

“YÜKSEL YALÇINKAYA” KARARI ve SONUÇLARINA DAİR UZMAN GÖRÜŞÜ

Doç. Dr. Tolga ŞİRİN

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

İÇİNDEKİLER

ÖZET	3
GİRİŞ	6
I-) İHAM KARARLARININ İÇ HUKUKTAKİ ETKİSİ	6
A-) Genel Olarak: Uluslararası Hukukta “İhlalin Giderimi” Meselesi	7
B-) Karar Tipleri	8
1-) Klasik Kararlar	9
2-) Pilot Kararlar	9
a-) Tam Pilot Kararlar	10
b-) Yarı-Pilot Kararlar	10
C-) İhlalin Söbjektif Etkisi: Başvurucuya Dönük Sonuçlar	10
1-) İhlal Tespiti	10
2-) Tazminat	10
3-) Yeniden Yargılama	11
4-) Diğer Çareler	11
a-) Soyut Yönlendirmeler	11
b-) Somut Yönlendirmeler	11
D-) İhlalin Objektif Etkisi: Genele Dönük Sonuçlar	12
1-) Mevzuatın Değişmesi	13
2-) Uygulamanın Değişmesi	13
3-) Yeniden Yargılamalar	14
II-) YÜKSEL YALÇINKAYA KARARI	15
A-) Olaylar	15
1-) Ağır Ceza Mahkemesi Yargılaması	15
2-) Kanun Yolları	15
B-) İhlaller	17
1-) Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesinin İhlali	17
2-) Adil Yargılanma Hakkı İhlali	19
a-) Delillerin Niteliği	20
(i) Delillerin Elde Ediliş Usulü Kuşkuludur	20
(ii) Delillerin Doğruluğunu Sorgulayacak Yeterli Unsurlar Yoktur	20

b-) İtiraz Olanakları	21
c-) Diğer Deliller.....	22
3-) Örgütlenme Özgürlüğü İhlali.....	23
C-) Kararın Niteliği.....	23
D-) Ara Değerlendirme	24
III-) İLGİLİ DİĞER KARARLAR	25
A-) Avrupa Konseyi Bünyesindeki Diğer Kararlar	25
B-) İHAM'ın Bağlılı Diğer Kararları	26
C-) BM Keyfi Tutuklamalar Çalışma Grubu	27
D-) BM İnsan Hakları Komitesinin Bireysel Başvuru Kararları	27
IV-) KARARIN “_____” VAKASI YÖNÜNDEN ETKİSİ	27
A-) İstanbul 36. Ağır Ceza Mahkemesinin Kararının Özü	27
B-) Maddi Sonuç: _____ Yeniden Yargılanmalıdır	28
1-) Suçta ve Cezada Kanunilik Yönünden	29
2-) Adil Yargılanma Hakkı Yönünden	29
3-) Örgütlenme Özgürlüğü Yönünden	30
C-) Usuli Çözüm: Yargılamanın Yenilenmesi Usulü	31
1-) Yeniden Yargılama Kavramının “Özerk Anlamı”.....	31
2-) Somut Olayda Yargılamanın Yenilenmesi	33
SONUÇ.....	34

ÖZET

Bir devlet, bir uluslararası sözleşmeye taraf olduğunda, o sözleşmenin gereklerini yerine getirmekle yükümlüdür. Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (md. 27) uyarınca bir taraf devlet, iç hukukunu (mevzuatı, içtihadı vb. kaynakları), uluslararası yükümlülüklerini yerine getirmemenin bahanesi olarak gösteremez. Bu gerçek, artık bir *jus cogens*, yani emredici hukuk kuralı hâline gelmiştir. Başka bir deyişle, bir sözleşmenin kendisi, bağlayıcı olduğunu söylemese ve iç hukukun buna uyumlu gerektiğini öngörmese dahi aktardığımız kural yine de geçerli sayılmaktadır.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, bu konuda sessiz kalmış bir sözleşme değildir. Sözleşme, bünyesinde yer alan temel hakların taraf devletlerde bulunan herkese tanınacağını ve bağlayıcı olduğunu öngörmüştür. Sözleşme ayrıca, söz konusu hakların ne anlama geldiğini ortaya koyması için bir Mahkeme (İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi) öngörmüş, bu Mahkemenin kararlarının da bağlayıcı olduğunu ayrıca ve açıkça ifade etmiştir. Dolayısıyla iç hukukun, sözleşmesel yükümlülükleri ortadan kaldırılamayacağını söyleyen emredici kural ve nesnel gerçek, İHAS özelinde münhasıran teyit edilmiş ve bildirilmiştir.

Türkiye Cumhuriyeti, bu Sözleşme'ye ve pek çok protokolüne kendi iradesiyle taraf olmuş, İHAM'ın yargısız yetkisini tanımlamıştır. Türkiye bununla kalmamış; (i) bizzat anayasal düzeyde, insan haklarına saygınlı/dayanan (Anayasa md. 2 ve 14/1) devlet olduğunu değiştirilmeye bir hükmüle ilan etmiş, (ii) insan hakları sözleşmelerini, kanunlardan bile üstün (Anayasa md. 90/son) kılmış, (iii) İHAS'ın adını açıkça zikrederek (Anayasa md. 148/3), diğer devletlerde dahi nadiren görülen bir yaklaşımla bu sözleşmeye çok özel bir değer atfetmiştir. Bu bağlamda (iv) başta Anayasa Mahkemesi olmak üzere pek çok yüksek yargı organının içtihatlarının derinleşmesinde İHAM kararları belirleyici olmuştur. Keza, (v) geçtiğimiz çeyrek asır boyunca genel olarak (“Türk ceza hukuku reformu” olarak adlandırılan) reform sürecinin içi, İHAM'ın verdiği kararlar ekseninde doldurulmuş, (vi) Adalet Bakanlığı ve yüksek yargı organları ile Avrupa Konseyinin yaptığı protokoller uyarınca çok sayıda proje hayata geçirilmiş ve bu kapsamında çok sayıda çalışma (hâkim ve savcılardan insan hakları hukuku eğitimi, Avrupa ülkelerinde misafir edilmesi, meslek içi eğitimleri, ilgili materyallerin basımı, yuvarlak masa toplantıları vb.) gerçekleştirilmiş; bu uğurda büyük emekler ve paralar harcanmıştır. Sayısı daha da arttırlabilecek tüm bu faktörler, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi hukukuna uyumun, Türkiye Cumhuriyeti'nin hükümetler üstü bir devlet politikası olduğuna göstergedir. Bu gerçek karşısında yargıçlara düşen şey, ulusal mevzuatı ve olayları “uluslararası hukuka uygun yorum” ilkesi çerçevesinde ele almaktır. Bu bir takdir meselesi değil, (i) *jus cogens* bir kuralın, (ii) Türkiye'nin tarafı olduğu Sözleşme'nin ve (iii) Türkiye'yi bu Sözleşme sistemine taraf kılan kanun hükümlerinin, (iv) Anayasa'nın ve (v) genel olarak Türk Devleti'nin asırlık siyasa tercihinin¹ getirdiği bir zorunluluktur.

Bu kaynaşmayı gayet yerinde bir yaklaşımla yansitan Anayasa Mahkemesinin de ortaya koymuğu üzere, İHAM kararlarına uymamak, Anayasa'nın da ihlali anlamına gelmektedir. Tüm bu nedenlerle, İHAM kararlarının niteliğini iyi kavramak gerekmektedir.

Mütalaanın birinci bölümünde İHAM kararlarının niteliği ortaya konmuştur. Buna göre; İHAM'ın iki tür karar vermektedir: klasik kararlar ve pilot kararlar. (i) Klasik kararlar, münferit insan hakları ihlalleriyle ilgili ve esasen sadece başvurucuya ilişkili sayılabilen kararları anlatır. (ii) Pilot kararlar ise ihlalin somut olayla sınırlı olmadığı, başvurucu özelinde incelenen vakanın arka planında yer alan sistematik sorundan ötürü, sonuçlarının diğer kişilere de etki

¹ Bu tercih, Anayasa'nın yönlendirici nitelikteki Başlangıç kısmındaki “*çağdaş medeniyet düzeyine ulaşma azmi*” hükmüyle de ortaya konmuştur.

gösterileceğinin tespit edildiği kararlardır. Pilot kararlar, "tam pilot karar" niteliği taşıdığında Mahkeme, pilot karar uyguladığını açıkça söyler ve İçtüzük'teki özel usul uygulama bulur. Bu kararların "yarı-pilot" (*quasi pilot*) nitelik taşıdığı durumlarda Mahkeme açıkça pilot karar usulünü uyguladığını söylemez fakat ortada sistematik bir ihlal bulunduğu tespit eder ve sistematik sorunun çözülmesi, yani ihlalin giderimi için hangi önlemlerin alınması gerektiğini sayar.

Mahkemenin klasik kararlarında, bazen yapisal sorunlara işaret eden ek gerekçelere yer verilse de prensip itibarıyla (i) "ihlal tespiti" ve/veya (ii) "tazminat" a hükmedilmesi söz konusu olur. Buna karşılık, pilot kararlarda (iii) "yeniden yargılama" ya işaret edilmesi söz konusu olabilir; ayrıca, mağdurların ihlalden önceki duruma gelmeleri (*restitutio in integrum*) için (iv) "yapılması gerekenler" e hükmedilebilir. Bu "yapılması gerekenler", vakanın niteliğine göre soyuttan spesifik olarak somuta doğru bir skalada resen takdir edilir. Bu bağlamda takdir İHAM'ındır. Zira insan hakları hukukunda ihlalin giderilmesi bağlamındaki ana kabul, ihlal hiç gerçekleşmemiş olsaydı mağdurun durumu ne olacaksa o duruma tekrar dönülmescini sağlayacak her şeydir. Taraf devletlerin bunu iç hukukta hangi araç ve kurumlarla gerçekleştirecekleri onların bileceği iştir fakat İHAM tarafından işaret edilenler, ulusal hukukun teknik kavramlarıyla değil, Mahkemenin kendi kavramlarıyla (buna "özerk kavamlar öğretisi" denir) anlatılır. Bu bakımdan "yeniden yargılama" kavramı, "yargılamanın yenilenmesi" kavramını dahi aşan bir nitelik taşımaktadır.

Bu açıklamalar ışığında *Yüksel Yalçınkaya/Türkiye* kararı, bir "yarı-pilot karar"dır. İHAM, bu olayda Türkiye'deki sistematik bir sorun saptaması yapmış, sonra da yapılması gerekenlere hükmetmiştir.

Söz konusu sistematik sorunun kalbinde ByLock delillerinin değerlendirilme biçimini yer almaktadır. Ayrıntılarını bir taraşa bıraklığımızda Mahkemeye göre bu uygulamayı yüklemiş olmak, o gün için "Gülen Hareketi" veya "Cemaat" olarak bilinen yapıyla bağlantıyı kanıtlıyor olabilir. Fakat bir kişinin, on yillardır Türkiye'de varlık gösteren ve hükümetlerin tanıdığı ve meşruluk atfettiği bir dini grup ile bağlantılı olması, salt bu programı indirdiği için 15 Temmuz darbe girişiminin faili addedilen "FETÖ/PDY" örgütünün silahlı amaçlarını bildiğini ve buna göre hareket edip otomatikman örgüt üyeliği yaptığı göstermez. Başka bir deyişle ve kestirmeden söyleyecek olursak; ByLock uygulaması, "Cemaat" üyesi olmak ile "FETÖ/PDY" örgütüne üye olmayı otomatikman eşitleyemez. Mezkûr uygulamayı yükleyen bir kişi, bu ikisine de mensup olabileceği gibi sadece ilkine mensup olabilir. ByLock yazışmalarının içeriği vb. deliller ortaya konmadıkça kategorik çıkarımlarda bulunmak, suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırıdır.

Dahası, ByLock uygulamasına dair verilerin elde edilme biçimini, ham verilerin davanın taraflarına tam olarak sunulmaması, uygulamayı indiren kişilerin tamamının soruşturutmaya tabi olmaması vb. pek çok tutarsızlık karşısında sanıkların ileri sundüğü savlara ilgili ve yeterli gerekçeler sunulmamış, ayrıca o gün için yasal nitelik arz eden faaliyetler (dernek, sendika üyelikleri veya banka hesapları vb.) de davada kategorik olarak suçla ilintilendirilmiştir. İHAM, *Yüksel Yalçınkaya/Türkiye* kararı özelinde bunların adil yargılanma hakkı ve örgütlenme hakkının ihlali anlamına geldiğini saptamıştır.

Sayıları yüzbinleri bulan pek çok kişinin bu nedenlerle ve bu usullerle mahkûm edilmesi, niceliksel bir yiğilmayı ve sistematik bir sorunu ortaya koymaktadır. İHAM bu saptamayı yaparak, bir bakıma benzer nitelikteki tüm kararlarda ihlal kararı vereceğini ilan etmiştir. Mahkeme, bir "bile bile lades" sonucunun ortaya çıkmaması için de "yapılması gerekenler" e hükmetmiştir. Bu yapılması gerekenler "soyut-somut skalası"nda görece somuttur. Strazburg Mahkemesi, esasen ve özü itibarıyla süregelen yargılmalarda kendi analizinin uygulanmasına + benzer durumda

olanların yeniden yargılanmasına + bu bağlamda özellikle Anayasa'nın md. 90/son hükmünün dikkate alınmasına işaret etmiştir.

Mütlakaada gösterilecek ulusal içtihatlarda görüleceği üzere Anayasa Mahkemesi ve diğer yüksek yargı organları, çeşitli kararlarında, Anayasa md. 90 hükmüne özel ve icrai bir anlam yüklemiştir. Bu yaklaşımına göre uluslararası hukuk ile ulusal mevzuat arasında bir çatışma varsa ilki ikincisini “zimnen ilga” edebilmektedir. Fakat bizim kanımızca somut olayda “zimnen ilga” yoluna dahi gitmeye gerek kalmaksızın, sorun “yargılamanın yenilenmesi” kurumunun “uluslararası hukuka uygun yorum” yoluyla çalıştırılması suretiyle çözülebilir.

Bu çıkarımlar, _____ açısından aynen geçerlidir. Bay'in mahkûmiyetine temel olan başlıca delil ByLock uygulamasını yüklediği saptamasıdır. Kendisi, bu saptamaya atıfla otomatikman FETÖ/PDY üyesi sayılmıştır. Diğer delillerin (Twitler ve yasal dernek üyelikleri) suça dayanak kılınması da Strazburg içtihatlarıyla uyumsuzdur. Sonuç itibarıyla kendisi hakkında yargılamanın yenilenmesi usulü çalıştırılmalıdır.

GİRİŞ

Öncelikle işbu görüşü kaleme alan müellif olarak “uzman” niteliğimize dönük açıklama yapacak, ardından bu mütalaaya konu olan mesele hakkında değerlendirme yapacak ve nihayet raporun planı hakkında bilgi vereceğiz.

