bir inceleme yaptırmadığını, kendini gerektiği gibi savunmadığını, mahkemelerin tarafsız ve bağımsız olmadığını, avukatı ile görüşmelerinin kayıt altına alındığını belirterek Sözleşmenin 6. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

AİHM, bir taraftan teknolojinin sağladığı olanaklar çerçevesinde elektronik delillerin suç soruşturmasındaki önemini vurgularken bir taraftan da bu delillerin toplanması, saklanması ve korunması sırasında müdahalelere açık olması dolayısıyla bu delillerin güvenilirliğini sağlamadaki zorluklara da işaret etmiştir (§ 312). Bununla birlikte, bu faktörler teoride Sözleşme'nin 6 § 1 maddesi kapsamındaki güvencelerin daha katı veya daha yumuşak olacak şekilde farklı uygulanmasını gerektirmez. Mahkemenin temel kaygısı, bir kez daha, Sözleşme'nin 6. maddesinde yer alan usuli ve kurumsal güvenceler ve adil yargılamaya ilişkin temel ilkeler ışığında yargılamanın genel olarak adil olup olmadığını değerlendirmektir (§ 313).

AİHM, söz konusu ByLock verilerinin başvuranın davasında kritik öneme sahip olduğunu, zira bu verilerin başvuran aleyhindeki ceza yargılamalarına yol açtığını vurgulamıştır. Bu verilerin esasen yalnızca başvuranın ByLock kullandığı iddiasına ilişkin bireyselleştirilmiş bilgilerin toplanması konusunda kullanılmakla kalmadığını, aynı zamanda ByLock uygulamasının münhasıran örgütsel bir iletişim aracı olarak nitelendirilmesi için temel oluşturduğunu ve böylece doğrudan başvuranın mahkûmiyetine yol açtığını belirtmiştir. Ayrıca, ByLock materyalinin potansiyel olarak başvuranın kendisini temize çıkarmasına veya bu materyalin kabul edilebilirliğine, güvenilirliğine, bütünlüğüne veya delil değerine itiraz etmesine olanak tanıyabilecek unsurlar içerdiğinin de göz ardı edilemeyeceğini belirtmiştir (§ 328).

Bu çerçevede AİHM, ByLock verilerinin açıklanmaması nedeniyle başvuranın maruz kaldığı herhangi bir zararın yeterli usulü güvencelerle dengelenip dengelenmediğini ve Sözleşme'nin 6. maddesinin gerektirdiği şekilde savunmasını hazırlamak için başvurana uygun bir fırsat verilip verilmediğini incelemiştir.

AİHM ilk olarak Hükümet'in ByLock ile ilgili verilerin başvurana verilmemesini haklı çıkarmak için neden göstermediğini, başvurucuya ulusal mahkemeler tarafından ham verilerin - özellikle de kendisini ilgilendirdiği ölçüde - neden ve kimin kararıyla kendisinden saklandığına dair hiçbir açıklama yapılmadığını, başvuranın verilerin dava dosyasına kabul edilmesi talebinin basitçe cevapsız kaldığını, ByLock kullanıcı listelerinin nasıl oluşturulduğu ve bireysel ByLock kullanıcılarına ilişkin ham verilerin neden izole edilemediği ve ilgili kullanıcılarla paylaşılmadığı konusunda daha fazla bilgi sağlayan tamamlayıcı analiz raporunun, aleyhindeki ceza yargılamaları sırasında başvurucuya sunulmadığını not etmiştir. AİHM'e göre başvurucu, bu gerekçelerin geçerliliğine itiraz etmek ya da çatışan menfaatler arasında adil bir denge kurmak ve savunma haklarını güvence altına almak için her türlü çabanın gösterildiğine itiraz etmek gibi herhangi bir karşı argüman sunma fırsatından mahrum bırakılmıştır (§ 331).

AİHM, ikinci olarak, başvuruçunun ham verilerin içeriğinin ve bütünlüğünün doğrulanması için bağımsız bir incelemeye tabi tutulması talebinin de ulusal mahkemeler tarafından dikkate alınmadığını kaydetmiştir (§ 332).

Üçüncü olarak AİHM, başvuran tarafından ByLock kanıtlarının güvenilirliğine ilişkin endişelerini göstermek amacıyla ileri sürülen bir dizi diğer argümanın -MİT tarafından yayınlanan farklı ByLock kullanıcı listeleri arasındaki tutarsızlığın yanı sıra tespit edilen ve sonunda kovuşturulan kullanıcı sayısı ile indirme sayısı arasındaki tutarsızlık gibi- yerel mahkemeler tarafından cevapsız bırakıldığını tespit etmiştir (§ 334).

AİHM, ilke olarak, savunmanın delillere doğrudan erişememesi ve bunların doğruluğunu ve güvenilirliğini ilk elden test edememesinin, ulusal mahkemelere bu konuları en kapsamlı incelemeye tabi tutma konusunda daha fazla sorumluluk yüklediği kanaatindedir. Bu bağlamda başvuruçunun, ulusal mahkemeler önünde sürekli olarak, verilerin doğruluğunu ve bütünlüğünü sağlamak için çeşitli güvenceler öngören CMK'nın 134. maddesi uyarınca ByLock verilerinin toplanmadığını veya kendisiyle paylaşılmadığını savunmuş ve böylece bu delillerin yalnızca hukuka uygunluğuna değil aynı zamanda güvenilirliğine de itiraz etmek durumunda kalmıştır. AİHM özellikle, yerel mahkemelerin ByLock verilerinin MİT tarafından toplanması ile sulh ceza hakimliğinin bu verilerin incelenmesine ilişkin müteakip kararı arasında geçen sürede zaten işlenmiş ve sadece istihbarat amacıyla değil, aynı zamanda soruşturma başlatmak ve başvuranı da dâhil olmak üzere şüphelileri tutuklamak için suç delili olarak kullanılmış olduğu gerçeğini hesaba katmadıklarını vurgulamıştır. MİT'in ceza yargılamalarında delil olarak kullanılmak üzere veri toplama yetkisinin bulunmadığı ve 9 Aralık 2016 tarihli mahkeme kararının bu şekilde toplanan delilleri geriye dönük olarak "hukuka uygun" ve güvenilir kılamayacağı yönündeki iddiaların ne Ankara Bölge Adliye Mahkemesi ne de Yargıtay tarafından incelenmediğini belirtmiştir (§ 334).

Dördüncü olarak AİHM, ham verilerin başvuranla paylaşılması mümkün olmasa da taraflar arasındaki "adil denge" şartının, en azından yargılamanın, başvuranın, özellikle söz konusu uygulama üzerindeki faaliyetinin niteliği ve içeriği de dâhil olmak üzere, kendisiyle ilgili deşifre edilen materyalin tamamı hakkında yorum yapmasına olanak tanıyacak şekilde yürütülmesini gerektirdiğini belirtmiştir. Bu çerçevede BAM Dairesi başvuranın iletişim içeriğinin gönderilmesini KOM'dan istemesine rağmen bu veriler gelmeden kararını verdiğini ve söz konusu veriler dosyaya girmeden Yargıtayın cezayı onayarak mahkûmiyet hükmünü kesinleştirdiğini vurgulamıştır (§ 335). Başvuranın iletişim içeriğine erişiminin, savunma hakkı ve iddialarını ispatlama açısından önemini hatırlatmıştır.

AİHM, beşinci olarak, savunmanın maruz kaldığı önyargının, ulusal mahkemelerin ByLock delillerine ilişkin gerekçelerindeki eksikliklerle daha da arttığını belirterek başvurucunun, savcılığın elindeki ByLock verilerine doğrudan itiraz edemediği ve başvurucunun bunların doğruluğuna ilişkin itirazlarını ulusal mahkemelerin ilgili ve yeterli gerekçelerle ele alması birincil öneme sahip olduğu halde, yerel mahkemelerin bunu yapmadığını tespit etmiştir (§ 337).

AİHM, ByLock uygulamasının münhasıran FETÖ/PDY mensuplarınca kullanıldığı yönündeki yargı ve hükümet argümanlarını da incelemiş ve teknik verilerin bu argümanı doğrulamadığı sonucuna varmıştır (§ 339). Google Play Store ve App Store'dan yüzbinlerce kez indirilen uygulamanın nasıl olup da yalnızca örgüt mensuplarınca kullanıldığının teknik olarak ispat edilemediğini vurgulayan Mahkeme, buna ilişkin MİT raporundaki eksikliklere ve tutarsızlıklara da değinmiştir. Mahkeme, dönüm noktası niteliğindeki kararlarında Yargıtay da dâhil olmak üzere **ulusal mahkemelerin**, ByLock'un münhasır ve örgütsel olduğu iddiasına ilişkin olarak **MİT tarafından yapılan tespitleri yargılama dışı bir bağlamda kabul ettiklerini ve bu tespitleri derinlemesine incelemediklerini kaydetmiştir** (§ 340).

Mahkeme, bu tespitler ışığında, başvurucunun **aleyhindeki delillere itiraz etme ve savunmasını etkili bir şekilde ve iddia makamıyla eşit bir şekilde yürütme** fırsatına sahip olmasını sağlamak için **yeterli güvencelerin bulunmadığı** kanaatine varmıştır.

AİHM'e göre söz konusu ceza yargılamalarının kendine has özelliklerine rağmen - hem yürütüldükleri bağlam hem de binlerce başka kişiyle ilgili yüksek miktarda şifrelenmiş elektronik veri içeren ana delillerin niteliği ve kapsamı açısından - ulusal mahkemelerin, başvurucu aleyhindeki yargılamaların genel olarak adil olmasını sağlamak için yeterli önlemleri almaları gerekirdi. Ancak bunu yapmamışlardır. Mahkeme'nin görüşüne göre, ulusal mahkemelerin, başvurucunun söz konusu delile etkili bir şekilde itiraz edebilmesi, davanın özünde yatan önemli meseleleri ele alabilmesi ve kararlarını gerekçelendirebilmesi için söz konusu delile karşı- karşıklı olarak- uygun güvenceleri tesis etmemesi, başvurucunun 6/1. madde kapsamındaki usuli haklarının özülle bağdaşmamaktadır. **Bu eksiklikler, demokratik bir toplumda mahkemelerin kamuoyunda uyandırması gereken güveni zedeleyici ve yargılamanın adilliğini ihlal edici etkilere sahiptir** (§ 345).

Bu nedenle Mahkeme, yukarıda belirtilen hususların, başvurucu aleyhindeki ceza yargılamasının Sözleşme'nin 6/1. maddesini ihlal ederek adil yargılanma gerekliliklerini karşılamadığı sonucuna varmak için yeterli olduğu sonucuna ulaşmıştır (para. 346). Mahkeme,

yukarıdaki mülahazalar ışığında, mevcut davada Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmıştır (§ 356).

C. AİHM'in 11. Maddeye İlişkin Tespitleri

Başvurucu hakkındaki mahkûmiyet kararının aynı zamanda, yasal olarak kurulmuş bir sendikaya (Aktif Eğitim-Sen) ve derneğe (Kayseri Eğitim Gönüllüleri Derneği) üye olmasına dayandırılmış olması nedeniyle Sözleşme'nin 11. maddesinde güvence altına alınan örgütlenme özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Sözleşme'nin 11. maddesi aşağıdaki gibidir:

“1. Herkes barışçıl olarak toplanma ve dernek kurma hakkına sahiptir. Bu hak, çıkarlarını korumak amacıyla başkalarıyla birlikte sendikalar kurma ve sendikalara üye olma hakkını da içerir.

2. Bu hakların kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplum içinde ulusal güvenliğin, kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olanlar dışındaki sınırlamalara tabi tutulamaz. Bu madde, silahlı kuvvetler, kolluk kuvvetleri veya devlet idaresi mensuplarınca yukarıda anılan haklarını kullanılmasına meşru sınırlamalar getirilmesine engel değildir.”

Başvurucu üyesi olduğu dernek ve sendikanın yasalara uygun olarak kurulmuş ve faaliyet sürdüren resmi kayıtlı kurumlar olduğunu, bu kurumlara üye olma kararının terör suçu işleme niyeti veya saiki ile ilgisi olmadığını ileri sürmüştür.

Hükümet başvurusunun mahkumiyetinin esas olarak ByLock kullanmasına dayandığını, yargı organlarının başvurusunun sendika ve dernek üyeliğini sadece destekleyici bir delil olarak değerlendirdiğini ileri sürerek başvurusunun örgütlenme özgürlüğüne müdahale edilmediğini savunmuştur.

AİHM, demokrasi, çoğulculuk ve örgütlenme arasında doğrudan bir ilişkinin bulunduğunu kendi içtihadında pek çok kez belirtmiş olduğunu ve bu bağlamda, yalnızca ikna edici ve zorlayıcı gerekçelerin söz konusu özgürlüğe uygulanan kısıtlamaları haklı çıkarabileceği ilkesini tesis ettiğini hatırlatarak, mevcut davada olduğu gibi, silahlı bir terör örgütü üyeliği suçunun kurucu unsurlarını oluşturabilecek objektif gerekçelerinin bulunmadığı durumlarda, açıkça şiddet içermeyen ve ilke olarak Sözleşme tarafından korunması gereken ifade ve eylemlerin iç hukuk mahkemelerince cezai sorumluluğun belirlenmesinde kullanılmasının ilgili haklara yönelik bir müdahale teşkil edeceğini belirtmiştir. Ceza yargılamalarında bu ifade veya eylemlerin kullanılmasının destekleyici veya tamamlayıcı nitelikte olmasının, bu sonucu ortadan kaldırmayacağını vurgulamıştır (§ 387).

AIHM, yerel mahkemelerin sadece ilgili dernek ve sendikanın 667 sayılı OHAL KHK'sı ile kapatıldığını belirtmenin ötesinde bu kurumların faaliyetleri ve başvurusunun bu kurumlar içindeki eylemleriyle ilgili bir tespite yer vermeksizin başvurusunun mahkumiyetine delil olarak gösterdiğini belirtmiş ve bu uygulamanın Selahattin Demirtaş kararında AIHM'in Türk Ceza Kanunu'nun 314/2. maddesinin öngörülemezliğine ilişkin tespitleriyle örtüştüğünü vurgulayarak, mevcut davada TCK'nın 314/2 maddesinin başvuranın Aktif Eğitim-Sen ve Kayseri Gönüllü Eğitimciler Derneği üyeliği bakımından yorumlanma şeklinin, bu hükmün kapsamını öngörülemez bir şekilde genişlettiğini, keyfi müdahalelere karşı gerekli asgari korumayı sağlamadığını ve bu nedenle Sözleşme'nin 11 § 2 maddesinin gerektirdiği şekilde "kanunla öngörülmüş" olarak kabul edilemeyeceğini tespit etmiş ve örgütlenme özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.