Uzmanlık-. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde Anayasa Hukuku Anabilim Dalı’nda öğretim üyesiyim. Bu fakültede “anayasa hukuku”, “insan hakları hukuku”, “özgürler hukuku”, “bireysel başvuru (anayasa şikayetleri)”, “özgürlük ve güvenlik hakkı”, “ifade özgürlüğü ihlallerinin hukuki kaynakları”, “Türkiye’de anayasa hukukunun güncel sorunları” başlıklı dersler verdim ve/veya vermekteyim. Avrupa Konseyinin, Adalet Bakanlığı, Yargıtay, Danıştay, Türkiye Adalet Akademisi gibi paydaşlarla yürüttüğü çok sayıda projede ulusal danışman (*National Consultant to the Council of Europe*) olarak görev yapmaktadır. Ondan fazla kitap ve çok sayıda makale ve tebliğimdeki çalışma odağıım Avrupa ve Türkiye’deki insan hakları hukuku teknigidir. Dolayısıyla konuya ilgili uzman sıfatını haizim.

Mütalaanın Konusu- mensubu olduğum Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesine başvurmuştur. Bu başvuruda şahsından İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin (bundan sonra kısaca “Mahkeme” veya “İHAM”) 15669/20 başvuru numaralı ve 26/09/2023 tarihli *Yüksel Yalçınkaya/Türkiye* kararının², kendi durumu yönünden etkilerine dair bir mütala talep etmiştir.

Dolayısıyla mütalaanın konusu, *Yüksel Yalçınkaya/Türkiye* kararının, hakkında ulusal karar yönünden etkilerinin ne olduğu sorusudur. Bu soru, yaklaşık on sekiz yıldır çalışağlığımda ve doğrudan doğruya uzmanlık alanıyla ilgilidir.

Çalışmanın Planı-. Çalışma, dört başlıktan oluşacaktır. Öncelikle (I) İHAM kararlarının Türk hukukundaki etkileri değerlendirecektir. Bu genel değerlendirme, ulusal yargıçların teknik bilgi gereksinimi duyduğu uluslararası hukuka özgü uzmanlığın öne çıktığı bağlamdır. Bu değerlendirmede, bize sorulan soruya dair başlıca prensipleri ortaya koyacağız. Müteakiben (II) mütalaaya konu olan *Yüksel Yalçınkaya/Türkiye* kararını işleyeceğiz. Bunu yaparken; (a) karara konu olayları özetleyecek, (b) İHAM’ın ne yönlerden ve hangi gerekçeyle ihlal verdigini anlatacağız. Bu anlatımdan sonra (c) kararın değerlendirilmesine geçeceğiz. Bunu takip eden başlıkta (III) *Yüksel Yalçınkaya/Türkiye* vakasıyla ilişkili görülebilecek diğer bazı uluslararası kararlara değineceğiz. Nihayet son başlıkta (IV) tüm bu yazıları talepte bulunan’ın durumu açısından somutlaştıracağız.

I-) İHAM KARARLARININ İÇ HUKUKTAKI ETKİSİ

Türkiye Cumhuriyeti, Resmi Gazete’deki adıyla İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi’ni (bundan sonra kısaca “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi”, “Sözleşme” veya “İHAS”) ilk imzalayan devletlerden biridir. Türkiye, Sözleşme’yi 4 Kasım 1950 tarihinde imzalamış ve 10 Mart 1954 tarihinde onaylamıştır. 6366 sayılı onay Kanunu, 19 Mart 1954 gün ve 8662 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.³

Söz konusu Sözleşme, Türkiye’nin de üyesi olduğu⁴ Avrupa Konseyi bünyesinde üretilmiştir. Bu yapı kapsamında hareket eden ve Türkiye’nin diğer devletlerle eşit yargıç temsilcisiyle

² Söz konusu karar İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin resmî karar arama sitesi HUDOC’ta yer almaktadır. Karşı oylarıyla birlikte 201 sayfa uzunluğundaki karara şu linkten ulaşılabilir: <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-228009>

³ 6366 sayılı “İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve buna Ek Protokolün Tasdiki Hakkında Kanun”, Resmi Gazete, 19/03/1954, s. 8690.

⁴ Avrupa Konseyi Statüsü için bkz. 5456 sayılı “Avrupa Konseyinin Kurulması Hakkında İmzalanmış olan Statünün Onanmasına Dair Kanun”, Resmi Gazete, 17/12/1949, s. 17380.

katıldığı dolayısıyla bir “yabancı mahkeme” olmaktan ziyade “ortak mahkeme” niteliği taşıyan⁵ İHAM, Türkiye’nin de altında imzası bulunan Sözleşme’nin verdiği yetkiyle bağlayıcı kararlar vermektedir.

Sözleşme’nin bağlayıcı olduğunu ortaya koyan başlıca hukum “Kararların Bağlayıcılığı ve İnfazı” başlıklı 46’ncı maddedir. Bu maddenin ilk fikrasında açıkça “*Yüksek Sözleşmeci Taraflar, taraf oldukları davalarda Mahkeme'nin verdiği kesinleşmiş kararlara uymayı taahhüt ederler.*” yazılıdır. Dolayısıyla İHAM’ın verdiği kararların uluslararası hukuk yönünden bağlayıcı olduğu noktasında herhangi bir tartışma yoktur. İç hukuk ne derse desin ve içeride, ihlal giderme usulleri nasıl düzenlenirse düzenlensin, bunlar uluslararası yükümlülüğün mutlak nitelğini ortadan kaldırır. Nitekim bu gerçege koşut olarak Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin 27’nci maddesinde “*Bir taraf, bir anlaşmayı icra etmemesi gereği olarak iç hukukun hükümlerine başvuramaz*” yazılmıştır.

İç hukukun uluslararası yükümlülüklerle mazeret olamayacağı kuralı, bugün uluslararası hukukta artık amir hukum (*jus cogens*) sayılmaktadır. Zaten bu nedenledir ki İHAM bir ihlal kararı verdiğiinde (iç hukuklarda bu ihlal kararına bazen direnç gösterilse dahi) son tahlilde içtihat⁶, kanun⁷, hatta anayasa hükümleri⁸ değiştirilmektedir.

Bu süreçlerde ihlal mağdurlarının haklarının daha fazla zarar görmemesi, kamu bütçesinden ek tazminatlar çekmaması ve hukuki sistemiğin tam işlemesi için ideal olan şey, sistematik yorum yönteminin bir uzantısı olan “uluslararası hukuka uygun yorum” (*völkerrechtsfreundliche / völkerrechtskonforme Auslegung*) ilkesiyle hareket etmektir.⁹ Bu ilkeye göre ulusal hukukun kuralları yorumlanırken ihlalin giderilmesi ereğî öncelikle göz önünde tutulmalı ve iç hukukta yapılacak farklı yorum biçimlerinden, uluslararası hukukla en uyumlu olanı yeğlenmelidir.¹⁰

A-) GENEL OLARAK: ULUSLARARASI HUKUKTA “İHLALİN GİDERİMİ” MESELESİ

İnsan hakları hukukunda, denetim organlarının bir ihlal kararı vermesi, sadece bir tespit ve temenni değildir. İhlal tespitleri, ihlallerin giderilmesi için yapılır. Bu giderim ise prensip itibarıyla ve kestirmeden söyleyecek olursak “eski durumun tamamen yeniden kurulması” veya yaygın ifadeyle “eski hâle iade” (*restitutio in integrum*) ile mümkündür:

“Mahkeme’nin bir ihlal tespit ettiği bir karar, davâlı Devlet'e ihlale son verme ve ihlalden önceki durumu mümkün olduğunca eski haline getirecek (*restitutio in integrum*) şekilde sonuçlarını telafi etme yasal yükümlülüğü yükler.”¹¹

⁵ Örneğin Yunanistan Yargıtay’ı bir “yabancı mahkeme”dir fakat İHAM, sözcüğün bu anlamıyla bir “yabancı mahkeme” değildir. Bu nedenle literatürde bazı yazarlar “ulusalüstü” kavramı kullanmaktadır. Örneğin bzk. Semih Geçmalmaz, *Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, (Legal Yay., 2012).

⁶ “Sayın Ocalan” ifadesinin suçu ve suçluyu övme sayılması (TCK md. 215) konusundaki içtihatî değişim çok sayıda örnekten sadece biridir.

⁷ Türkiye’de çok sayıda reform paketinin tetikleyicisi İHAM kararları olmuştur. Çok sayıda örnekten biri için bzk. 6459 sayılı İnsan Hakları ve İfade Özgürliği Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Resmi Gazete, S. 28633, 30/04/2013.

⁸ DGM’lerle ilgili ihlal kararları Türkiye’de anayasa değişikliğine neden olmuştur. Diğer Avrupa ülkelerindeki daha fazla örnek için bzk. Tolga Şirin ve Necdet Umut Orcan, “Anayasa Madde 90 Gereği Uluslararası Hukukun İç Hukukta Uygulanmasında Çatışan Normlar Sorunu: Siyasal İtirazlara Hukuksal Yanıtlar”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, S. 10(20), s. 327-331.

⁹ Alexander Proelß, “Der Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung im Lichte der Rechtsprechung des BVerfG”, *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, (De Gruyter, 2009).

¹⁰ Bertil Emrah Oder, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, (İstanbul: Beta Yay., 2010).

¹¹ Papamichalopoulos ve diğerleri/Yunanistan (Madde 50), 14556/89, 31/10/1995, § 34. Türkiye özelinde bzk. Akdwari/Türkiye (Madde 50), 21893/93, 01/04/1998, §47.

Ihlali gidermek için ihlalden önceki durumu temin etmek, yani ihlalin hiç gerçekleşmediği koşulları yeniden sağlamak gereklidir. Bunun tek bir yolu yoktur.

Eski hâle iade pratikte mümkün değilse, bu durumda alternatif seçenekler devreye girer. Tazminat, rehabilitasyon, tatmin (*satisfaction*), ihlali tekrarlamama güvencesi verme bunlara örnek gösterilebilir.¹² Sınırlı sayıda olmayan (ve tekil durumun ötesinde, mevzuat ve içtihat değişikliği; tıbbi destek veya eğitim vb. ögelerle de desteklenmesi gereken) alternatif yöntemlerin tamamı, mağdurları, ihlal öncesi duruma yaklaştırmaya matustur. Bir ihlal kararı çıktıığında, iç hukuktaki kurallar ve boşluklar bu nihai erek (*telos*) ışığında yorumlanır ve anlatımlandırılır.

B-) KARAR TIPLERİ

İHAM'ın karar tipleri en az iki kategoride toplanabilir.¹³ Bunları (1) klasik kararlar ve (2) pilot kararlar diye nitelendirebiliriz. Bu kararların hepsi için dayanak, madde 41 ve/veya 46 olmaktadır.

Sözleşme'nin tazminata hükmetme yetkisini düzenleyen 41'inci maddesi şöyledir:

“Eğer Mahkeme bu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldırabiliyorsa, Mahkeme, gereği takdirde, zarar gören taraf lehine adil bir tazmin verilmesine hükmeder.”

Sözleşme'nin kararlarının kesinliğinin ve bir ölçüde hükmü kısmındaki belirlemelerinin dayanağı olan 46'ncı maddesi şöyledir:

[1] Yüksek Sözleşmeci Taraf'lar, taraf oldukları davalarda Mahkeme'nin verdiği kesinleşmiş kararlara uymayı taahhüt ederler.

[2] Mahkeme'nin kesinleşen karar, infazını denetleyecek olan Bakanlar Komitesi'ne gönderilir.

[3] Bakanlar Komitesi, kesinleşen bir kararın infazının denetlenmesinin, söz konusu kararın yorumundan kaynaklanan bir zorluk nedeniyle engellendiği kanaatinde ise, bu yorum konusunda karar vermesi için Mahkeme'ye başvurabilir. Mahkeme'ye başvurma kararı, Komite toplantılarına katılma hakkına sahip temsilcilerin üçte iki oy çöküğü ile alınır.

[4] Bakanlar Komitesi, bir Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın, taraf olduğu bir davada verilen kesin karara uygun davranışmayı reddettiği görüşünde ise, ilgili Taraf'a ihtarla bulunduktan sonra, Komite toplantılarına katılma yetkili temsilcilerin üçte iki oy çöküğü ile alınacak bir kararla, ilgili Taraf'ın 1. fıkra'da öngörülen yükümlülüğünü yerine getirmediği meselesini Mahkeme'ye intikal ettirebilir.

[5] Mahkeme 1. fıkranın ihlal edildiğini tespit ederse, alınacak önlemleri değerlendirmesi için davayı Bakanlar Komitesi'ne gönderir. Mahkeme, eğer 1. fıkranın ihlal edilmemiğini saptarsa, davayı, incelemesine son verecek karar alması için Bakanlar Komitesi'ne iletir.”

İHAM sadece ihlal tespitini veya tazminata hükmettiği kararlarda, bu hususu “Madde 41” başlığı altında ele almaktır, bunun ötesindeki yönlendirmelerini “Madde 46” başlığı altında yapmaktadır. Fakat bu başlıkların altında veya hükmü kısmında yer almasa da kararın gerekçe kısmında da yapısal sorun tespitini veya yol göstermede bulunma mümkün olabilmektedir.

¹² Bunlar, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu tarafından kabul edilmiş Genel Kurul tarafından da onaylanan “Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Ağır İhlalleri ve Uluslararası İnsancıl Hukukun Ciddi İhlallerinin Mağdurlarının Giderim ve Onarım Hakkında Dair Temel ve Rehber İlkeler”de sayılmıştır. Türkçe metin için bzkz. <http://tinyurl.com/bdefzju6>

¹³ Bu tasnif konuya ilgili olacak biçimde yapılmıştır. Başka tasnifler de pekâlâ yapılabilir. Örneğin İHAM'ın kararlarının derlendiği HUDOC sitesinde kararlar “kilit davalar” ile önem derecesine göre 1, 2, 3 şeklinde sıralanan kararlar biçiminde tasniflenmiştir. Bakanlar Komitesi, ilke kararları (*leading cases*) ile kopya davalalar (*clone cases*) veya tekrarlanan davalar (*repetative cases*) biçiminde tasnifler de kullanmaktadır.

1-) Klasik Kararlar

Klasik kararlar, sadece başvurucuya sınırlı değerlendirme yapılan kararlardır. Genellikle ihlal tespiti yapılır ve/veya tazminata hükmedilir. Sorun, çoğu kez tekil olayla sınırlı kavranır. Fakat klasik kararlar dahi emsal durumlar açısından dikkate alınabilir, hatta bazı koşullarda alınmalıdır.