D. AIHM'in 46. Maddeye İlişkin Tespitleri

AIHM kararın giderime ilişkin bölümünde, öncelikle, yukarıda ayrıntılı olarak anlattığımız, 46. Maddeye ilişkin içtihadının genel hatlarını özetlemiş, daha sonra da somut dava açısından bireysel ve genel önlemlerle ilgili belirlemelerde bulunmuştur. Buna göre, Sözleşme'nin 46. maddesi uyarınca, Mahkemenin Sözleşme'nin ihlalini tespit ettiği bir karar, davalı Devlete, tespit edilen ihlale son verme ve ihlalden önceki durumu mümkün olduğunca yeniden tesis edecek şekilde sonuçlarını telafi etme konusunda hukuki bir yükümlülük yükler. Ancak, AIHM'in kararları esas itibarıyla tespit edici nitelikte olduğundan, davaya taraf olan Devletler, Bakanlar Komitesinin denetimine tabi olmak kaydıyla ve iyi niyetle ve kararın "sonuçlarına ve ruhuna" uygun olarak Mahkemenin ihlal kararının gereğini yerine getirmek için - iç hukuk düzenlerinde alınacak genel ve/veya duruma göre bireysel tedbirler de dâhil olmak üzere - kullanacakları araçları seçmekte ilke olarak serbesttirler (§ 404).

Bununla birlikte, bazı özel durumlarda Mahkeme, davalı Devlete, ihlal tespitine yol açan duruma - ki bu genellikle sistematik bir durumdur - son vermek için alınabilecek tedbirlerin türünü belirtmeyi faydalı bulmaktadır. Mahkeme özellikle yargılamanın yenilenmesi gibi tedbirlere karar verme yetkisinin kendisinde olmadığını açıkça belirtmektedir. Bununla birlikte, Sözleşme'nin 6. maddesinin gerekliliklerinin ihlal edildiği yargılamalar sonucunda bir kişinin mahkûm edildiği durumlarda Mahkeme, talep üzerine yargılamanın yenilenmesinin veya davanın yeniden açılmasının ilke olarak ihlali gidermek için uygun bir yol olduğunu ve çoğu zaman da en uygun yol olduğunu belirtebilir. Bu durum, R (2000) 2 sayılı Tavsiye Kararı'nda

Sözleşmeye Taraf Devletlere davanın yeniden incelenmesi ve yargılamanın ulusal düzeyde yenilenmesi için mekanizmalar ihdas etme çağrısında bulunan ve istisnai durumlarda bu tür tedbirlerin durumu “eski hâle getirmeyi (*restitutio in integrum*) sağlamanın en etkili, hatta belki de tek yolu” olduğunu belirten Bakanlar Komitesinin tavsiyeleriyle de uyumludur (§ 406). Mahkeme, ceza yargılamasının yenilenmesine ilişkin ilkelerin, Sözleşme’nin 7. maddesinin ihlalini tespit ettiği durumlarda da geçerli olduğunu belirtmiştir (§ 407).

Mahkeme ayrıca kendi kararlarının sadece, önüne getirilen davaları hükme bağlama işlevi görmekle kalmadığını, aynı zamanda daha genel olarak, Sözleşmeyle tesis edilen kuralları açıklığa kavuşturmaya, korumaya ve geliştirmeye de yardımcı olduğunu; böylelikle Devletlerin, Sözleşmeciler Tarafı sıfatıyla üstlenmiş oldukları yükümlülükleri yerine getirmelerine katkıda bulunduğunu vurgulamıştır (§ 408).

Mahkeme bu genel saptamalardan sonra başvuru (Yüksel Yalçınkaya) ve benzer diğer başvurular açısından ayrı ayrı saptamalar yapmıştır.

1. Başvuru Açısından

Başvuru açısından AİHM, Türk hukukunda CMK m. 311/1-f hükmünde AİHM ihlal kararlarının yeniden yargılama nedeni olarak düzenlendiğini hatırlatarak somut davada tespit ettiği ihlallerin sona erdirilmesi ve başvurucağın mağduriyetinin giderilmesi için alınabilecek en uygun bireysel önlemin yargılamanın yenilenmesi olacağını belirtmiştir. Yeni bir yargılamanın nasıl ilerleyeceğini ve ne şekilde olacağını belirtmek Mahkemenin görevi değildir; hukuki yükümlülüklerini yerine getirmek için kullanılacak araçların seçimi, bu araçların Mahkeme kararının sonuçları ve özünü uyumlu olması kaydıyla, Hükümetin takdirine kalmıştır. (§ 412) Bununla birlikte, Yüksel Yalçınkaya’nın bu yargılama sonucunda salt Bylock kullandığı için veya kapatılan derneklere üye olduğu gerekçesiyle mahkûm edilemeyeceği açıktır. Bir başka deyişle, kararın gerekçesinden (*obiter dictum*) açıkça anlaşılacağı üzere Bylock indirmek=terör örgütü üyeliği formülünün AİHM kararının sonuçları ve özünü uyumlu olmadığı açıktır.

Başvurucağın bu deliller dışında iradesini örgüte teslim ettiğini gösterecek şekilde yoğun, çeşitli ve sürekli faaliyetlerinin gösterilmesi gerekmektedir. Öte yandan bu sonuca ulaşılırken yapılacak muhakeme sürecinde ilk yargılamadan farklı olarak başvurucağın hakkında ileri sürülen delilleri tartışma, çelişkileri dikkate sunma gibi imkanların da verilmesi gerektiği açıktır. Dolayısıyla, sanığın yoğun, çeşitli ve sürekli davranışlarıyla iradesini örgüte teslim ettiğini ortaya koyacak delillerin hukukiliğine ilişkin tartışma ve bu delillerin hukuki nitelendirilmesine ilişkin

değerlendirmenin de AİHM kararının özüyle uyumlu olması için kararın 6. maddeye ilişkin değerlendirilmelerindeki hususları dikkate alması gerektiği tartışmasıdır.

2. Genel Önlemler Bakımından

Mahkeme kararında benzer davalar açısından alınacak önlemlerle ilgili uzun açıklamalara yer vermiştir. Öncelikle Mahkeme, mevcut davada Sözleşme'nin 7 ve 6. maddelerinin ihlal edildiği sonucuna varılmasına yol açan durumun, ulusal mahkemelerin ByLock kullanımına ilişkin nitelendirmelerinden kaynaklandığını ve bunun münferit bir olay olmadığını, aksine sistematik bir sorunun bulunduğunu belirtmiştir. Bu sorunun çok sayıda kişiyi etkilediğini ve hâlâ da etkileme potansiyeline sahip olduğunu ifade eden Mahkeme, ByLock kullanımına dayalı mahkûmiyet kararlarıyla ilgili olarak Sözleşme'nin 7. ve/veya 6. maddeleri kapsamında yapılan benzer şikâyetleri içeren 8.000'den fazla başvurunun, kararın verildiği tarihte, Mahkemenin önünde derdest olduğunu vurgulamıştır (§ 413-414). Mahkeme, ByLock kullandığı gerekçesiyle TCK m. 314/2 kapsamında yürütülen soruşturma ve kovuşturmaların sayısına ilişkin sorusuna Hükümetin yanıt vermediğini hatırlattıktan sonra 100 000'den fazla ByLock kullanıcısı tespit edildiğini belirterek bu sorunun on binlerce davayı etkileme potansiyeli bulunduğunu hatırlatmıştır.

Bir ihlalin çok sayıda insanı etkileyen sistematik bir sorundan kaynaklandığı durumlarda, söz konusu kararın icrasının ulusal düzeyde **genel tedbirlerin** alınmasını gerektireceğine işaret eden Mahkeme, genel tedbirlere çoğunlukla pilot karar çerçevesinde hükmettiğini hatırlatmış, ancak bunun pilot kararlara münhasır olmadığını vurgulamıştır. Dolayısıyla Mahkeme pilot karar usulünü uygulamadığı kararlarında da genel önlemlere hükmedebileceğini belirtmiştir. İster pilot karar çerçevesinde, isterse diğer kararlarda işaret edilen genel önlemlerin amacının, ulusal düzeydeki sistematik sorunları çözerek Sözleşmeciler Devletlerin Sözleşme sistemindeki rollerini yerine getirmelerine yardımcı olmak olduğunu vurgulamıştır (§ 416).

Bakanlar Komitesi'nin Rec(2004)6 sayılı Tavsiye Kararı'nı hatırlatan Mahkeme, Devletlerin Sözleşme ihlallerinin altında yatan sorunları çözme konusundaki genel yükümlülüğüne işaret etmiştir. Ayrıca, Reykjavik'te düzenlenen son Devlet ve Hükümet Başkanları Zirvesinde Sözleşmeciler Devletlerin, Mahkeme kararlarının bağlayıcı niteliğini dikkate alarak, nihai kararların tam, etkili ve hızlı bir şekilde uygulanmasını sağlama ve tespit edilen sistematik ve yapısal insan hakları sorunlarını çözme konusunda taahhütte

bulduklarını da vurgulamıştır. Mahkeme genel tedbirlere hükmetmekteki amacının insan haklarının korunması konusunda ulusal sistemde tespit edilen bir sorunun hızlı ve etkili bir şekilde düzeltilmesini kolaylaştırmak olduğunu tekrarlamıştır. Verdiği kararların sadece önüne getirilen davaları karara bağlamakla kalmadığını tekrar vurgulayan Mahkeme, sistemik bir sorun tespit edildiğinde, ulusal makamların, Bakanlar Komitesi'nin denetimine tabi olarak, Sözleşme sisteminin temelini oluşturan ikincillik ilkesi çerçevesinde -gerekirse geriye dönük olarak- gerekli telafi tedbirlerini almakla görevli olduklarını belirtmiştir. Bu sayede Mahkemenin, benzer başvurularda tekrar tekrar ihlal kararı vermek zorunda kalmayacağını hatırlatmıştır (§ 417).

Bu nedenle Mahkeme, gelecekte çok sayıda davada benzer ihlalleri tespit etmek zorunda kalmamak için, mevcut kararda tespit edilen sorunların, ilgili Türk makamları tarafından daha geniş bir ölçekte -yani mevcut başvuranın özel durumunun ötesinde- ele alınması gerektiğini vurgulamıştır. Dolayısıyla, davalı Devlet'in Sözleşme'nin 46. maddesi kapsamındaki yükümlülükleri uyarınca yetkili makamlara düşen görevin, mevcut karardan, özellikle de hâlihazırda yerel mahkemeler önünde görülmekte olan davalarla sınırlı olmamak üzere, gerekli sonuçları çıkarmak ve kararda tespit edilen ve ihlal kararı verilmesine yol açan sorunu çözmek için uygun olan diğer genel tedbirleri almak olduğunu belirtmiştir. Bilhassa, yerel mahkemelerin, mevcut kararda yorumlandığı ve uygulandığı şekliyle ilgili Sözleşme standartlarını gerekli şekilde dikkate almaları gerektiğini vurgulamıştır.

Mahkeme bu bağlamda, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş uluslararası anlaşmaların kanun hükmünde olduğu hükmünü içeren Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 90 § 5 maddesi uyarınca, Sözleşme'nin 46. maddesinin Türkiye'de anayasal bir kural hükmünde olduğunun altını çizmiştir. Her ne kadar AİHM kararında açıkça ifade edilmese bile bu hatırlatmadan AİHM'in 90. maddeye ilişkin okumasını da çıkartmak mümkündür. AİHM, bizce de doğru olan bir şekilde, Anayasa'nın 90. maddesinde ifade edilen "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar"dan sadece AİHS'in metninin anlaşılamayacağını, bu Sözleşmeyi yorumlamaya münhasıran yetkili olan AİHM'in Sözleşmeye verdiği anlamın da Anayasa'nın 90. maddesi anlamında dikkate alınması gerektiğini kabul etmektedir.

IV. Yüksel Yalçinkaya Kararının Benzer Dosyalara Etkisi

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde Türk Mahkemelerinin AİHM'in Yüksel Yalçinkaya kararında tespit ettiği sorunları dikkate alma ve ihlal tespitine neden olan uygulamalardan kaçınma yükümlülüğü vardır. Bu yükümlülük Sözleşmenin objektif (*erga omnes*) etkisinden değil, doğrudan 46. maddenin taraflara ilişkin (*inter partes*) bağlayıcı etkisinden kaynaklanmaktadır. AİHM, açık bir şekilde bu davanın tarafı olan Türkiye Cumhuriyeti Devletinin başta yargı olmak üzere yetkili organlarının genel önlemler çerçevesinde benzer davalarda Sözleşmenin 7. ve 6. maddelerinin ihlaline neden olan uygulamalardan kaçınmaları gerektiğini kararında belirtmiştir. AİHM bu saptamasının aynı zamanda Türk Anayasasının 90/5 maddesi gereğince anayasal dayanağının da bulunduğunu hatırlatmıştır. Mahkemeler maddi ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku kurallarını yorumlarken Sözleşme ile çelişmemek için Yalçinkaya kararının özünü oluşturan temel saptamalara aykırı hareket edemezler.

Mahkemenin bu davada genel önlemlere de hükmetmesinin açık anlamı şudur: ByLock uygulamasını indirdiği veya kullandığı gerekçesiyle örgüt üyeliği suçlamasıyla yargılanan herkesin bu kararda tespit edilen ihlal hükmünden yararlanma hakkı bulunmaktadır. Zira davaya taraf olan Türkiye Cumhuriyeti'nin organları bu kararın gereğini yerine getirme yükümlülüğü altındadır. AİHM bu yükümlülüğü yerine getirecek makamlar arasında mahkemeleri özel olarak zikretmiştir.

AİHM, gelecekte çok sayıda davada benzer ihlalleri tespit etmek zorunda kalmamak için, mevcut kararda tespit edilen kusurların, ilgili ve mümkün olduğu ölçüde, Türk makamları tarafından daha geniş bir ölçekte ele alınması gerektiğini belirtmiştir. Dolayısıyla, davalı devletin Sözleşme'nin 46. maddesi kapsamındaki yükümlülüklerine uygun olarak, mevcut kararda tespit edilen Sözleşmeye aykırılıkları ulusal düzeyde devam eden hukuki süreçlerde gidermek için uygun olan diğer genel tedbirleri alması gerekmektedir. Daha spesifik olarak, ulusal mahkemelerin, mevcut kararda yorumlandığı ve uygulandığı şekliyle ilgili Sözleşme standartlarını gerekli şekilde dikkate almaları lazımdır.