2-) Pilot Kararlar

İHAM'ın verdiği kararların büyük bir kısmı, daha önceden verdiği bir ihlal kararının konu ve müdahale benzerliği içeren, mükerrer nitelikteki kararlardır. Bunun iş yükünü arttırması ve yapısal sorunlar çözülmeden çözümün anlamlı olmaması karşısında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Mahkemeyi, çalışmalarının olağan seyri içinde, sistemsel aksaklılığın kaynağını tespit etmeye, tespit edilen sorumlara sistemsel çözümler önermeye ve bu tür aksaklılardan zarar gören bireyler için uygun çözüm yolları önermeye davet etmiştir.¹⁴ İHAM, bu davete icabet etmiş, "pilot kararlar" olarak adlandırdığı usulü uygulamaya hız kazandırmıştır.¹⁵ Bu usul, yapısal bir sorunla ilgili belli bir dava üzerinden, o davanın başvurucularıyla aynı durumda olan tüm bir hak öznesi sınıfının ne yaşadığını çözmeye çalışmak ve bunu yaparken de ileriye dönük bir hukuk önererek taraf Devlete yol gösterme yöntemidir.¹⁶ Söz konusu usul, 2004'ten itibaren içtihatta daha net hâle gelmiş, ayrıca İHAM'ın İçtüzüğüne (md. 61) de bu konuda bir kural konmuştur.¹⁷ Konumuzla ilgili olduğu denli aktarmak gereklidir:

"[1] Mahkeme, kendisine sunulan bir başvuruya dayanak oluşturan olayların, ilgili Sözleşmeci Tarafta yapısal veya sistemik bir sorunu ya da diğer benzer başvuruların yapılmasına neden olan ya da olabilecek nitelikte başka bir aksaklılığın varlığını ortaya koyması durumunda, pilot karar usulünü uygulamaya karar verebilmekte ve bir pilot karar verebilmektedir.

(...)

[3] Mahkeme, verdiği pilot kararında, tespit ettiği yapısal veya sistemik sorunun ya da aksaklılığın niteliğini ve ilgili Sözleşmeci Tarafın karar hükmü uyarınca ulusal düzeyde alması gereken tazminat tedbirlerinin türünü belirtmelidir.

(...)

[5] Mahkeme, bir pilot karar verirken, kararda belirtilen hem bireysel hem de genel tedbirler davalı Sözleşmeci Tarafta alınıncaya kadar adil tazmin hususunu tamamen ya da kısmen saklı tutabilmektedir.

[6] a) Mahkeme, gerektiği takdirde, pilot kararın hükmü kısmında belirtilen tazminat tedbirleri alınıncaya kadar aynı gerekçeye sahip olan bütün başvuruların incelenmesini erteleyebilmektedir.

b) İlgi alanlar, uygun bir şekilde erteleme kararından haberdar edilmektedirler. Gerekli görüldüğü takdirde, davalarına ilişkin her türlü yeni unsurlar kendilerine bildirilmektedir.

c) Mahkeme, herhangi bir aşamada, adaletin iyi işlemesinin gerektirmesi durumunda, ertelenen bir başvuruyu inceleyebilmektedir. (...)"

Bir vakada pilot karar usulü uygulandığında Mahkeme, ihlal tespit etmekle kalmamakta, somut önlemler önermektedir. Bu önlemleri kavramak için ise kararın gerekçesinin tamamının okunması gerekmektedir. Zira bir kararın uygun biçimde icra edilebilmesinin en iyi rehberi kararın kendi gerekçesidir.

¹⁴ The Council of Europe, Committee of Ministers, Resolution (Res(2004)3) on Judgements Revealing an Underlying Systemic Problem, 12 May 2004. The Council of Europe, Committee of Ministers, Resolution (Res(2004)6) on the Improvement of Domestic Remedies, 12 May 2004.

¹⁵ Bkz. Broniowski/Polonya, (Büyük Daire), 31443/96, 22/06/2004.

¹⁶ Alex Stone-Sweet ve Helen Keller, "The Reception of the ECHR in National Legal Orders", in H. Keller (ed.), Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems. (Oxford University Press, 2008), s. 11.

¹⁷ Türkçe metin için bkz. https://www.anayasa.gov.tr/media/7263/aihm_ictuzuk_2023.pdf

a-) Tam Pilot Kararlar

Pilot kararların, mevzuata da yansımış biçimde “tam pilot karar” olarak ifade edilir.¹⁸ Tam pilot kararlarda üç temel öğe mevcuttur. İHAM, (i) Sözleşme’nin sistematik ihlalini tespit eder, (ii) davalı devletin sistematik sorunu çözmesi için alması gereken önlemleri sayar ve (iii) pilot karar usulünü uyguladığını açıkça söyler.¹⁹ Böyle bir karar verildiğinde diğer başvurucuların mükerrer nitelikteki başvuruları askıda tutulur, uygun çözüm bulunursa başvurucular o çözüm adresine yönlendirilir. Eğer çözüm bulunmazsa bu durumda diğer vakalarda da ihlal sonucuna ulaşılır.

b-) Yarı-Pilot Kararlar

Pilot kararların bir başka biçimde “yarı pilot kararlar” (*quasi-pilot cases*) olarak tanımlanır²⁰. Bu karar türü, büyük ölçüde tam pilot kararlara benzer. İHAM yarı pilot kararlarında da (i) Sözleşme’nin sistematik ihlali saptamasını yapar ve (ii) davalı devletin sistematik sorunu çözmesi için alması gereken önlemleri sayar fakat bunlardan farklı olarak (iii) pilot karar usulü uyguladığını açıkça söylemez.²¹ Bu açıklığın olmaması, diğer benzer davaların resmî olarak ertelenmesine engel olur. Keza, ihlalin giderilmesi için önerilen çözümün hükmü kısmında mı yoksa gerekçedeki diğer kısımlarda mı yer alacağına dair bir standart da bulunmaz.

Bu usulün, tam pilot kararlar yerine uygulanmasında birden çok neden (yargıcılar arasında anlaşmazlık, mükerrer başvurulardaki nüanslar, tarafların talepleriyle ilgili usulî nedenler, yargı politikası vb.) olabilir. Fakat buna rağmen bu kararlarda da “pilot” bir yön vardır. İHAM, somut olay üzerinden yapısal sorunu tespit etmiş ve kararının yol gösterici etkisini (*Orientierungswirkung*) gerekçesine daha net biçimde yansıtmıştır.²² Bu netlik, bir yandan sorunu çözmek isteyen devletteki uygulamacılara, diğer yandan kararın icra edilip edilmediğini takip eden Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesine bir rehber sunmaktadır. Taraf devletler, yarı-pilot kararların hükmü ve gerekçe kısmındaki açıklamaları dikkate almakla ve ihlali gidermek için buna koşut bir yaklaşım geliştirmekle mükelleftir.

C-) İHLALİN SÜBJEKTİF ETKİSİ: BAŞVURUCUYA DÖNÜK SONUÇLAR

Bir ihlal kararı, öncelikle başvurucusu için sonuç doğurur. Bu sonuçlar dört başlıkta toplanabilir.

1-) İhlal Tespiti

İHAM bazı davalarda sadece ihlal tespiti yapmakla yetinmektedir. Bunun nedeni, başvurucunun başkaca bir talepte bulunmaması olabileceği gibi, somut olayın koşullarında bu tespiti yapmanın yeterli sayılması da olabilir. Zira pek çok durumda eski hâle iade mümkün görünmeyeilmektedir. Fakat ihlal tespiti, taraf devleti ihlalin diğer olumsuz etkilerini ortadan kaldırmak konusunda adım atmaktan beri kılmasız.

2-) Tazminat

İHAM, pek çok davada ihlal tespitinin yanı sıra Sözleşme’nin 41’inci maddesi uyarınca başvuru lehine tazminata hükmetmekte, bu tazminata “Avrupa Merkez Bankasının söz konusu dönem için geçerli olan marginal faiz oranına üç puan eklenmek suretiyle elde edilecek oran üzerinden” gecikme faizi eklemektedir. Bu tazminat kural olarak manevi nitelik arz eder. Fakat başvurucuların somut delillerle desteklemesi hâlinde maddi tazminata da hükmetmek mümkündür. Tazminat

¹⁸ Philip Leach, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, (OUP, 2019).

¹⁹ Bu önlemlerin alınması için bazen süre sınırı dahi konabilmektedir. Bu İçtüzük md. 61/4’ten ileri gelen bir yetkidir.

²⁰ Leach, op. cit.

²¹ Ibid.

²² Tomas Milej, *Entwicklung des Völkerrechts Der Beitrag internationaler Gerichte und Sachverständigengremien*, (De Gruyter, 2014), s. 621

ödenmesi, ihlalin giderilmesi için bir gerek şarttır ama yeter şart değildir. Taraf devletin ihlali kabul etmesi, süregelen ihlali sonlandırması gereklidir. Dahası sadece tazminata hükmedilmiş olması, koşulları varsa yeniden yargılama yapmaya ve/veya diğer çarelere başvurmaya engel değildir.

3-) Yeniden Yargılama

Ihlalin tespit edilmesi veya tazminata hükmetme bizzat İHAM'ın giderim biçimidir. Fakat İHAM'ın ihlali “tespit eder” (*declaratory*) nitelikteki kararının gereğini yapmak konusunda iç hukukta hangi aracın kullanılacağı konusunda takdir (Bakanlar Komitesinin denetimi altında) evvela ilgili devlettedir. Sözleşme, bu konuda spesifik veya sayma yolu yöntemler ortaya koymuş değildir.

Bununla birlikte, söz konusu kararların icrasını inceleyen/denetleyen Bakanlar Komitesi bu konuda verdiği bir tavsiye kararında, ihlalin giderilmesinde en etkili yolun davanın yeniden incelenmesi veya davanın yeniden görülmesi olduğunu ifade etmiştir. Bu tavsiye kararında Komite, “şikayette konu ulusal kararının esas bakımından Sözleşmeye aykırılık oluşturduğu” yahut “tespit edilen ihlalin, şikayet konusunun ulusal yargılamaadaki aksaklıklara dayalı olduğu sonucuna varıldığı takdirde” davanın yeniden incelenmesi gereklidir. Bu durum, ihlalin sonuçlarının devam ettiği koşullarda büyük bir önem taşır. Zira bu usule başvurulmaz ise taraf devlet tazminatı ödeyerek sorumluluktan kurtulur, bir bakıma ihlali satın almış gibi olur. Bu ise Sözleşme'nin ruhuna ve insan haklarının getirdiği değerler düzeninin mantığına aykırıdır.

4-) Diğer Çareler

İHAM'ın bir ihlal belirlemesi yaptıktan sonra giderimin araçları konusunda taraf devletlerin (yne İHAM'ın ve Bakanlar Komitesinin denetimine tabi) bir takdir yetkisi olduğunu söylemişistik. Bu, prensip olarak böyle olsa da İHAM, somut olayın koşullarına göre tazminat ve yeniden yargılama dışında da çarelere hükmedebilir. Bu yönlendirici çareler bazen soyut, bazen somut olmaktadır. Somut çareler, seçenekli olabileceği gibi seçeneksiz de olabilmektedir.

a-) Soyut Yönlendirmeler

Soyut yönlendirmeler, Sözleşme'ye aykırı bir sonucun ortaya çıkması pek muhtemel koşullarda (örneğin bir kişinin ölüm cezasına engel olunması, adil bir yargılama yapılması, işkenceye maruz kalmaması veya keyfi tutulmaması vs.) buna engel olunması için “*olası tüm adımların atılması*” yönünde karar verilmesi yoluyla gerçekleşir. Bu türden yönlendirmeler “geçici tedbir” kararlarında çokça görülür. Fakat son yıllarda ihlal kararları açısından da sayı artmıştır.

b-) Somut Yönlendirmeler

Somut yönlendirmeler, genellikle ihlalin süreçten (*ongoing*) olduğu durumlarda yapılır. Bu türden cümleler (i) tek yönlü, (ii) kümülatif veya (iii) alternatif olabilmektedir.

(i) *Tek Yönlü Yönlendirme*- Bunlar ihlalin başka türlü giderilmesinin mümkün olmadığı hâllerde gündeme gelir. Örneğin bir kişi keyfi olarak tutuluyorsa ve ihlalin giderilmesinin tek çaresi tahliye kararı vermek ise İHAM, başvurucunun “derhal serbest bırakılması”na hükmetmektedir.²³

(ii) *Kümülatif Yönlendirme*- Böyle bir durumda “hem... hem...” formülü devreye girer. *Oyal/Türkiye* kararında devletin kusurundan dolayı AIDS hastası olan bir çocuk için hem tazminat ödenmesine hem de hayatı boyunca tam ve ücretsiz sağlık hizmeti sunulmasına hükmedilmesi buna örnektir.²⁴

²³ Örn. bkz. *Şahin Alpay/Türkiye*, 16538/17, 20/03/2018.

²⁴ *Oyal/Türkiye*, 4864/05, 23/03/2010.

(ii) *Alternatifli Yönlendirme*- Normal şartlarda bir ihlalin giderilmesine karşı hangi araçların kullanılacağını seçmek, taraf devletin takdirindedir. Fakat Mahkeme bu takdiri alternatifli olarak sınırlandırarak yönlendirebilmektedir. Böyle hâllerde “ya... ya da...” formülü işler. Bazı durumlarda çözümün İHAM’ca belirlenen birden çok seçenek olmaktadır ve taraf devlete kalan bunlardan birini yeğlemektir. Örneğin, kimi mülkiyet davalarında İHAM devlete ya mülkiyetin devredilmesi ya da tazminat ödemesi opsiyonlarını sunarak yönlendirme yapmıştır.²⁵

Söz konusu çare üretimi sadece Mahkeme tarafından değil ama aynı zamanda Bakanlar Komitesi tarafından da yapılmamıştır. Yeni hapishanelerin inşası veya yeni personel istihdamı vb. gibi...

Bu kategoriler sınırlı değildir. İnsan hakları hukukunda özür dileme, anıt dikme, kararı gazetede yayımılama gibi örnekler mevcuttur.²⁶

D-) İHLALİN OBJEKTİF ETKİSİ: GENELE DÖNÜK SONUÇLAR

İnsan hakları hukukunda başvurular bireysel olsa da sonuçlar mutlaka ve her zaman için bireysel değildir. Bunun nedeni insan hakları sözleşmelerine uyan devletlerin iç hukuklarını sözleşmeye uygun hâle getirmeyi taahhüt etmeleridir.²⁷ Bu gerçek, İHAS’ın 1’inci maddesinde açıkça ortaya konmuştur:

“Yüksek Sözleşmeci taraflar, bu Sözleşme’nin I. bölümünde tanımlanan hak ve özgürlükleri, kendi egemenlik alanında bulunan herkes için güvence altına alır.”

Bu hükümin tamamlayıcısı, İHAM’ın neden kurulduğunu ortaya koyan 19’uncu maddedir:

“Yüksek Sözleşmeci tarafların bu Sözleşme ile üstlendikleri taahhütleri yerine getirmelerini güvence altına almak için, bundan sonra “Mahkeme” diye kullanılacak bir İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kurulur. Mahkeme, süreklilik esasına göre çalışır.”

Bu iki hükümden hareketle öğretide Sözleşme sisteminin “*res interpretata* ilkesi” getirdiği söylenmektedir.²⁸ Bu ilke, AYM Başkanı Zühtü Arslan’ın tanımıyla söylesek; “*bir uyuşmazlık sırasında temel ilke ve kurallara dair yapılan yargılal yorumun benzer konularda diğer mahkemeler tarafından da dikkate alınmasını*” ifade etmektedir.²⁹ Bu bakımdan bir ihlal kararı sadece taraflarla sınırlı (*inter partes*) değil, herkes için (*erga omnes*) etki doğurur.