Elbette AİHM'in kararlarında sürekli tekrarladığı gibi davaya taraf devletin kararın gereğini yerine getirirken kullanacağı araçları belirleme konusunda bir takdir yetkisi vardır. Dolayısıyla devlet ihlalin sonuçlarını gidermek için yasa değişikliği yolunu tercih edebilir ve bu çerçevede terör örgütü üyeliği suçunun unsurlarını daha açık şekilde tanımlayacak bir yasal

düzenleme yapabilir. Bu çerçevede devam eden yargılamalar yeni yasaya göre çözümlenir. Kesinleşmiş kararlar açısından ise yeni düzenleme bir yargılamanın yenilenmesi nedeni sayılabilir. Ya da yasama organı bir af kanunu çıkarmak suretiyle AİHM tarafından tespit edilen ihlali ve sonuçlarını kaldırma yoluna da gidebilir.

Ne var ki, yasama organının harekete geçmediği durumda, söz konusu ihlal bir yasadandır değil, yargısal uygulamalardan kaynaklandığından, yargı makamları yargılamanın her aşamasında AİHM kararını dikkate alarak karar vermek zorundadır. Nitekim yukarıda da belirtildiği gibi AİHM, alınması gereken genel tedbirler konusunda mahkemeleri özellikle zikretmiştir.

A. Yalçinkaya Kararının Derdest Davalar Açısından Etkisi

İster ilk derece ister istinaf, isterse temyiz aşamasında olsun, dosyada yargılanan kişinin, Yargıtay'ın yerleşik içtihatları çerçevesinde, iradesini silahlı terör örgütüne teslim ettiğini, örgüt hiyerarşisine tabi olduğunu, sürekli, çeşitli ve yoğun eylemleriyle örgütün amacı ve menfaatlerine katkıda bulunduğunu gösteren, delillerin bulunmaması halinde kişinin beraatına karar verilmesi gerekir.

Bu kapsamda iki hususun ayrı ayrı incelenmesi gerekir. Birincisi AİHM'in Sözleşmenin 7. maddesine ilişkin yaptığı saptamalar, ikincisi ise AİHM'in Sözleşmenin 6. maddesine ilişkin yaptığı saptamalardır.

İlk kategoride, özellikle sanığın Bylock programını indirdiği ancak kullanmadığı ve/veya programın kullanımının örgütle bağlantılı olduğunun gösterilemediği durumlar bulunmaktadır. Bu tür davalarda, AİHM'in Yüksel Yalçinkaya kararı Bylock uygulamasının varlığının tek başına örgüt üyeliğine delil sayılmasının AİHM'in 7. maddesini ihlal edeceğine ilişkin saptaması dikkate alınmalıdır. Nitekim AİHM, benzer dosyalarda artık hukuken tartışılacak bir husus kalmadığı gerekçesiyle hükümetin savunmasını bile istememektedir.⁷⁷ AİHM, aynı gerekçelerle

⁷⁷ AİHM ilk olarak 18 Aralık 2023 tarihinde ikiyüz başvuruluk 5 grubu hükümete bildirmiştir: Büyükgün/Türkiye (no. 27927/21) ve 199 diğer başvuru; Berber/Türkiye (no. 31954/21) ve 199 diğer başvuru; Subaşı/Türkiye (no. 32039/21) ve 199 diğer başvuru; Yıldız/Türkiye (no. 49867/21) ve 199 diğer başvuru; Dönmez/Türkiye (no. 45699/22) ve 199 diğer başvuru.

Aynı şekilde 29 Nisan 2024 tarihinde de yeni bir ikiyüz başvuruluk 5 grup bildirim yapılmıştır: Türkhan/Türkiye (no. 61905/19) ve 199 diğer başvuru; Geldim/Türkiye (no. 14023/21) ve 199 diğer başvuru; Kelebek/Türkiye (no. 47625/21) ve 199 diğer başvuru; Karakuş/Türkiye (no. 23008/22) ve 199 diğer başvuru; Çinici/Türkiye (no. 47025/22) ve 199 diğer başvuru.

çok yakın tarihte Bylock nedeniyle tutuklanan kişilerin başvurularını da birleştirerek toplu olarak ihlal kararı vermiştir.⁷⁸ AİHM bu sonuca ulaşırken daha önce bu delilin tutuklama sebebi sayıldığı Akgün/Türkiye ve Taner Kılıç/Türkiye kararlarındaki⁷⁹ saptamalarını hatırlatmıştır. O halde kişinin iradesini örgüte teslim ettiğini gösterir sürekli, çeşitli ve yoğun faaliyetlerini gösterir başka delillerin mevcut olmaması halinde salt Bylock uygulamasının varlığına dayanılarak verilecek mahkûmiyet kararlarının Sözleşme'nin 46. maddesine aykırı olacağı açıktır. AİHM'in yine Yalçinkaya kararında saptadığı üzere böyle bir durumda Anayasa'nın 90. maddesi uygulama alanı bulacağından bu yönde bir mahkûmiyet kararı kurulması mümkün değildir.

Aynı durum, sanığın salt kapatılan kimi dernek ve vakıflara üyeliği nedeniyle veya Bylockla birlikte üyelik nedeniyle yargılandığı davalar açısından da geçerlidir. Bu durumda da üyeliği gösterir başka delilin bulunmaması halinde beraat kararı verilmesi zorunludur.

İkinci olarak, derdest olan davalarda Yalçinkaya kararındaki 6. madde ihlaline ilişkin saptamaların da dikkate alınması gerekir. Devam eden davalarda delillerin sıhhatine yönelik itirazlar söz konusu ise yerel mahkemeler AİHM'in 6. maddeye ilişkin ihlal gerekçelerini dikkate alarak, yargılama sırasında usulü eksiklikleri tamamlamalı, sıhhatli olmayan delilleri dosyadan çıkarmalı ve hükmüne esas almamalıdır. Bu kapsamda da ham Bylock verilerinin geçerliliğine ilişkin itirazların silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkesine uygun bir şekilde dinlenilmesi, tartışılması ve verilerin şüpheye yer vermeyecek nitelikte olduğu tespit edilmediği takdirde karara esas alınmaması gerekir.

B. Anayasa Mahkemesi'nin Önünde Olan Dosyalar Bakımından

AİHM'in kararında bahsettiği 100.000 dosyanın bir kısmında ceza yargılaması sona ermiş ve Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapılmıştır. Bu başvurularda ne şekilde karar verilmesi gerektiği değerlendirilirken Anayasa Mahkemesi'nin kendi içtihadında tanıdığı iki yöntemin kabul edilmesi gerekir.

⁷⁸ Duymaz ve Diğerleri/Türkiye, no. 58437/17, 25.06.2024. Bu kararda toplam 314 başvuru karara bağlanmıştır. Başvurucuların önemli bir kısmı Bylock nedeniyle tutuklanmıştır.

⁷⁹ Akgün/Türkiye, no. 19699/18, 20.7.2021, para. 151-85; Taner Kılıç/Türkiye (no. 2), no. 208/18, 31.5.2022, para. 102-03 ve 106-09.