İHAM, bu gerçeği kendisinin rolüne atıfyla şu şekilde ortaya koymuştur:

“Mahkeme, “kararlarının aslında sadece Mahkeme’nin önüne getirilen davaları karara bağlamaya değil, daha genel olarak Sözleşme’nin koyduğu kuralları aydınlatmaya, korumaya ve geliştirmeye hizmet ettiğini ve böylece Devletlerin Sözleşmeci Taraflar olarak üstlendikleri yükümlülükler uymalarına katkıda bulunduğuunu” defalarca belirtmiştir (...) Sözleşme sisteminin birincil amacı, bireysel rahatlama sağlamak olsa da, misyonu aynı zamanda ortak çatırlar doğrultusunda kamu politikası temelinde meseleleri belirlemek, böylece insan haklarının korunmasına ilişkin genel standartları yükseltmek ve insan hakları içtihadını Sözleşmeci Devletler topluluğu genelinde yaygınlaştırılmaktır.”³⁰

²⁵ Brumarescu/Romanya, 28342/95, 28/10/1999.

²⁶ Önceler için bkz. Omca Özdemir ve Damla Akkaya, “Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi İctihadında Onarım”, SDÜHFD, C. 13(1), s. 87-144

²⁷ Maestri/İtalya, 39748/98, 17/02/2004, §47.

²⁸ Bkz. Adam Bodnar, Res Interpretata: Legal Effect of the European Court of Human Rights’ Judgments for other States Than Those Which Were Party to the Proceedings, in *Human Rights and Civil Liberties in the 21st Century*, s. 223-262; Oddný Mjöll Arnardóttir, “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”, European Journal of International Law, Volume 28, Issue 3, August 2017, Pages 819-843;

²⁹ Zühtü Arslan, “Anayasa Mahkemesinin Hak- Eksenli Yorumu”, AYM Sitesi, 03/01/2023. <http://tinyurl.com/yckvmp7l>

³⁰ Kamer/Avusturya, 40016/98, 24/07/2003, §26. Keza bkz. İşkink/Türkiye, 41226/09, 14/11/2017, §65.

Söz konusu belirleme, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından da “İHAM Kararlarının İcrası” konulu kararla, bir kararın sadece davalı devlet ve başvurucu için etki doğurmadığı, diğer başvurucular ve devletler açısından da dikkate alınmasının bir zorunluluk olduğu belirtilerek benimsenmiştir.³¹

Bu mantık Türkiye’de, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay tarafından da benimsenmiştir. Buna aşağıda doneceğiz. Fakat burada kararların sadece tarafları değil, diğer tüzel ve gerçek kişileri de bağlılığına dönük saptamayı yapmakla yetinelim. Bu bağlayıcılık, benzer durumdaki kişilerin benzer ihlali yaşamamaları için (1) mevzuatın değişmesi, (2) uygulamanın değişmesi, (3) yeniden yargılama yapılması gibi sonuçlar doğurur.

1-) Mevzuatın Değişmesi

İHAM’ın verdiği kararlarda incelemeler çoğu kez önce bir müdahalenin olup olmadığı, müdahale varsa bunun, kanuni bir dayanağının olup olmadığı; kanuni dayanak varsa müdahalenin ölçülü ve/veya demokratik toplum üzerinde gerekli olup olmadığı ölçütlerine göre incelenir. Bu incelemelerde çoğu kez ihlal ölçülülük ve demokratik toplum üzerinde gereklik öğelerinden verilir. Bu ögelerde verilen ihlal, kanundan değil kanunun Sözleşme ile uyumsuz yorumundan ileri gelir. Fakat İHAM nadiren de olsa (son yıllarda artan oranda) kanunilik yönünden ihlal sonuçlarına ulaşılabilirmektedir. Mahkeme böyle durumlarda şekli anlamda bir hukuki dayanağın varlığını sorguladığı gibi, söz konusu kanunun maddi yönden belli bir kalitede (*quality of law*) olup olmadığını da sorgular. Bu kalite incelemesinde kanunun ulaşılabilirliği, öngörülebilirliği ve keyfiliçe karşı koruyucular (*safeguards*) içerip içermediği incelenir. İHAM bu yönde ihlal kararı vermişse bunun gereği yapılmadıkça aynı noktadan başkaca ihlal kararları mükerrer biçimde (*repetative*) verilmektedir. Böyle bir durumun oluşması için yargı organlarının İHAM kararlarını dikkate alması gereklidir. Türkiye’de bu dikkate alma çoğu mahkemece söz konusu olmadığı için çoğu kez AYM devreye girmekte ve giderim için adım atmaktadır. Örneğin İHAM, *Işıkirk/Türkiye* kararında TCK md. 220/6’da yer alan “örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme” fiilini öngörülebilir saymamıştır. Bu ihlal karşısında ceza mahkemeleri, kararı hiç dikkate almamış; bildiklerini okumaya devam etmiş; nihayet AYM, söz konusu hükmü iptal ederek bu mükerrer sorun yumağına set çekmiştir.³² Fakat bu iş sadece AYM’ye düşmemelidir. Gerek TBMM gerek ceza mahkemeleri bu iş birliğine dahil olmalıdır.

2-) Uygulamanın Değişmesi

Mahkeme bazen ihlalin sadece mevzuattan değil, o mevzuatın uygulanmasından kaynaklandığını tespit etmektedir. Bu yaygın bir durum olmakla birlikte Mahkeme bazı kararlarında bu yapısal soruna açıkça işaret etmekte ve bunun giderilmesi gerekliliğine vurgu yapmaktadır. Örneğin *Cihat Demirel/Türkiye* kararında İHAM, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı (md. 5/3) bağlamında ihlal tespit ettiği 68 davanın olduğunu ve önünde bekleyen 140 vakada kişilerin “basmakalıp gereğe” ile (“atılı suçun vasıf ve mahiyeti, delil durumu ve dosya münderecisi gereğe”) tutuklanması veya tutukluluğunun uzatılması sorununun Türk Ceza Adaleti sisteminin işleyişindeki yaygın ve sistematik sorunlardan kaynaklandığını saptamıştır. Bu yarı pilot karar, uygulamada köklü değişikliğe neden olmamıştır. Sorun mevzuat değişikliğine, hatta Türkiye Adalet Akademisinin öncülüğünde bu konuya özgür meslek içi eğitimler yapılmasına rağmen giderilememiştir. Burada da sorun, özellikle ceza mahkemelerinin İHAM kararlarını dikkate almamalarından ileri gelmektedir.

³¹ Resolution 1226 (2000) numaralı karar (§3) için bkz. <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=16834>

³² AYM, E. 2023/132; K. 2023/183, T. 26/10/2023.

3-) Yeniden Yargılamalar

Daha önce (sözcüğün özerk anlamıyla) “yeniden yargılama”ya dönük yaptığımız açıklamalar burada da aynen geçerlidir. Uluslararası hukuk pencerelerinden bakıldığından, bir ihlal kararı, sadece başvurucu açısından değil, benzer durumdaki kişiler yönünden de yeniden yargılama sonucunu doğurabilir. Bu, özellikle ceza yargılamasında böyledir. Zira sucta ve cezada kanunilik ilkesi, mahkûmiyete dönük karara dair yapısal bir sorun belirlemesi yapıldıktan sonra sadece başvurucu için etki doğurmaya engeldir. Böyle bir daraltıcı sonuç hem eşitlik ilkesine aykırı olacak hem de lehe kanunun (hukukun) uygulanması kuralını ihlal edecektir.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesine göre İHAM ulusal mevzuat veya uygulamada yapısal veya genel nitelikteki bir aksaklılığı işaret eden bir ihlal kararı vermişse, davalı devlet aynı sorunla ilgili kopya/mükerrer (*copy/repetitive*) yahut müstakbel başvuruları çözmek için başvuruculara ulusal düzeyde etkili bir çözüm yolu sunmakla yükümlüdür.³³ Komite bu bağlamda *ad hoc* komisyonlar kurulması gibi yolların yanı sıra yargılamanın yeniden incelenmesi veya yeniden açılması (*re-examine or reopen certain proceedings*) usullerini de içeren, özerk anlamıyla “yeniden yargılarna” yoluna işaret etmiştir.³⁴

Aslında Bakanlar Komitesi bunu daha önceden, 2000 yılında verdiği bir kararda da açıkça ifade etmiştir:

“Bakanlar Komitesi [...] Sözleşmeci Taraflar, Mahkeme’nin ihlal edildiğini tespit ettiği durumlarda, özellikle aşağıdaki hâllerde, yargılamanın yeniden açılması da dahil olmak üzere davanın yeniden incelenmesi için yeterli imkanların mevcut olmasını sağlamak amacıyla ulusal hukuk sistemlerini incelemeye teşvik eder:

- i. zarar gören taraf, söz konusu ulusal kararının sonucu nedeniyle, adil tatmin ile yeterince giderilemeyen ve yargılamanın yeniden incelenmesi veya yeniden açılması dışında giderilemeyecek olan çok ciddi olumsuz sonuçlara maruz kalınaya devam ediyorsa ve
- ii. Mahkeme’nin karar, (a) itiraz edilen iç hukuk kararının esastan Sözleşme’ye aykırı olduğu veya (b) tespit edilen ihlalin, şikayet edilen iç hukuk işlemlerinin sonucu üzerinde ciddi bir şüphe oluşturacak kadar ağır usul hatalarına veya eksiksliklerine dayandırı sonucuna götürüyorsa.”³⁵

Göründüğü gibi ihlalin biçimine göre yeniden yapılacak yargılamada farklı bir sonuca ulaşılması veya gerekli usul ihlaller giderildikten sonra aynı sonuca ulaşılması mümkündür. Fakat her somut olay kendi koşullarına göre değerlendirilmelidir.

Tüm bu giderim araçlarını hayatı geçirmek, Türkiye'nin Sözleşme'ye ve Avrupa Konseyi'ne üye olmasının bir gereğidir. Bunların yerine getirilmemesi kamu bütçesinden çok sayıda tazminatın ödenmesinin yanı sıra “ihlal prosedürü” denilen usulün başlatılmasına neden olur. Bu usul uyarınca Türkiye'nin uluslararası misyonlarının izolasyonundan Türkiye'nin Avrupa Konseyi üyeliğinden çıkarılmasına kadar uzanan pek çok yaptırıım beraberinde gelir. Bu yaptırımların da ekonomik, hukuki ve psiko-sosyal çok sayıda olumsuz etkisi vardır.

³³ İç Hukuk Yollarının Geliştirilmesi Hakkında Tavsiye Kararındaki karar için bkz. Rec (2004)6 *Recommendation of the Committee Ministers to Member States on the Improvement of Domestic Remedies*, §7 ve 17. Bkz. <https://rm.coe.int/16805cd18e>

³⁴ Recommendation Rec(2004)6 of the Committee of Ministers to member states on the improvement of domestic remedies. <https://rm.coe.int/16805cd18e>

³⁵ Recommendation No. R (2000) 2 of the Committee of Ministers to member states on the re-examination or reopening of certain cases at domestic level following judgements of the European Court of Human Rights. <https://rm.coe.int/16805e2f06>

II-) YÜKSEL YALÇINKAYA KARARI

Yüksel Yalçinkaya kararını (A) olaylar, (B) ihlaller ve (C) kararın niteliği başlıklarıyla ele alacak, ardından (D) ara değerlendirmede bulunacağız.

A-) OLAYLAR

Yüksel Yalçinkaya Kayseri'de bir devlet okulunda öğretmendir. 15 Temmuz 2016'daki darbe girişiminden sonra 22 Temmuz 2016'da açığa alınmış, 27 Temmuz 2016'da yayımlanan 672 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK) ile FETÖ/PDY ile bağlantılı olduğu kuşkusuya görevinden ihraç edilmiştir.

18 Ağustos 2016'da polis imdat hattına başvurucu aleyhine, FETÖ/PDY örgütü üyesi olduğu iddiasıyla isimsiz bir ihbar gelmiştir. 5 Eylül 2016 tarihinde de Kayseri Emniyet Müdürlüğü, muhreç öğretmenlerle ilgili hazırladığı raporda başvurucunun (i) ByLock kullanıcısı olduğu, (ii) Aktif Eğitim-Sen ve Kayseri Gönüllü Eğitimciler Derneği üyesi olduğu ve (iii) BankAsya'da hesabı bulunduğu bilgileri ile birlikte FETÖ/PDY üyesi olduğu değerlendirimesinde bulunmuş; arama, el koyma, tutuklama ve soruşturma kararları talep etmiştir.

Kayseri Suh Ceza Hâkimliği, arama kararı vermiş; arama sırasında polis, diğer materyallerin yanı sıra, başvurucunun cep telefonuna ve SIM kartına el koymuştur. Aramadan sonra başvurucu FETÖ/PDY üyesi olduğu şüphesiyle gözaltına alınmıştır. Yetkili sulu ceza hâkimliğinin önüne çıkarılan başvurucu, mezkûr bankaya para yatırmadığını, anılan sendikaya olan üyeliğini Haziran 2016'da sonlandırdığını ve ByLock programını hiç indirmedigini söylemesine rağmen tutuklanmıştır.

1-) Ağır Ceza Mahkemesi Yargılaması

Yapılan yargılama Ağır Ceza Mahkemesi "bir dernek veya sendika üyeliğinin tek başına silahlı terör örgütü üyeliğinin kanıtı olamayacağı"nı ifade etmişse de "başvurucunun durumunda, örgütün iletişim aracı ByLock'u kullanmasının yanı sıra, FETÖ/PDY ile bağlantılı birden fazla kuruluşla üyeliğinin tespit edildiği"nı belirtmiştir. Ağır Ceza Mahkemesine göre:

"Terör örgütlerinin amaçları ve işleyişi göz önüne alındığında, örgüt içi iletişimini sağlayan ve örgütsel faaliyetlere ilişkin bilgi akışına izin veren her türlü vasıta 'örgütsel yapının dışında değerlendirilemez', zira yalnızca örgütsel hiyerarşinin bir parçası olan kişiler iletişim ağına kabul edilecektir. Bu nedenle mahkeme, ByLock uygulamasını kullanması ve dava dosyasındaki diğer deliller nedeniyle başvurucunun FETÖ/PDY'nin hiyerarşik yapısının bir parçası olduğunun tespit edildiğine karar vermiştir."

2-) Kanun Yolları

Bu karara karşı istinaf yoluna giden başvurucu, bu karara üç noktadan itiraz etmiştir:

(1) FETÖ/PDY örgütünün geriye dönük silahlı terör örgütü olarak tanımlanmasında sorun vardır. Zira bu "yapı", (a) elli yıllık tarihinde bu tür eylemlerle ilişkilendirilmemiş, (b) Fethullah Gülen 24 Haziran 2008'de terör suçlamalarından beraat etmiş, (c) 17-25 Aralık Operasyonu terör operasyonu olarak nitelendirilse de toplumun pek çok kesimi ve muhalefeti bunu "yolsuzlukla mücadele operasyonu" olarak nitelendirmektedir.

(2) Terör örgütüne üyelik suçunun manevi ögesinde başvurucu bağlamında sorun vardır. Zira bu suç "özel kast" ile işlenir, dolayısıyla; (a) örgütün ortaya çıkış tarihi, (b) başvurucunun bu yapıya dini nedenlerle bağlı olan kişilerin terörist hedeflerden ne zaman ve hangi yollarla haberdar olduğu, (c) bilerek ve isteyerek örgütün parçası haline geldiğinin tespit edilmesi gereklidir.

(3) ByLock verileri kanunda öngörülen (CMK md. 134 ve 135) usullerle elde edilmemiştir. Söz konusu veriler başvurucuya paylaşılmamıştır. Hâliyle bu verilerin, (a) MİT tarafından bir istihbarat operasyonuyla Litvanya'daki ana sunucusundan elde edildiği söyleşen de buna tam olarak nasıl erişildiği ve analiz edildiğine ilişkin teknik ayrıntılar belirsizdir. (b) Bu koşullar altında, verileri inceleme ve değiştirilip değiştirilmediklerini doğrulama imkânı yoktur, (c) ByLock kullanıcı listesine eklenen bir kişinin buna itiraz etmesinin bir yolu yoktur. (d) MİT tarafından adli makamlarla paylaşılan üç farklı kullanıcı listesi birbirileyle eşleşmemekte, bu durum (bir IP adresinin birden fazla kişiye tahsis edilmesinin mümkün olduğu da göz önüne alındığında) verileri güvenilmez hâle getirmektedir. (e) 500 bin ila 1 milyon kez indirildiğini söyleyen bu programı kullananların hangilerinin örgütsel amaçlar hangilerinin başka nedenlerle indirdiğini belirlemek için herhangi bir adli inceleme yapılmamıştır. Nitekim uygulamayı indiren yaklaşık 600 bin kişi arasından neden sadece 115 bin kullanıcının yargalandığı da belirsizdir. Keza, listede bazı kişilerin "kirmızı", (başvurucunun da aralarında bulunduğu) diğer bazlarının neden "turuncu" kodlanmış olduğu da belirsiz kalmıştır.

Bölge Adliye Mahkemesi (BAM), duruşma öncesi Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumundan (BTK) ve Emniyet Genel Müdürlüğü Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele Daire Başkanlığından (KOM) ayrıntılı bilgi talep etmiştir. BTK, elinde bulunan iletişim kayıtlarını iletmıştır. KOM, başvurucunun ByLock abone listeleri içinde yer alan bir GSM numarasını 03/10/2015'ten itibaren kullandığını fakat herhangi bir iletişim içeriğine rastlanmadığını bildirmiştir.

BAM, dava dosyasında bulunan tüm bilgi ve kayıtlar esas alınarak bir adli bilişim uzmanı tarafından bilirkişi raporu alınması talebinde bulunmuştur. Buna binaen hazırlanan raporda; başvurucunun ByLock uygulamasına belirtilen telefon numarası ile GSM hattı üzerinden erişim sağladığı ve ByLock kullanıcı kimlik numarası tespit edilmiştir. İlgili GSM hattının (1 Ocak 2015-16 Temmuz 2016 arasında) HTS kayıtlarından hareketle hattın (aramalarda evde veya başvurucunun üstünde bulunamayan) üç farklı telefonda kullanıldığı tespit edilmiştir. Bu telefonlardan biri ByLock uygulamasının da bulunduğu telefondur.

İlgili dönemde, mezkûr GSM hattında (çoğu başvurucu ile aynı soyadı taşıyan akrabaları olduğu düşünülen kişilerle olmak üzere) toplam 13 bin 450 arama, SMS ve MMS kaydı ve 38 bin 166 GPRS kaydı tespit edilmiştir. Keza 11 Ağustos 2014 ilâ 10 Ocak 2015 tarihleri arasında, ByLock sunucularına ait 46.166.164.181 IP numarası ile altı farklı tarihte toplam 380 kez iletişim kurulduğu belirtilmiştir.

Başvurucu bu bilirkişi raporuna itiraz etmiş, üç kişilik yeni bir bilirkişi heyetinden yeni bir rapor alınmasını talep etmiş fakat bu talebi kabul edilmemiştir. BAM, yerel mahkeme kararını onamıştır.

BAM'ın başvurucunun itirazlarına verdiği yanıtlar şöyledir:

(1) FETÖ/PDY'nin terör örgütü olması: Söz konusu örgütün amacı iktidara meşru yollarla gelmek değildir. Meclis binası ve Cumhurbaşkanlığı yerleşkesi de dâhil olmak üzere birçok sembolik devlet binasına ağır silahlarla gerçekleştirilen saldırılardan da gösterdiği üzere, cebir ve şiddet kullanarak Meclis'i, Hükümeti ve diğer anayasal kurumları feshetmek yoluna başvurmuş olması onu bir terör örgütü kılar. Bir yapıyı "terör örgütü" olarak tanımlayan bir yargı kararının o gün için yokluğu, bu örgütle bağlantılı olarak işlenen suçlara ilişkin cezai sorumluluğa engel teşkil etmez.

(2) Özel Kast: Bir "üye"nin filen ille de örgütün bünyesinde bir suç işlemi olması gerekmek; örgütün varlığına veya güçlendirilmesine belirli bir maddi veya manevi katkıda bulunmuş olması yeterlidir. Örgütte yardım etme veya örgüt adına suç işleme suçları da örgütten emir almayı gerektirmektedir; ancak örgüt üyeliğinin belirlenmesinde ayırt edici faktör, şüpheli

üyenin örgütsel hiyerarşi bağlamında verilen tüm talimat ve emirleri sorgulamadan ve mutlak bir teslimiyetle yerine getirmeye hazır olmasıdır. Üye, örgüt üyeliğinin en önemli unsuru olan örgütle organik bir bağ kurmuş ve örgütün faaliyetlerine katılmış olmalıdır. Somut olaydaki deliller bunu doğrulamaktadır.

(3) ByLock Delili: Söz konusu delil, Millî İstihbarat Hizmetleri Kanunu md. 4 (1) ve 6 (1) hükümleri kapsamındaki görev ve yetkileri uyarınca toplanmıştır. MİT tarafından teslim edilen verilerin CMK'nın 134. maddesi uyarınca incelenmesine ve işlenmesine karar vermiştir. Bir iletişim ağının suç işlemek için kurulmuş bir ağ olduğunun ve münhasıran bir suç örgütünün üyeleri tarafından kullanıldığı somut delillere dayanılarak tespit edilmesi halinde, [bir suç örgütünün üyeleri tarafından bu şekilde kullanıldığını] bilerek (kasıtlı olarak) iletişim kurmak için bu ağa katılmak ve kullanmak, iletişim içeriği tespit edilmemiş olsa bile, [kişinin] örgütle bağlanusunun kanıtı olarak kabul edilmelidir. Somut olayda "özel bir sunucu üzerinden sadece [FETÖ/PDY] üyeleri tarafından kullanılabilen ve [uyelerin] kendi aralarında özel bir şifreleme yöntemi kullanarak iletişim kurmalarını sağlayan özel bir yazılım" olarak geliştirilen ByLock uygulaması, küresel bir uygulama kisvesi altında FETÖ/PDY silahlı terör örgütü üyelerinin münhasır kullanımına sunulmuştur. Zira bu program (a) 2014 öncesi herkes tarafından indirilebilirken, daha sonra örgüt üyeleri tarafından USB anahtarlar, hafıza kartları veya Bluetooth aracılığıyla erişilebilir hâle getirilmiştir. Bu durum, elde edilen ifadelerde, mesajlarda ve e-postalarda saptanmıştır. (b) mesajlaşmak için uygulamanın indirilmesi yeterli değildir; iletişim kurmak için sistem tarafından otomatik olarak atanın kullanıcıya özel kimlik numarasının bilinmesi ve karşı tarafın onayının alınması gerekmektedir. (c) deşifre edilen içeriğin neredeyse tamamı FETÖ/PDY üyelerinin örgütsel temas ve faaliyetleriyle ilgilidir ve örgütin kendine özgü jargonuna karşılık gelmektedir.

Bağlantı tarihi, bağlantının yapıldığı IP adresinin tespiti ve belirli bir süre içindeki bağlantı sayısının tespiti, kişinin özel bir iletişim sisteminin parçası olduğunu tespit etmek için yeterlidir. Somut olayda KOM ve BTK kayıtları bu saptamaya yetmektedir.

Bu yaklaşım Yargıtay ve AYM tarafından da özü itibarıyla paylaşılmış ve tekrarlanmıştır.

Başvurucu, bunun üzerine İHAM'a başvurmuştur.

B-) İHLALLER

İHAM, somut olayda sucta ve cezada kanunilik, adil yargılanma hakkı ve örgütlenme özgürlüğü kapsamında ihlal sonucuna varmıştır.³⁶

1-) Sucta ve Cezada Kanunilik İlkesinin İhlali

İHAM, sucta ve cezada kanunilik ilkesi bağlamında, başvurucuya atfedilen eylemlerin gerçekleştiği tarihte, bu tür bir suçun iç hukukta açıkça düzenlenmiş olup olmadığına odaklanmıştır. Bu odaklanma beş katmanlıdır. Bu katmanlardan ilk dördünde sorun yoktur; sorun, beşinci katmandadır. Kisaca açıklayalım:

Birincisi; Türk mevzuatı ve içtihadı "terör örgütü üyeliği" suçu yönünden biçimsel gerekleri karşılamaktadır. Başvurucunun mahkûm olduğu TCK md. 314/2 terör örgütü üyeligi ceza öngörmektedir. Terörle Mücadele Kanunu'nun (TMK) md. 1 ve 3 hükümleri "terör örgütü" kavramını tanımlamış ve TCK'da (md. 314/2 de dahil olmak üzere) hangi suçların terör suçu sayılacağını düzenlemiştir.

³⁶ Mahkeme başvurucunun hukuka aykırı olarak elde edilen delillere dayanılarak mahkûm edilmesine ilişkin olarak İHAS md. 8.kapsamında dile getirdiği temel meselelerin İHAS md. 6 § 1 kapsamında ele alınmış olduğunu göz önünde bulundurarak, mevcut davannın özel koşullarında 8. madde açısından bu şikayetlerin kabul edilebilirliği ve esası hakkında ayrı bir karar vermeye gerek olmadığı sonucuna varmıştır. Bkz. *Yüksel Yalçınkaya/Türkiye*, §§ 368-373.

Yargıtay'a göre de bu bağlamda; (i) Soyut bir topluluk değil, hiyerarşik bir yapıya dayanan bir organizasyon olarak örgütün (TCK md. 220 uyarınca) "amaçlanan suçu işlemesini sağlamak için yeterli miktarda silaha veya bu tür silahlara erişim araçlarına sahip olup olmadığıının doğrulanması", (ii) Sanığın "faaliyetlerinin sürekliliği, çeşitliliği ve yoğunluğuna dayalı olarak silahlı örgütle organik bağının tespit edilmesi ve örgütün hiyerarşik yapısı içinde bilerek ve isteyerek hareket ettiğinin ve örgütün amaçlarını benimsediğinin ortaya konması" gerekmektedir. Bunun için de;

- "Bir örgütte katılan bir kişinin, örgütün suç işleyen veya suç işlemeyi amaçlayan bir örgüt olduğunu bilmesi",
- "Bu amacın gerçekleştirilmesi için özel bir niyete sahip olması",
- "Silahlı terör örgütüne üye olma suçunun oluşması için örgütün faaliyetleriyle bağlantılı olarak ve örgütün amaçlarını gerçekleştirmek için fiili bir suçun işlenmesi gerekmese de bireyin yine de örgütün fiili varlığına veya güçlenmesine maddi veya manevi somut bir katkıda bulunmuş olması" gerektir.

İHAM'a göre, anılan mevzuat ve içtihat hükümlerinde sorun yoktur.

İkincisi; Fethullah Gülen'in silahlı terör örgütü kurma suçlamasından daha önce beraat etmesinin ve/veya FETÖ/PDY örgütünün "terör örgütü" olarak tanımlanışının, başvurucunun suç sayılan eylemlerinden sonra gerçekleşmesinin³⁷ somut olay açısından belirleyici bir önemi yoktur. Zira, Türkiye'deki yerlesik içtihat uyarınca Türk mevzuatı, örgütün kurucuları veya üyelerin "bilerek ve isteyerek" hareket ettikleri saptandığı denli, "terör örgütü" belirlemesinden önceki eylemler için cezai sorumluluğuna engel getirmemektedir.³⁸

Üçüncüsü; hükümetin ve ulusal yargı organlarının da hemfikir olduğu üzere sendika ve dernek üyelikleri ile Bank Asya hesabına para yatırma vb. deliller, FETÖ/PDY üyeliğini saptamak için yeterli değildir, bunlar doğrulama kaynaklarıdır ve "önemli kanıt"ları desteklemek için kullanılmaktadır.

Dördüncüsü; ByLock uygulaması ile "Gülen Hareketi" arasında hiçbir bir bağlantı yok değildir.³⁹ İHAM'a göre uygulamayı kullanan bazı kullanıcıların profiline dair bulgular, şifresi çözülen iletişimlerin içeriği, diğer soruşturmalardaki kimi ifadeler, uygulamanın lisans sahibinin geriye dönük olarak FETÖ/PDY'nin kullanımı için geliştirdiği dair beyanları dikkate alındığında ByLock, sıradan bir ticari mesajlaşma uygulamasının ötesinde ilk bakısta (*prima facie*) "Gülen Hareketi" ile bir bağlantıya işaret etmektedir.⁴⁰

Beşincişi ve öncekilerden farklı olarak ihlal sonucuna ulaştıran bir öğe olarak en önemlisi; davaya konu olan kilit nokta, bir suç şebekesi ile "bağlantı" değil, terör örgütü üyeliği suçunun maddi ve manevi unsurlarının mevcut olmasıdır. Bu bakımdan bir kişinin bağlantısının ve konumlarının, "üyelik" olarak nitelendirilecek düzeyde yoğunluğu kanıtlanmalıdır. Söz konusu vakada bir kişinin ByLock kullanmış olması, otomatikman örgüt üyeliğine kanıt sayılmıştır. Oysa bu durum, mevzuat ve yerlesik içtihatlar öngörülebilir değildir. Şöyle ki:

"Ulusal mahkemeler tarafından benimsenen yorum, ByLock'un sadece kullanılmasının otomatik olarak bu sonuçlara yol açtığını düşündüğü için, yol açtığını iddia ettiği sonuçları önceden varsayıyor gibi görünmektedir. Bunu yaparken, silahlı terör örgütü üyeliğinin tüm gerekliliklerinin (kast ögesi dahil)

³⁷ Bu yapıyı ilk kez "terör örgütü" olarak tanımlanması, Millî Güvenlik Kurulu (MGK) tarafından 26 Mayıs 2016'da, Erzincan Ağır Ceza Mahkemesi tarafından 16 Haziran 2016'da, Samsun Bölge Adliye Mahkemesi tarafından 7 Mart 2017'de, Yargıtay tarafından 24 Nisan 2017'de gerçekleşmiştir. Başvurucuya isnat edilen eylemlerin tamamı bu tarihten öncedir.

³⁸ İHAM bunda, daha önce de sorun görmemiştir. Bkz. *Parmak ve Bakır/Türkiye*, 22429/07 25195/07, 03/12/2009, § 71.