Birincisi, Anayasa Mahkemesi bireysel başvurularda Anayasa'nın 90. maddesini müdahalenin yasal bir dayanağının bulunup bulunmadığını saptamak için kullanmıştır. Anayasa Mahkemesine göre “Anayasanın 90. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca, sözleşmeler hukuk sistemimizin bir parçası olup, kanunlar gibi uygulanma özelliğine sahiptir. Yine aynı fıkra göre, uygulamada bir kanun hükmü ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan sözleşme hükümleri arasında bir uyumsuzluğun bulunması halinde, sözleşme hükümlerinin esas alınması zorunludur. Bu kural bir **zımni ilga kuralı olup**, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümleriyle çatışan kanun hükümlerinin uygulanma kabiliyetini ortadan kaldırmaktadır”.⁸⁰

Nitekim Anayasa Mahkemesi evli kadının evlilik öncesi soyadını kullanmasına ilişkin yaptığı incelemelerde 4721 sayılı Medeni Kanun'un 187. maddesinin AİHS ve diğer uluslararası insan hakları antlaşmaları ile çatıştığı tespitini yaparak Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca uygulanması gereken kuralın uluslararası sözleşme hükümleri olduğu sonucuna ulaşmış ve başvurucuların haklarına yapılan müdahalenin yasal dayanaktan yoksun olduğuna karar vermiştir.⁸¹

Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi'ne göre yasanın başka türlü yorumunun mümkün olmadığı bir durumda yasanın o yorumuyla Sözleşme arasında bir çatışma söz konusu oluyorsa artık yasanın zımnen ilgası sonucu ortaya çıkacaktır. Bu durumda o hüküm uygulanamayacağı için temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran yargı işleminin yasal dayanağı kalmayacaktır. Bu durumda ihlal kararının verilmesi zorunludur.

İkinci olarak Anayasa Mahkemesi yukarıda AİHM kararlarının uygulanması bakımından açıkladığımız bireysel önlem-genel önlem ayırımını kendi kararları açısından da uygulamaktadır. Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kapsamında verdiği kararların objektif ve sübjektif olmak üzere iki temel işlevi bulunduğunu ifade etmektedir. Anayasa Mahkemesi, yine örgüt üyeliğiyle ilgili verdiği bir ihlal kararının benzer dosyalarda dikkate alınmadığı kopya başvurulara ilişkin olarak, kararlarının objektif işlevini ve objektif işlevin diğer devlet kurumlarına yüklediği yükümlülüğü şu şekilde tarif etmiştir:

“Bundan sonra kamu makamları ve derece mahkemelerinin aynı meseleye ilişkin incelemelerinde, Anayasa Mahkemesinin anayasanın uygulanması ve yorumlanması, temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi ve insan haklarının gerekli kıldığı hâllere ilişkin olarak verdiği kararları dikkate alması ve Anayasa hükümlerinin yorumuyla varılan sonuçları değerlendirilmesi gerekir. Aksi durum, aynı meseleye ilişkin tüm uyumsuzlukların Anayasa Mahkemesi önüne taşınması sonucunu doğurur. Bu şekilde işleyen bir bireysel başvuru yolunun sürdürülebilmesi ise imkânsızdır. Söz konusu

⁸⁰ Sevim Akat Ekşi, B. No. 2013/2187, 19.12.2013, para. 45; Neşe Aslanbay Akbıyık, B. No. 2014/5836, 16.04.2015, para. 45; Gülsim Genç, B. No. 2013/4439, 06.03.2014, para. 41

⁸¹ Sevim Akat Ekşi, para. 47; Neşe Aslanbay Akbıyık, para. 47; Gülsim Genç, para. 42

yolun işlerliğini devam ettirmesinde Anayasa Mahkemesinin Anayasa'yı yorumlamasının kritik önemi vardır. Bu işlevini en iyi şekilde yerine getirebilmesi ise -her bir başvuruda adaleti sağlamaktan ziyade- Anayasa Mahkemesinin daha önce Anayasa'yı yorumlamadığı meselelere odaklanmasına bağlıdır.”⁸²

Bu yaklaşımın AİHM kararları açısından da geçerli olduğu açıktır. Girişte de açıkladığımız üzere AYM'ye bireysel başvuru yolunun açılmasının asli sebebi ikincillik ilkesi uyarınca hak ihlali iddialarının AİHM öncesi ulusal merciler önünde çözülmesidir. Bu durumda, AİHM kararları uyarınca yasallık ilkesini taşımadığı saptanmış mahkûmiyet kararlarının Anayasa'da korunan haklara da aykırı olacağı ve bu nedenle bu başvurularda ihlal kararı verilmesi gerektiği açıktır.

Bu açıklamalar ışığında eğer AİHM kararının kapsamına girecek bir yargılamada karar onanmış ve Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapılmışsa Anayasa Mahkemesi de AİHM kararındaki gerekçeleri gözeterek ihlal kararı vermeli ve yargılamanın yenilenmesi yönünde kurulmalıdır. Bu sadece Sözleşmenin ve AİHM içtihadının bir sonucu değildir aynı zamanda Anayasa Mahkemesi'nin de insan hakları kararlarının objektif etkisine ilişkin yaptığı değerlendirmenin zorunlu bir sonucudur.

C. CMK'nın 311. Maddesi Yönünden Değerlendirme

Yukarıda üç farklı gruptaki davanın akıbetine ilişkin değerlendirmelerimizi sunduk:

- i. Anayasa Mahkemesi'nden kabul edilemezlik kararı almış ve AİHM'de derdest olan dosyalarda herhangi bir adım atılmazsa seri ihlal kararları çıkacaktır.
- ii. Ceza mahkemelerinde derdest olan dosyalarda Yalçınkaya kararı uygulanmalı ve 7. ve 6. maddeler açısından ayrı ayrı değerlendirme yapıldıktan sonra karara varılmalıdır. Salt Bylock uygulamasının varlığına ilişkin mahkûmiyet kararları kaldırılmalı, henüz karar verilmediyse beraat yönünde karar kurulmalıdır.
- iii. Anayasa Mahkemesi'nin önündeki derdest dosyalarda ise Anayasa Mahkemesi'nin kabul ettiği iki yöntem uygulanmak marifetiyle ihlal kararı verilerek yargılamanın yenilenmesi yönünde karar alınmalıdır.

⁸² İbrahim Er ve diğ. [GK], B. No: 2019/33281, 26/1/2023, para. 47.

Ancak bu üç kategoriye de girmeyen bir grup daha mevcuttur. Kararın kesinleştiği bazı dosyalarda Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapılmamış olabilir veya Anayasa Mahkemesi kararı sonrasında AİHM'e başvuru süresi kaçırılmış olabilir. Bu durumdaki kişiler açısından Yalçınkaya kararının yine de hukuki bir etkisinden söz edilebilir mi?

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Hükümlü lehine yargılamanın yenilenmesi nedenleri başlıklı 311. Maddesinin (1) numaralı fıkrasında “Kesinleşen bir hükümlü ile sonuçlanmış bir dava, aşağıda yazılı hâllerde hükümlü lehine olarak yargılamanın yenilenmesi yoluyla tekrar görülür.” denilmektedir. (e) bendinde “Yeni olaylar veya yeni deliller ortaya konulup da bunlar yalnız başına veya önceden sunulan delillerle birlikte göz önüne alındıklarında sanığın beraatini veya daha hafif bir cezayı içeren kanun hükmünün uygulanması ile mahkûm edilmesini gerektirecek nitelikte olursa.” (f) bendinde de “Ceza hükmünün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlâli suretiyle verildiğinin ve hükmün bu aykırılığa dayandığının, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması veya ceza hükmü aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvuru hakkında dostane çözüm ya da tek taraflı deklarasyon sonucunda düşme kararı verilmesi. Bu hâlde yargılamanın yenilenmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde istenebilir.” hükümleri yer almaktadır.