³⁹ *Yükseł Yalçınkaya/Türkiye*, § 259.

⁴⁰ *Yükseł Yalçınkaya/Türkiye*, § 259.

yerine getirildiğini tespit etmeden, bu uygulamanın kullanıcısına cezai sorumluluk yüklemektedir. Mahkeme'ye göre bu durum, süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluğa dayalı organik bir bağın kanıtlanması ve çok özel bir manevi unsurun varlığını gerektiren mezkûr suçun özüyle bağılaşmamakla kalmayıp, aynı zamanda Sözleşme'nin 7. maddesi uyarınca bir bireyin, kişisel sorumluluk unsurunun tesis edilebileceği manevi bir bağ olmaksızın cezalandırılmama hakkıyla da bağılaşmamaktadır. (...) Bu, ByLock uygulamasının bazı ve hatta birçok kişi tarafından, ulusal makamlar tarafından bu terime atfedilen anlamda bir 'örgütSEL iletişim' aracı olarak kullanıldığına itiraz etmek değildir. Bununla birlikte, belirli bir sanığa ilişkin somut içerik veya diğer ilgili bilgilerin yokluğunda, bu tür kullanıcıların profilinden ve paylaşımlarından tüm kullanıcı tabanı için belirleyici sonuçlar çıkarmak hem öngörülemezdir hem de yasallık ilkesine ve bireysel cezai sorumluluğa da aykırıdır. (...) Mahkeme, yasadışı amaçlar için giderek daha fazla başvurulan güvenli iletişimimin içeriğine erişmenin içerdiği önemli zorlukları dikkate almaktadır. Ayrıca, gizlilik içinde faaliyet gösteren bir örgüt olarak FETÖ/PDY'nin kendine özgü (sui generis) niteliğine ilişkin savları da kaydetmektedir. (...) Ancak, devlet makamlarının, terörist olarak tanımlanan bir örgüt tarafından kullanıldığı iddia edilen bir iletişim aracına, bu aracın kullanılmasından sonra nüfuz etmede karşılaşlıklar zorluklar, Sözleşme'nin 7. maddesinde belirtilen güvenceleri göz ardi ederek, bu aracı daha önce kullanmış olanlara neredeyse otomatik bir şekilde cezai sorumluluk yüklemek için yeterli bir neden değildir. (...) Mahkeme, ulusal yargı makamları tarafından da belirtildiği üzere, örgütün Türk toplumunun tüm kesimlerinde kayda değer bir süre boyunca yaygın bir şekilde var olduğu göz önünde bulundurulduğunda, ilgili suçun unsurlarının varlığını bireysel olarak tespit etme ihtiyacıının mevcut bağlamda daha da zorlayıcı olduğu kanaatindedir. (...) Yargıtay, örgütün tüm üyelerinin Ceza Kanunu'nun 314 § 2 maddesi uyarınca suçluluğun tespiti için gerekli olan bilgi ve doğrudan kasta sahip oldukları düşünülemeyeceğini kabul etmiştir. Bu bağlamda, örgütün yedi katmandan oluştuğunu ve örgütün sözde meşruiyet cephesi olarak kullanılan birinci ve ikinci katmanlardaki üyelerin, örgütü 'silahlı terör örgütü' hâline getiren amaç ve yöntemlerin mutlaka farkında olmadıklarını ve ilke olarak Ceza Kanunu'nun 30. maddesinde öngörülen hata hükmünden yararlanabileceklerini kaydetmiştir. (...) FETÖ/PDY ile ilgili diğer soruşturmalarla bazı şüpheliler tarafından verilen ifadeler, ByLock'un gerçekten de örgüt içinde, özellikle de üst düzeydeki tarafından kullanıldığını ortaya koymuştur (...), kullanım zamanla 'alt kademelevelsiklere' yayılmış ve bir noktada 'cemaat' genelinde kullanılmaya başlanmıştır (...) Bu koşullar altında ve ulusal mahkemeler tarafından yeterli açıklama yapılmadığı takdirde, başvurucu gibi ByLock kullanıcısı olduğu iddia edilen tüm kişilerin, ulusal mahkemeler tarafından daha önce yorumlandığı ve uygulandığı şekilde iç hukuk anlamında geçerli bir şekilde 'silahlı terör örgütü üyesi' olarak değerlendirilebilecek kişiler olduğunun nasıl bu kadar kesin ve otomatik bir şekilde tespit edilebileceğini anlamak zordur.”⁴¹

Bu belirlemeden hareketle İHAM, ByLock kullanmanın teknik olarak isnat edilen suçun maddi unsurunun bir parçası olmamasına rağmen, ulusal mahkemelerin yorumunun uygulamada sadece ByLock kullanımının, silahlı bir terör örgütüne bilerek ve isteyerek üye olmakla eşdeğer tutma etkisi yarattığı sonucuna ulaşmıştır. Bu nedenle de Sözleşme'nin 7'nci maddesi ihlal edilmiştir.

2-) Adil Yargılanma Hakkı İhlali

İHAM, adil yargılanma hakkı kapsamında savunma haklarının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.⁴² Başvurucunun bu bağlamda şikayet ettiği hususlar, ByLock verilerinin

⁴¹ Yüksel Yalçınkaya/Türkiye, § 264-265.

⁴² Adil yargılanma hakkı bağlamında İHAM, tarafsızlık ve bağımsızlık ilkesinin ihlal edildiği iddialarını, "herhangi bir spesifik iddia olmaksızın, genel anlamda yargıya yönelik bir eleştiri içerdiği" gereklisiyle esastan incelememiştir. Bkz. Yüksel Yalçınkaya/Türkiye, § 359-365. İHAM, avukatıyla özel olarak iletişim kurmadığı yönündeki iddiasına ilişkin olarak; Mahkeme, bu hükmü ile 6 § 1 maddesi kapsamındaki daha geniş adil yargılanma güvencesi arasındaki karşılıklı ilişkiye dair yerlesik içtihadına atıfta bulunmuş ve bu yönden ayrıca bir inceleme yapmayacağıını kaydetmiştir. Yüksel Yalçınkaya/Türkiye, § 366. Bu yöneki ihlal için bkz. Canavci ve diğerleri/Türkiye, 24074/19 ve 2, 14/11/2023.

toplamanında ve delil olarak kabul edilmesinde usulsüzlüklerin olması, bunlara itiraz etmede zorluklarla karşılaşması ve ileri sunduğu savlara karşı sunulan gerekçelerin yetersiz kalmasıdır.

Gerçekten de davanın kilit delili, ByLock verileridir. Bu veriler hem başvurucunun ByLock uygulamasını kullandığına dair bireyselleştirilmiş bilgilerin kaynağı olarak kullanılmış, hem de bu uygulamanın münhasıran örgütsel bir iletişim aracı olarak nitelendirilmesine temel teşkil etmiştir. Yani başvurucunun mahkûmiyetinin temelini oluşturmuştur. Bu nedenle bu delillerin niteliği ve bunlara itirazın savunma haklarının gereklerine uygunluğu sızanmıştır.⁴³

a-) Delillerin Niteliği

İHAM'ın bu bağlamda yaptığı ilk iş, ByLock delillerinin niteliğini incelemek olmuştur. Bu incelemede Mahkeme, öncelikle (i) delillerin nitelikleri konusunda ilk bakışta “şüphe” bulunan yönleri kaydetmiş fakat bunu müteakiben (ii) delillerin doğruluğunu neden “sorgulayamayacağını” açıklamıştır.

(i) Delillerin Elde Ediliş Usulü Kuşkuludur

Delillerin niteliğine dönük incelemede ilk odak, mezkûr elektronik delillerin MİT tarafından toplanmasına olanak tanıyan Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun görevler (md. 4/1) ve yetkiler (md. 6/1) ile ilgili maddeleri olmuştur. Strazburg organının bu maddeler yönünden saptaması üç yönlüdür:

- Bu hükümler, CMK md. 134'tekine (bağımsız izin veya denetim de dahil olmak üzere) benzer usulü güvencelerden yoksundur.
- Suh Ceza Hâkimliğinin incelemesi, MİT'in veri toplama faaliyetinin olay sonrası (*post factum*) yargısal denetimi niteliğini karşılamamaktadır.
- MİT ilgili verileri adli makamlara sunmadan önce aylarca elde tutmuştur.

Bu üç faktörü dikkate alan İHAM, ByLock verilerinin güvenilirliğine ilişkin kuşkuların soyut veya temelsiz olmadığı sonucuna varmıştır. Fakat bu konudaki kuşkular, ihlal sonucuna ulaşmak için yeterli değildir. Mahkemenin, MİT veya adli makamlar tarafından bu şüpheleri gidermek için herhangi bir önlem alınıp alınmadığını da incelemesi gerekmıştır.

(ii) Delillerin Doğruluğunu Sorgulayacak Yeterli Unsurlar Yoktur

Mahkeme, her ne kadar yukarıdaki şüphe saptamasını yapsa da, yargılamanın bütününe dönük de bir incelemeye girişmiştir. Şöyled ki; ilk derece Mahkemesi kararı yalnızca MİT'in teslim ettiği verilerden elde edilen raporlara dayanmaktadır. Fakat kanun yollarında bununla yetinmemiştir. BAM, başvurucunun telefonundan ByLock hedef IP adresine gerçekten bağlandığını doğrulamak için BTK'dan CGNAT verilerini ve HTS kayıtlarını sağlamasını talep etmiştir. BAM, başvurucunun bu uygulamaya bağlantı kurduğu sonucuna, BTK'nin, servis sağlayıcılarından elde ettiği ve bir uzmanın teyit ettiği bu meta verilere dayanarak ulaşmıştır. Başvurucu CGNAT verilerinin ve HTS kayıtlarının yasallığı, doğruluğu ve güvenilirliğine itiraz etmiştir. Fakat bu itirazlar da üç nedenle verilerin doğruluğunu temelden sarsmamaktadır:

- Başvurucu, kayıtların yasal süre dışında elde edilmesine itiraz etmiştir. Fakat bu itiraz, kayıtların teknik doğruluğuyla ilgisizdir.
- Başvurucu, CGNAT verileri bağlamında bireysel kayıtlara dair herhangi bir manipülasyon iddiasında bulunmamış, bu verileri şüpheyeye düşürecek sav ileri sürmemiştir.
- Başvurucunun, sonradan Mahkemeye sunduğu bilirkişi raporu bu kayıtların kesin olmadığına (Mor Beyin olayı) işaret etmiştir. Fakat Yargıtay'ın “CGNAT verilerine ek olarak ByLock sunucusundan elde edilen bilgilere dayanarak bir kişinin ByLock

⁴³ İHAM'a göre OHAL koşulları, adil yargılanmanın somut vakadaki gerekleri bağlamında bir yükümlülük azaltma sunmamaktadır. Bkz. *Yüksel Yalçınkaya/Türkiye*, § 347-355.

kullanıcı kimliğinin tespit edildiği durumlarda böyle bir riskin mevcut olmadığı” tespiti de hesaba katılmalıdır.

Yani somut olayda CGNAT verileri tek başına ele alınmamıştır. Bu veriler, ByLock sunucusundan elde edilen veriler ve HTS kayıtları ile birlikte değerlendirilmiş ve başvurucunun ByLock uygulamasını kullandığı sonucuna bu yolla ulaşılmıştır. İHAM da bu gerçek karşısında ilk bakışta şüphe uyandıran delillerin doğruluğunu (en azından başvurucunun ByLock uygulamasını kullandığını tespit ettikleri ölçüde) sorgulamak için yeterli unsurlara sahip olmadığını ifade etmiştir.

Sonuç itibarıyla: İHAM açısından ByLock verilerinin niteliği -özellikle elde edilme koşulları ve bunlara karşı usulî güvencelerin zayıflığı karşısında- başvurucunın ByLock uygulamasını kullandığını ortaya koyabilecek ölçüde, bu verilerin doğruluğunu sorgulamak için yeterli unsurlara sahip değildir.⁴⁴

b-) İtiraz Olanakları

İHAM, delillerin niteliği yönünden maddi bir ihlal sonucuna ulaşmamakla birlikte, bu delillere itiraz süreçlerine dönük usulî sorunları saptamış ve esasen ihlal sonucuna buradan varmıştır. Söz konusu usulî sorunlar beş yönlüdür:

Birincisi; İHAM'a göre sanıklar, davadaki tüm materyallere erişme hakkına mutlak biçimde sahip olmaya bilir.⁴⁵ Fakat bunun tutarlı nedenlerinin ve başvurucunun dezavantajının yeterli usulî güvencelerle dengelenip dengelenmediğinin ortaya konulması gereklidir. Strasbourg organları, Hükûmet'e, bu verilere erişime neden engel olunduğu sorusunu sormuştur. Hükûmet, ilgili verilerin başvurucuya verilmemesinin nedenlerini anlatmış⁴⁶ ve bu konuda ek bilgiler⁴⁷ sunmuştur. Fakat İHAM, bu savların ve bilgilerin yerel mahkeme veya kanun yolu mahkemelerinin kararlarında bulunmadığını, başvurucunun bu yönde istemlerinin yargılama sürecinde basitçe yanıtız bırakıldığını kaydetmiştir. Bu yanıtızlık; başvurucuya, söz konusu 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 kalmıştır.

Ikincisi; başvurucunun ham verilerin içeriğinin ve bütünlüğünün doğrulanması için bağımsız bir incelemeye sunulması talebi, ulusal mahkemeler tarafından dikkate alınmamıştır. Hükûmet'in savunmada öne çıkardığı husus, verilerin mahkemeye sunulduktan sonraki bütünlüğüne dönük olmuştur. Oysa gerek iç hukuktaki kararlarda gerekse Hükûmet'in Strasbourg'daki savunmasında, verilerin yargılama makamlarına teslim edilmesi anında (Aralık 2016'daki tesliminden önceki) bütünlüğüne dair bir değerlendirme yoktur.⁴⁸

⁴⁴ Özellikle bkz. *Yüksel Yalçınkaya/Türkiye*, § 323.

⁴⁵ Örneğin ulusal güvenlikle ilgili kaygılar veya başkalarının temel haklarının korunması da dahil olmak üzere, delillerin savunmadan saklanması gerektirebilecek çeşitli nedenlerin varlığı veya savcılığın elindeki delillerin büyük bir elektronik bilgi yiğinıyla ilgili olduğu durumlarda, bu bilgilerin tamamının savunmaya açıklanması mümkün olmayabilir, hatta gerekli de olmayabilir. Keza, delillerin kamu yararı gereğisile savunmadan saklandığı durumlar da olabilir.

⁴⁶ *Yüksel Yalçınkaya/Türkiye*, § 296.

⁴⁷ Örneğin ByLock kullanıcı listelerinin nasıl oluşturulduğu ve bireysel ByLock kullanıcılara ilişkin ham verilerin neden ayrılmadığı ve ilgili kullanıcılarla paylaşılmadığı konusunda daha fazla bilgi sağlayan tamamlayıcı analiz raporu.