AİHM'in Yalçınkaya kararının diğer dosyalar bakımında CMK'nın 311 (1) (f) hükmü kapsamında uygulanması mümkün değildir. Yalçınkaya kararı sadece o dosyanın başvurusu bakımında 311 (1) (f) anlamında yargılamanın yenilenmesi sebebi olabilir.

Ancak aynı maddenin (1) (e) bendi uyarınca yeni bir durum ortaya çıkar ve bu durum sanığın beraatini gerektirirse davanın yargılamanın yenilenmesi yoluyla yeniden görülmesi zorunludur. Ayrıca CMK'nın 312. maddesine göre yargılamanın yenilenmesine karar verilmesi halinde mahkeme infazın ertelenmesine ya da durdurulmasına karar verebilir.

Verilen mahkûmiyet hükmünün tek delili ByLock kullanımı iddiası olan ya da belirleyici delili ByLock kullanımı iddiası olan yargılamalar açısından AİHM'in *Yüksel Yalçınkaya* kararında yer alan tespitlerin yeni bir olay olarak yorumlanması mümkündür. AİHM, terör örgütüne üye olma suçunun maddi ve manevi unsurlarının somut olarak gerçekleştiği ortaya konulmadan, yani cebir ve şiddet yoluyla siyasi amaçları gerçekleştirmeyi amaçlayan silahlı bir örgüte, örgütün bu niteliğini ve amacını bilerek, hiyerarşisine tabi olduğunu ve iradesini örgüte teslim ettiğini yani örgütün her emrine sorgulamadan boyun eğdiğini göstermeksizin salt olarak ByLock uygulamasını indirdiği ya da kullandığı gerekçesiyle mahkûmiyet hükmü verilmesinin

Sözleşmenin 7. Maddesinde güvence altına alınan suçların ve cezaların kanuniliği ilkesini ihlal edeceğine karar vermiştir.

Anayasanın 38., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 7. ve Türk Ceza Kanununun da 2. Maddesinde güvence altına alınan suçların ve cezaların kanuniliği ilkesinin ihlali tespitinin bu kişiler açısından beraati gerektiren yeni bir olay olduğu ileri sürülebilir. Aynı şekilde yargılamanın adil yargılanma hakkını ihlal ettiğinin ve mahkûmiyet hükmünün adil yargılanma hakkının ihlali suretiyle verildiğinin ortaya çıkması da yargılamanın yenilenmesini gerektiren bir olay olduğu da ifade edilebilir.

Ç. CMK'nın 308. Maddesi Yönünden Değerlendirme

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 308. maddesinde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itiraz yetkisi düzenlenmiştir. Kural şöyledir:

“(1) Yargıtay ceza dairelerinden birinin kararına karşı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, re'sen veya istem üzerine, ilâmın kendisine verildiği tarihten itibaren otuz gün içinde Ceza Genel Kuruluna itiraz edebilir. Sanığın lehine itirazda süre aranmaz.

(2) İtiraz üzerine dosya, kararına itiraz edilen daireye gönderilir.

(3) Daire, mümkün olan en kısa sürede itirazı inceler ve yerinde görürse kararını düzeltir; görmezse dosyayı Yargıtay Ceza Genel Kuruluna gönderir.”

Yüksel Yalçınkaya kararının kapsamına giren tüm yargılamalar Yargıtay incelemesinden geçerek kesinleştiğinden AİHM'in bu karardaki tespitleri dile getirilerek Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısından itiraz yoluna başvurusu talep edilebilir. Sanık lehine itirazlar bakımından bir süre söz konusu olmadığından bu başvuru her zaman yapılabilecektir.

Başsavcılığın bu Yüksel Yalçınkaya kararında yer alan tespitleri ve 46. madde çerçevesindeki belirlemeleri dikkate alarak bu talepleri kabul etmesi ve ilgili Yargıtay Dairesine itirazda bulunması kararın gereğidir.

AİHM'in söz konusu tespitinin Anayasanın 90/5 maddesi ve AİHS'in 46. maddesi gereğince bağlayıcı olduğu ve AİHM kararında atıf yapılan bütün diğer dosyalar açısından da uygulama zorunluluğu bulunduğu açıktır. Yukarıda belirtildiği gibi bu yükümlülük kararın objektif etkisi nedeniyle ileri sürülen bir yükümlülük değil, aksine davanın tarafı olan T.C. Devletini bağlayan karara uyma yükümlülüğüdür. Nitekim AİHM önündeki derdest ByLock dosyalarının biner biner Hükümete bildirmekte ve Hükümetten hukuki konularda bir savunma

istememektedir. Hükümet bu binli gruplar bakımından yalnızca olgusal konulara ilişkin itirazlarını dile getirebilecektir. AİHM bu bildirimlerde hukuki bakımdan tartışılacak bir husus olmadığını, Mahkemenin kararının açık olduğunu ifade etmiştir. Bunun anlamı, eğer yerel mahkemeler Yalçinkaya kararını uygulamazsa, AİHM'in bütün başvurularda ihlal kararı verecek olmasıdır.

Yasal bir değişiklik yapılmadığı halde bu durumu aşmanın tek yolu CMK'nın 308. maddesini işletmek olacaktır.

D. Kararın Diğer Deliller Bakımından Etkisi

AİHM'in Yüksel Yalçinkaya kararı temel olarak Bylock delili ile ilgilidir. Hükümet AİHM önündeki savunmasında başvurucunun cezalandırılmasına neden olan sendika üyeliği, dernek üyeliği, Bank Asya'ya para yatırma ve sohbetlere katıldığına dair tanık beyanları gibi delillerin destekleyici delil niteliğinde olduğunu, mahkumiyetin temel dayanağının başvurucunun ByLock uygulamasını kullanması olduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme de bu savunmayı veri olarak almış ve temel incelemesini ByLock üzerinden yürütmüştür. Elbette dernek ve sendika üyeliğinin mahkûmiyet nedeni sayılmasını da örgütlenme özgürlüğü ihlali olarak değerlendirmiştir.

Ancak bazı yargılamalarda ByLock kullanma iddiası yer almamakta, fakat ankesörden aranma ya da kolluğa teslim edilen SD kartta sanığın isminin bulunması gibi delillere dayanılmaktadır. Yüksel Yalçinkaya kararının bu tür yargılamalar açısından emsal teşkil edip etmeyeceği de tartışılmalıdır. Bunun için Mahkemenin 7. Madde ihlali ile ilgili tespitlerini hatırlamak gerekir.

Mahkeme, 7. Maddeye ilişkin olarak, öncelikle başvurucunun mahkumiyetine neden olan silahlı terör örgütüne üye olma suçunun Türk Ceza Kanunu (m.314/2) ve Terörle Mücadele Kanunu'nda (m.3,7) düzenlendiğini, bu kuralların Yargıtay içtihatlarıyla kapsamının açıklandığını tespit etmiştir. Buna göre cebir, şiddet ve tehdit yöntemleriyle siyasi amaçları gerçekleştirme hedefiyle kurulan bir örgütün bu amaçlarını bilerek ve isteyerek örgütün hiyerarşisine tabi olan ve iradesini örgüte teslim edenler, eylemlerinin örgütün amacı ve menfaatlerine katkısı itibariyle süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk koşullarını taşıması şartıyla örgüt üyeliğinden cezalandırılacaktır.