⁴⁸ Hükûmet, başvurucunun, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi tarafından görevlendirilen bilirkişiyi sorgulamak için CMK'nın 68. maddesinde öngörülen hakkını kullanmadığını ileri sürmüşse de İHAM, söz konusu uzman tarafından yapılan incelemenin, başvurucun talep ettiği gibi MİT tarafından elde edilen ham verilerin incelenmesini içermediğini; kapsamının dava dosyasında hâlihazırda mevcut olan çeşitli rapor ve kayıtların değerlendirilmesiyle sınırlı olduğunu saptamıştır.

Üçüncüüsü; Başvurucu, ByLock kanıtlarının güvenilirliğine dair endişelerine işaret etmek için bir dizi argüman ileri sürmüştür (Örneğin ByLock kullanıcı listeleri arasındaki tutarsızlıklar; kullanıcı sayısı ile indirme listeleri arasındaki tutarsızlıklar; ByLock verilerinin MİT tarafından toplanması ile sulu ceza hâkimliğinin bunların incelenmesine yönelik müteakip kararı arasında, ByLock verilerinin zaten işlenmiş olduğu ve yalnızca istihbarat amacıyla değil, aynı zamanda başvuran da dahil olmak üzere şüphelilerin soruşturulması ve tutuklanması için suç delili olarak kullanıldığı; MİT'in ceza yargılamalarında delil olarak kullanılmak üzere veri toplama yetkisinin bulunmadığı; 9 Aralık 2016 tarihinde verilen mahkeme kararının bu şekilde toplanan delilleri geriye dönük olarak 'hukuka uygun' ve güvenilir kılamayacağı gibi...). Başvurucunun bu argümanları kanun yollarında incelenmemiş ve/veya bunları karşılayan yanıtlar/gerekçeler sunulmamıştır.⁴⁹

Dördüncüüsü; Yargılama sürecinde Bölge Adliye Mahkemesi, KOM'dan başvurucunun ByLock üzerinden yaptığı yazışmaların içeriği ve iletişim kurduğu kişilerle ilgili bilgi istemiştir. Fakat BAM, bu yanıt gelmeden karar vermiştir. Temyiz aşamasına geçildiğinde ise Yargıtay söz konusu yargılamaadaki adil denge sorununa odaklanmamış, sadece davanın sonucuya ilgilenmiştir. Başka bir deyişle, kanun yollarında başvurucuya, şifresi çözülmüş ByLock materyalleri hakkında bilgi edinme fırsatı verilmemiştir. İHAM'a göre somut olaydaki gibi hâllerde ham verilerin tamamının başvurucuya paylaşılması mümkün olmayabilir. Fakat böyle bir durumda dahi, en azından başvurucunun kendisiyle ilgili desifre edilen materyalin tamamı hakkında yorum yapmasına olanak tanıyacak "dengeleyiciler" sağlanmalıdır. Somut olayda, böyle bir denge de sunulmamıştır. Başvurucunun aldığı cezanın ağırlığı karşısında bu dengeleyicilerin yokluğu savunma hakkını ihlal etmiştir.⁵⁰

Beşinciisi; yukarıda belirtilen eksiklikler temelinde savunmanın maruz kaldığı zarar, ulusal mahkemelerin ByLock delillerine ilişkin gerekçelerindeki eksikliklerle daha da artmıştır. Başvurucunun kendisi hakkında ortaya atılan iddiaların doğruluğuna itiraz edebilmek, özellikle de ByLock uygulamasının "münhasıran" FETÖ/PDY üyeleri tarafından kullanıldığı veya "örgütSEL" amaçlarla kullanıldığı iddiasını çürütmek için tüm ByLock materyallerine erişimi önem arz eder. Başvurucunun, yalnızca savcılığın elinde bulunan ByLock verilerine dayanan bu iddiyalara doğrudan itiraz edemediği yerde, ulusal mahkemelerin bunları yeterli ve ilgili gerekçelerle desteklemesi gereklidir.

c-) Diğer Deliller

İnsan Hakları Mahkemesi, Bank Asya hesabının ve bundaki hareketlerin veya derneklerve sendikalara üyelikler konusunun ceza mahkûmiyeti için belirleyici olmamasından ötürü bunlara özel bir inceleme yapmamıştır. Fakat Mahkeme, ulusal mahkemelerin kararlarında, bu eylemlerin, tali bir şekilde bile olsa, suç teşkil eden bir davranışa nasıl delil olabileceğine dair anlamlı bir tartışmanın eksikliğine dikkat çekmekten geri durmamıştır. Daha önceden *Taner Kılıç/Türkiye* kararında, söz konusu eylemlerin, gerçekleştirildikleri tarihte, yasallık karinesinden yararlanan görünüşte yasal eylemler olduğunu saptadığını⁵¹ hatırlatan Mahkeme, bir sendikaya ve bir derneğe üyelik söz konusu olduğunda, bunun Sözleşme'deki örgütlenme özgürlüğünün uzantısı olduğunu kaydetmiştir. İHAM'a göre bu kapsamdaki eylemlerin, silahlı bir terör örgütüne üyelikle ilgili bulguyu nasıl güçlendirdiği açılığa kavuşturulmuş değildir.⁵² Mahkeme bu sorunu ayrıca örgütlenme özgürlüğü özeline ele almıştır.

⁴⁹ *Yüksel Yalçınkaya/Türkiye*, § 334.

⁵⁰ *Yüksel Yalçınkaya/Türkiye*, § 335-337.

⁵¹ *Taner Kılıç/Türkiye*, 70845/01, 24/10/2006, § 105.

⁵² *Yüksel Yalçınkaya/Türkiye*, § 343.

3-) Örgütlenme Özgürlüğü İhlali

İHAM'a göre başvurucunun Aktif Eğitim-Sen ve Kayseri Gönüllü Eğitimciler Derneği üyelikleri, Sözleşme'nin 11. maddesi kapsamına giren ve şiddeti teşvik etmeyen veya demokratik bir toplumun temellerini başka bir şekilde reddetmeyen eylemleri yasallık karinesinden yararlanan eylemlerdir. Söz konusu sendika ve dernek, 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK) ile kapatılmışsa da somut mahkeme kararında buna neden olan eylemlerinin niteliğine ilişkin (bu örgütlenmelerin söz konusu KHK uyarınca FETÖ/PDY ile bağlantılı oldukları gereğesile kapatıldıkların işaret etmek dışında) herhangi bir açıklama yoktur. Keza başvurucunun bu örgütlenmeler içindeki eylemlerine ve/veya eylemlerinin suç teşkil eden yönüne dair bir açıklama da yoktur.

Bu boşlukların keyfiliye neden olduğuna dikkat çeken İHAM, TCK md. 314'ün siyasi açıklamalar ve yasal örgütlenmelere üyelikler için kolayca uygulanmasının öngörelemez bir genişletme anlamına geldiğine dair eski içtihadını⁵³ tekrarlamış ve bu hak bağlamında kanunilik ilkesi karşılanması gereğesile ihlal sonucuna ulaşmıştır.⁵⁴

C-) KARARIN NİTELİĞİ

İHAM bu olayda sadece md. 41'i (tazminat hükmünü) uygulamamış, aynı zamanda md. 46 kapsamında yönlendirmelere de yer vermiştir. Söz konusu karar her ne kadar "pilot" olmasa da **"yarı pilot" niteliğindedir**. Zira Mahkeme, pilot karar usulü uygulamasa da genel tedbirlere işaret ettiği içtihadını hatırlatmış ve mevcut kararda da aynısının geçerli olduğunu ortaya koymuştur.⁵⁵

İHAM'a göre ByLock delilinin terör örgütü üyeliği suçu için kullanılması sistematik bir sorundur. Mahkeme, bu karardaki belirlemelerin, benzer diğer davalar (Strazburg organının önündeki 8 bin ve gelmesi muhtemel 100 bin dava için de) prensip itibarıyla aynen geçerli olduğunu ortaya koymuştur.⁵⁶

Bu bağlamda şu saptamalar oldukça önemlidir:

Birincisi; ByLock delili bakımından ihlal tespitine yol açan durum, münferit bir olaydan değildir. Mahkeme bu konudaki ihlalin "sistemik bir sorundan kaynaklanmış olarak görülebileceğini düşünmektedir. Bu sorun, çok sayıda kişiyi etkilemiştir ve etkilemeye devam etmektedir."⁵⁷ Bu nedenle ihlalin giderilmesi için spesifik ve somut adımlar atılmalıdır.

Ikincisi; Devlet, ihlalin giderilmesi için kullanacağı araçları seçmekte ilke olarak serbest olsa da her bir kamu erki (yani yasama, yürütme ve yargı) "iyi niyetle ve kararın sonuçlarına ve ruhuna uygun bir şekilde" hareket etmelidir.⁵⁸ Bunun anlamı, mevcut hukuk normlarının İHAS ile bu kararın mantığı ile en uyumlu biçimde yorumlanması gerektigidir.

Üçüncüsü; yargılanmanın yenilenmesi yolu, "bir ihlali gidermek için prensip itibarıyla uygun, hatta çoğu zaman en uygun yoldur." Bu gerçek, geçmişte Türkiye aleyhine verilen pek çok davada vurgulandığı gibi, onlara atıfla bu vakada da geçerli sayılmıştır.

Bu üç belirleme, ByLock delilinden hareketle otomatikman terör örgütü üyeliği sonucuna ulaşılan kararların sistematik nitelik arz ettiğinin, dolayısıyla diğer tüm davalarda da aynı ihlal sonucuna ulaşılacağının saptamasıdır. Mahkeme bu saptamayı yapmakla kalmamış, süregelen

⁵³ Selahattin Demirtaş, §§ 277- 80

⁵⁴ Bu vakada da OHAL koşulları, adil yargılanmanın somut vakadaki gerekleri bağlamında bir yükümlülük azaltma sunmamaktadır. *Yüksel Yalçınkaya/Türkiye*, § 398-401.

⁵⁵ *Yüksel Yalçınkaya/Türkiye*, § 416.

⁵⁶ *Yüksel Yalçınkaya/Türkiye*, § 414-415.

⁵⁷ *Yüksel Yalçınkaya/Türkiye*, § 414.

⁵⁸ *Yüksel Yalçınkaya/Türkiye*, § 404.

davalardaki yorumun anılan karar ışığında değiştirilmesine ve önceki kararlardaki ihlallerin de (başta yeniden yargılama olmak üzere) diğer araçlarla giderilmesi gerektigine hükmetmiştir. Bu bağlamda yeniden yargılama kurallarının “iyi niyetle ve kararın sonuçlarına ve ruhuna uygun bir şekilde” yorumlanması işaret eden Mahkeme, nihai olarak Anayasa md. 90/son'a özellikle dikkat çekerek bir bakıma yol göstermiştir. Sıra dışı ve özel nitelik arz ettiği için bu yol göstermeyi aynen alıntılıyoruz:

“Bu nedenle Mahkeme, 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 - yani mevcut başvurunun özel dawasının ötesinde - ele alınması gerektiği görüşündedir. Dolayısıyla, davalı Devlet'in Sözleşme'nin 46. maddesi kapsamındaki yükümlülüklerine uygun olarak, mevcut karardan, özellikle ancak onlarla sınırlı olmamak üzere ulusal mahkemeler önünde görülmekte olan davalara ilişkin gerekli sonuçları çıkarmak ve burada ihlal bulgularına yol açan yukarıda tespit edilen sorunu çözmek için uygun olan diğer genel tedbirleri almak yetkili makamlara düşmektedir (bkz. yukarıdaki 414. paragraf; ayrıca bkz., gerekli uyarılarla, Guðmundur Andri Ástráðsson/İzlanda [BD], No. 26374/18, § 314, 1 Aralık 2020). Daha spesifik olarak, ulusal mahkemelerin, mevcut kararda yorumlandığı ve uygulandığı şekilde ilgili Sözleşme standartlarını gerekli şekilde dikkate almaları gerekmektedir. Mahkeme bu bağlamda, Sözleşme'nin 46. maddesinin, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş uluslararası anlaşmaların kanun hükmünde olduğu ve bunların anayasaya uygunluğuna itiraz etmek için Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı şeklindeki Türkiye Anayasası'nın 90 § 5 maddesi uyarınca Türkiye'de anayasal bir kural hükmünde olduğunun altını çizmektedir.”⁵⁹

Bu yol göstermenin anlamı TCK md. 314/2, CMK md. 311'in Anayasa md. 90/sondan hareketle “sözleşmeye uygun yorum”la uygulanmasıdır.

D-) ARA DEĞERLENDİRME

Buraya kadar yazdıklarımızı kısaca toparlamamız gerekirse; ihlaline karar verilen üç hak için üç belirleme yapabiliriz:

Suçta ve Cezada Kanunilik Yönünden-. ByLock uygulaması ile “Gülen Hareketi” arasında hiçbir bağlantı yok denilemez. En azından ilk bakışta arada bir bağlantı var görünmektedir. Ne var ki bu bağlantidan hareketle otomatik olarak terör örgütü üyeliği sonucuna ulaşlamaz. Bir kişinin, Türkiye'de on yillardır varlık gösteren, kamu kurumlarında da meşruluk tanınan, *inter alia*, dinsel de bir nitelik arz eden bir yapıya (cemaate) mensup olduğunun kanıtlanmış olması, onun FETÖ/PDY olarak adlandırılan terör örgütüne üye olduğu (bu örgütün amaçlarını bildiği ve bu amaçlar doğrultusundaki eylemlere kasten katıldığı) anlamına gelmemektedir. Zira yedi katmandan oluşan söylenen örgütün/yapının alt katmanlarındaki kişilerin bu amaç ve yöntemlerden mutlak biçimde haberdar olduğu kuşkuludur.

Buna koşut olarak; ByLock'un örgütsel iletişim aracı olarak kullanılması, bu programı indiren ve kullanan herkesin bu amacı güttüğünü göstermez. Zira bu uygulamanın örgütün üst kademelerince kullanıldığı sabit olmakla birlikte, kullanımın zamanla ‘alt kademeledekilere’ yayılmış olduğu ve bir noktada uygulamanın ‘cemaat’ genelinde kullanılmaya başlanmış olduğu iddiası mutlaka hesaba katılmalıdır. Bu iddia, somut vakadaki sanık açısından doğru değilse bunun kanıtlanması gereklidir. Zira şüpheden sanık yararlanır (*in dubio pro reo*).

Adil Yargılanma Hakkı Yönünden-. ByLock delillerinin elde ediliş sürecinde MİT'in faaliyetleri belirleyici olmuştur. Bu bağlamda Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun konuya ilgili hükümleri (md. 4/1 ve md. 6/1) yeterli usulü güvencelerden uzaktır. Bu durum, delillerin sıhhati açısından kuşku uyandırmaktadır. Nitekim bu aşamada CMK md. 134 güvenceleri benzeri teminatlar yoktur ve sulh ceza hâkimliklerinin yaptıkları sonradan denetim yüzeyseldir. Buna karşın, yargılama süreci sadece MİT'in elde ettiği veriler ve buna dayalı raporlarla yürümemiştir. Özellikle kanun yollarında, CGNAT verileri ile

⁵⁹ Yüksek Yargımkaya/Türkiye, § 418.