Ancak Sözleşmenin 7. Maddesi suçların kanunda düzenlenmiş olmasını yeterli kabul etmemekte, bu yasaların öngörülebilir şekilde uygulanmasını da gerektirmektedir. Yani kişiler hangi eylemlerin suç teşkil ettiğini en azından bir hukukçunun yardımıyla da olsa öngörebilmelidir. Mahkeme, başvurusunun terör örgütü üyeliğinden cezalandırılmasının 7. Maddenin gereklerine uygun olarak Türk hukukunda öngörülen yukarıdaki standartlar çerçevesinde öngörülebilir olup olmadığını incelemiştir. Bylock ile ilgili incelemesinde Mahkeme, mesaj içeriklerine ve kiminle mesajlaşıldığına bakmadan, salt uygulamayı indirmenin kesin delil olarak kabul edilmesinin, ByLock uygulamasını terör örgütü üyeliği suçunun maddi ve manevi unsuru haline getirdiğini ve kişilerin kendilerine yönelik suçlamalara cevap vermesine imkân vermeyecek şekilde bir suçluluk karinesi yarattığını tespit etmiş ve böyle bir yargısal uygulamanın 7. Maddenin gerektirdiği öngörülebilirliği sağlamaktan uzak ve kişilerin keyfi olarak cezalandırılmasına neden olduğunu belirtmiştir. AİHM, 7. Maddenin ihlali tespitini yaparken özellikle suçun manevi unsuruna vurgu yapmıştır. Yani ByLock iletişiminden kişinin örgütün yöntem ve amaçlarını bildiği, bu yöntem ve amaçları benimsediği ve bu yönde örgüt hiyerarşisine dahil olarak iradesini örgüte teslim ettiği somut olarak anlaşılıyorsa, ByLock uygulamasını salt indirmiş ya da kullanmış olması dolayısıyla cezalandırılması kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesini ihlal edecektir. Zira başvurusunun böyle bir eylem nedeniyle cezalandırılabilceğini öngörmesi mümkün değildir.

Söz konusu diğer deliller açısından da bu incelemenin yapılması kaçınılmazdır. Yani söz konusu delil hiçbir tereddüde yer vermeyecek şekilde kişinin örgütün yöntem ve amaçlarını bildiği, bu yöntem ve amaçları benimsediği ve bu yönde örgüt hiyerarşisine dahil olarak iradesini örgüte teslim ettiğini somut olarak kanıtlamıyorsa aynı öngörülebilirlik sorunu bu deliller bakımından da ortaya çıkacaktır. Ankesörden arayan kişinin kimliği, aramanın içeriği, sanığın sonraki faaliyetleri dikkate alındığında sanığın örgüt üyesi olarak suçlanabileceğini öngöremeyeceği anlaşılıyorsa 7. madde sorunu bu tür yargılamalar açısından da gündeme gelebilecektir. Aynısı SD Kart vb. diğer deliller bakımından da geçerlidir.

Bu delillerin elde edilmesi, değerlendirilmesi, sanıkların itirazlarının cevaplanması bakımlarından Yalçınkaya kararında tespit edilen 6. madde ihlaline neden olan sorunlara benzer sorunların bulunması halinde de 6. maddeye ilişkin ihlal iddiaları gündeme gelebilecektir.

Her somut olay hem 7. madde hem de 6. madde ihlaline neden olan olgular bakımından ayrı ayrı değerlendirilerek bir sonuca ulaşılmalıdır.

V. Sonuç

Bu yazının bütününde açıklanmaya çalışıldığı üzere bir içtihat hukuku olan insan hakları hukukunda kararların başvuru aşan etkilerinin olması kaçınılmazdır. Bu nedenle, çok istisnai durumlar dışında, ihlal kararlarının davanın tarafı olan başvuru dışında Taraf Devleti (*inter partes*) ve hatta Sözleşmeye taraf diğer tarafları (*erga omnes*) etkileyen daha genel nitelikli hukuki sonuçları da bulunmaktadır. Bu etkinin önemi ikincillik (yerindenlik/subsidiarity) çağı olarak nitelenen, Sözleşmeye uyumun AİHM, Bakanlar Komitesi ve Taraf Devlet kurumları arasında sorumluluğun paylaşılması (*shared responsibility*) ilkesi üzerine kurulu yeni dönemde daha da artmıştır.

Bunun sonucu olarak Taraf Devletlerden AİHM'in kararlarının ruhuna uygun bir şekilde sadece bireysel değil genel önlemleri de almaları beklenmektedir. Bu nedenle, başta Adalet Bakanı olmak üzere ulusal yetkililerin kararların sadece başvuru açısından sonuç doğurduğu başka davalarda dikkate alınmasına gerek olmadığı yönünde görüşlere itibar edilmesi mümkün değildir.

Yüksel Yalçınkaya kararı, sorumluluk paylaşımı açısından belki de en tipik örnektir. Öncelikle, nicelik açısından eş görülmeyen sayıda kopya davayı üretmesi nedeniyle böyledir. Kararın verildiği tarihte AİHM'e benzer şikayetlerle yapılan başvuru sayısı 8000, AİHM'in öngörüsüne göre toplam aynı yaptırımdan etkilenen kişi sayısı ise 100.000'dir. Dahası bu başvurular benzer olmanın ötesinde aynı (*identical*) niteliğindedir. Bu nedenle AİHM'in tespit ettiği sistemik sorunlar on binlerce yargılamayı etkileyecek niteliktedir. Dolayısıyla AİHM için 46. madde bağlamında kararın gereğinin yerine getirilmesi için alınması gereken bireysel ve genel önlemlere işaret edilmesi de zorunluluk haline gelmiştir.

Ne var ki kararın ardından yaklaşık 9 ay geçmesine rağmen kararın uygulanması yönünde yasal bir adım atılmadığı gibi yargısal çözüm önerileri de üretilmemiştir. Yasamaya ilişkin bir tartışma yürütülmediği için yargısal yolların neler olması gerektiğinin saptanması kritiktir. AİHM'in işaret ettiği genel önlemlerin birincil muhatabı benzeri yargılamalar yapan mahkemeler olup, karar bütün bu mahkemeler açısından bağlayıcıdır. Bu bağlayıcılık kararın objektif etkisinden değil, davanın tarafı olan devlet sıfatıyla bizzat doğrudan Sözleşmenin metninden kaynaklanan bir bağlayıcılıktır.

Bu yazının son bölümünde tarif etmeye çalıştığımız üzere kararın temyiz dahil olmak üzere tüm derece mahkemeleri ve Anayasa Mahkemesi açısından yarattığı yükümlülükler vardır. Bu kadar çok sayıda insanın etkilendiği bir hak ihlaline ilişkin olarak kayıtsızlığın devam etmesi, Yalçinkaya kararı bağlamında saptanan sorunun sistematik niteliğinin ağırlığını kanıtlamaktadır.

Türkiye ile Avrupa Konseyi arasındaki krizin daha ağır bir dönemece girmesi istenmiyorsa, yargı organlarının üzerlerine düşen sorumluluğun gereğini gecikmeksizin yerine getirmesi gerekir. Türk hukukunda bu yazıda gösterildiği üzere bunun araçları vardır. İhtiyaç olan bu araçları harekete geçirecek iradedir.