ByLock sunucusundan elde edilen veriler ve HTS kayıtları ile birlikte değerlendirilmiş ve başvurucunun ByLock uygulamasını kullandığı sonucuna bu yolla ulaşmıştır. Dolayısıyla bu yöneden ihlal sonucuna ulaşılmamaktadır. Ne var ki tüm bu süreçte başvurucunun ileri sunduğu savlar, dikkat çektiği çelişkiler ve meşru talepler adil yargılanma hakkının gereklerini karşılayacak biçimde karşılaşmamıştır. Yukarıda beş başlıkta özetlenen bu kusurlar genel olarak yargılamanın genelini adil olmaktan çıkarmıştır.

Örgütlenme Özgürlüğü Üzerinden- Yasal dernekler üye olmanın terör örgütü üyeliği için otomatik olarak kabul edilmesi örgütlenme özgürlüğünü ihlal eder. Somut olayda, bu dernekler ile terör örgütü arasındaki bağ açıklanmamış, ayrıca başvurucunun bu yasal örgütlenmeler bünyesindeki eylemlerine dönük bir değerlendirme de yapılmamıştır. Dolayısıyla bu keyfili bir ihlal yaratmıştır.

III-) İLGİLİ DİĞER KARARLAR

Konuya ilgili ve Anayasa'nın 90'ıncı maddesi uyarınca dikkate alınması gereken diğer başka uluslararası kararlar (rapor, görüş ve tavsiyeler) da mevcuttur.

A-) AVRUPA KONSEYİ BÜNESİNDEKİ DİĞER KARARLAR

Avrupa Konseyi bünyesindeki diğer başka kurum ve kişilerin de konuya ilişkili sayılabilen kararları vardır.

Örneğin Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonunun (Venedik Komisyonu) Türk Ceza Kanunu md. 216, 299, 301 ve 314 hükümleriyle ilgili raporda Yargıtay içtihadında yer alan, bir sanığa atfedilen eylemlerin “sürekliliği, çeşitliliği ve yoğunluğu” ile bir örgütle olan “organik ilişkisini” göstermesi veya örgütün “hiyerarşik yapısı” içerisinde bilerek ve isteyerek hareket ettiğini kanıtlaması gerektiği yönündeki yerleşik kriterlerin katı bir şekilde uygulanmasını tavsiye etmiştir. Zayıf ve tartışmalı delillerle bu ağır sonuçları olan cezalara hükmedilmemesi gerekliliğinin altı çizilmiştir.⁶⁰

Keza İHAS (md. 36) uyarınca “bir Daire veya Büyük Daire önündeki her davada görüş sunma ve duruşmalara katılma” hakkını haiz Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, olağanüstü hâl (OHÂL) süreci sürerken Türkiye'yi 27-29 Eylül 2016 tarihlerinde ziyaret etmiş ve 7 Ekim 2016 tarihinde uygulanagelen tedbirlerle ilgili bir rapor yayımlamıştır.⁶¹ Müteakip Komiser, 1-5 Temmuz 2019 tarihli ziyaretinden sonra bir başka rapor yayımlamıştır.⁶²

Bu raporlardaki üç belirleme, özellikle önem taşır:

Birincisi; MGK'nın tanımının hükümete yönelik olduğu hesaba katıldığından örgütün (terörizm tanımının olmazsa olmaz bir unsuru olan şiddet kullanmaya hazır olduğu) kimi kuşkulara rağmen darbe girişimine kadar Türk toplumunun genel tarafından fark edilmemiştir. Bir Türk vatandaşının bu hareketle şu veya bu şekilde herhangi bir temasının veya ilişkisinin olmamasının nadir bir durum olduğu konusunda genel bir mutabakat vardır. Hâl böyleyken (i) yasadışı faaliyetlerde bulunan kişiler ile (ii) şiddete başvurmaya hazır olduğunun farkında olmaksızın harekete sempati duyan veya destek veren ya da hareketle irtibatlı yasal kuruluşlara üye olan kişiler arasında ayrımlı yapılması gerekmektedir.⁶³

Ikincisi; askeri personel, (i) istihbarat görevlisi, polis memuru veya hâkim gibi Devletin egemenlik gücünü kullanan bir kamu çalışanının oluşturduğu tehdit ile (ii) bir öğretmen,

⁶⁰ Venedik Komisyonunun CDL-AD(2016)002 sayılı raporu (§100-106) için bkz. [https://www.venice.coe.int/websforins/documents/?pdf=CDL-AD\(2016\)002-e](https://www.venice.coe.int/websforins/documents/?pdf=CDL-AD(2016)002-e)

⁶¹ Bkz. CommDH(2016)35 sayılı Memorandum için bkz. [https://rm.coe.int/ref/CommDH\(2016\)35](https://rm.coe.int/ref/CommDH(2016)35)

⁶² Dunja Mijatovic'in CommDH(2020)1 sayılı raporu için bkz. <https://rm.coe.int/2nd-quarterly-activity-report-2020-by-dunja-mijatovic-council-of-europe/16809f7e51>

⁶³ Yüksek Yalçınkaya/Türkiye, §19-22.

akademisyen veya vasıfsız bir işçinin temsil ettiği riskle karşılaşırılamaz. Dolayısıyla olgular, her vakada bu ayrim da dikkate alınarak değerlendirilmelidir.⁶⁴

Üçüncüüsü; çoğu vakada FETÖ/PDY üyesi öncelikle “ByLock” adlı bir akıllı telefon uygulamasının kullanılması, Bank Asya’ya para yatırılması ve Fethullah Gülen ile ilişkili okullar veya hastanelerle bağlantı kurulması veya bu kurumların hizmetlerinden yararlanılması gibi eylemler suç delili sayılmaktadır. Fakat söz konusu kurumların Temmuz 2016’daki darbe girişimine kadar ilgili Devlet organları tarafından verilen lisanslar kapsamında faaliyet gösterdiği gerçekini göz ardi edilmemeli, ilgili kişilerin bu lisanslara güvenmemeleri gerektiğini bilmeleri ve bu kurumlarla bağlarını koparmış olmaları gerektiği varsayımda dayalı hukum kurulmamalıdır. Aksi yorum suç ve cezanın geçmişe yüreklmesi sonucu doğurur.⁶⁵

B-) İHAM’IN BAĞLANTILI DİĞER KARARLARI

İHAM’ın doğrudan ByLock deliliyle ilgili⁶⁶ olmamakla birlikte, FETÖ/PDY propagandası sayılan kimi ifadelerle ilgili ifade özgürlüğü ihlali tespiti yaptığı, giderek artan bir içtihamı birikim mevcuttur.⁶⁷ Bu kararlardaki ortak yaklaşım, bir söylemin kendisi şiddetle ıllintili olmadıkça ve bir suç teşkil etmedikçe, bunun salt terör örgütünün propagandasıyla koşutluk içerdığı için yaptırıma tabi olamayacaktır.

Öte yandan, İHAM’ın yakın zaman önce vermiş olduğu *Demirtaş ve Yüksekdağ Şenoğlu/Türkiye*⁶⁸, *Mehmet Demir/Türkiye*⁶⁹ ve *Canavci ve diğerleri/Türkiye*⁷⁰ kararları anılan süreçteki yargılamaları da derinden etkileyecektir. Bu kararda İHAM, OHAL KHK’ları rejimiyle getirilen tüm 15 Temmuz davalarındaki tutukluların avukatlarıyla görüşmeleri sırasında bir cezaevi görevlisinin hazır bulunmasında veya bu görüşmelerin ses ve görüntü kaydının yapılması uygulamasında ihlal bulmuştur. Mahkemeye göre:

“Düzenleme, izleme sırasında elde edilen bilgilerin nasıl kullanılacağı, saklanacağını veya imha edileceğini belirtmemektedir. Ayrıca, başvurucuların bu tedbirin uygulanmasının kötü niyetli veya keyfi olduğunu iddia etmeleri halinde hangi makamın sorumlu tutulabileceği de belirtilmemiştir. Gerçekten de yetkililere bırakılan takdir yetkisinin kapsamı ve kullanılmasına ilişkin usuller tanımlanmamış ve kötüye kullanım ve keyfiliye karşı yeterli güvenceler getirilmemiştir.”⁷¹

Somut olayın özelliklerine bakmaksızın tedbirin kategorik uygulanmasının Sözleşme’ye (md. 6 veya 8) aykırı olduğunu tespit eden bu İHAM kararı da anılan süreçteki yargılamaların usul temellerini sarsmaktadır. Aslında, *Yüksel Yalçınkaya* kararında da başvurucu, 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 6. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendi ile getirilen avukatıyla özel olarak görüşmesine getirilen kısıtlamalar çerçevesinde, etkili hukuki yardım hakkından mahrum bırakıldığını iddia etmiştir. İHAM, görülen davadaki adil yargılanma hakkı kapsamındaki şikayetin “başvurucunun ağır bir ceza gerektiren ciddi bir suçtan mahkûm edilmesine yol açan yargılama adil olmamasıyla ilgili olduğunu, dolayısıyla bu başlık altındaki şikayetin kabul edilebilirliğini” kaydetmiş ve bu bağlamda iddianın esasını ayrı ayrı ele almayı gerekli

⁶⁴ *Yüksel Yalçınkaya/Türkiye*, § 28.

⁶⁵ *Yüksel Yalçınkaya/Türkiye*, § 43.

⁶⁶ İHAM, tutuklama anında ByLock delili hakkında yeterli ve spesifik bilgi ve konuya ilgili mahkeme kararı yokken, tutuklamanın bu delile atıfla geriye dönük olarak hakh çıkarılmasını kişi özgürlüğünü ihlal eder bulduğu bir örnek için bkz. *Akgün/Türkiye*, 19699/18, 20/07/2021, §173.

⁶⁷ *Sahin Alpay/Türkiye*, 16538/17, 20/03/2018; *Mehmet Hasan Altan/Türkiye*, 13237/17, 20/03/2018; *Sabuncu ve diğerleri/Türkiye*, 23199/17, 10/11/2020; *Atilla Taş/Türkiye*, 72/17, 19/01/2021; *Ahmet Hüsrev Altan/Türkiye*, 13252/17, 13/04/2021; *Murat Aksoy/Türkiye*, 80/17, 13/04/2021; *Bulaç/Türkiye*, 25939/17, 08/06/2021; *Ilicak/Türkiye* (2), 1210/17, 14/12/2021; *Taner Kılıç/Türkiye* (2), 208/18, 31/05/2022.

⁶⁸ *Demirtaş ve Yüksekdağ Şenoğlu/Türkiye*, İHAM, 10207/21 10209/21, 06/06/2023.

⁶⁹ *Mehmet Demir/Türkiye*, İHAM, 55569/19, 24/10/2023.

⁷⁰ *Canavci ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 24074/19 ve 2, 14/11/2023.

⁷¹ *Canavci ve diğerleri/Türkiye*, § 101.

görmediğini ifade etmiştir.⁷² Yüksel Yalçınkaya özelinde, diğer ihlaller daha ağır bastığı için bu sorunun üzerinde durulmamış olması *Canavci ve diğerleri* kararındaki tespitleri açığa düşürmemektedir.

Dolayısıyla bu yönden de yeniden yargılama koşulları mevcuttur.

C-) BM KEYFİ TUTUKLAMALAR ÇALIŞMA GRUBU

Birleşmiş Milletler Keyfi Tutuklamalar Çalışma Grubu, ByLock uygulamasını kullandığı iddiasına dayanarak FETÖ/PDY üyesi olduğu şüphesiyle gözaltına alınan bir kişi hakkında bir görüş vermiştir.⁷³ Buna göre yasal yollarla indirilen ByLock uygulamasını kullanmanın tek başına ve kategorik olarak suç sayılmasında; hakeza o zaman için bilinen adıyla “Gülen Hareketi”ne -şiddete başvurmaya hazır olduğunun farkında olmaksızın- sempati duyan veya destek veren ve bu çerçevede hareketle bağlantılı yasal kuruluşlara üye olan kişilerin terör örgütü üyesi sayılmalarında sorun bulunmaktadır.⁷⁴

D-) BM İNSAN HAKLARI KOMİTESİNİN BİREYSEL BAŞVURU KARARLARI

ByLock deliliyle ilgili uluslararası tek karar *Yüksel Yalçınkaya/Türkiye* kararı değildir. İHAM'dan başka, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin denetim organı İnsan Hakları Komitesi de kendisine yapılan bireysel başvurular üzerine iki farklı ihlal kararı vermiştir.⁷⁵ Bunlardan *Mukadder Alakuş/Türkiye* kararında Komite, “*başvurucunun Bylock uygulamasını ve Bank Asya hesabını kullandığı iddiasının, eylemlerin gerçekleştiği tarihte yeterince açık ve öngörlülebilir cezai suçlar teşkil ettiği sonucuna varamamaktadır.*” belirlemesiyle bu suç delili açısından bir ihlal sonucuna varmıştır.⁷⁶

Komite, *Mümüne Açıkkolu/Türkiye* kararında da, benzer sonuca “*adli makamların Bylock'un niteliği hakkında, programın yalnızca FETÖ/PDY üyeleri tarafından iç iletişim amacıyla kullanıldığı sonucuna varmak için yeterli bilgiye ne şekilde sahip olduklarına dair bilgi sunmadığı*” belirlemesiyle varmıştır.⁷⁷

Bu kararlar da Anayasa'nın 90'inci maddesi uyarınca kanun hükmündedir. Türkiye'nin BM üyeliğinin ve altına imza attığı sözleşmenin gereği olarak bu kararların iç hukukta uygulanması gerekmektedir. Anılan kararın yok sayılması, Avrupa Konseyinin ötesinde BM üyeliği ve bu kapsamdaki ilişkiler yönlerinden de Türkiye'yi zora sokacaktır.

IV-) KARARIN “_____” VAKASI YÖNÜNDEN ETKİSİ

Nihayet, buraya kadar yazdıklarımızı vakasına uyarlamak gerekirse, konuyu (A) kararın özeti, (B) İHAM kararı karşısındaki durumu ve (C) yargılamanın yenilenmesi yönlerinden analiz etmek gerekecektir.

A-) İSTANBUL 36. AĞIR CEZA MAHKEMESİNİN KARARININ ÖZÜ

..... İstanbul Barosuna kaytlı bir avukattır.

İstanbul 36. Ağır Ceza Mahkemesinin tarafımıza sunulan gerekçeli karardan (E. 2017 / 194, K. 2018/209) görüldüğü üzere hakkındaki terör örgütü propagandası yapmak ve silahlı terör örgütüne üye olması suçlarından hareketle bir iddianame düzenlenmiştir. Bu iddianameye dayanan başlıca olgular, (i) “Sözde Selam Tevhit Kudüs Terör Örgütü” soruşturmasında görev alan şüpheli polislerin ve (ii) Taşhiye Kumpası soruşturmasında görev alan şüpheli polislerin

⁷² *Yüksel Yalçınkaya/Türkiye*, §§ 357 ve 368.

⁷³ *Mestan Yayman/Türkiye*, A/HRC/WGAD/2018/42, 20-24/08/2018.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ Türkiye'de az bilinse de Medeni ve Siyasai Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmeye Ek İhtiyarı Protokol da BM nezdinde bireysel başvuruları kabul etmeye başlamıştır. Türkiye'nin bu protokole taraf olmasına dair uygun bulma kanunu için bkz. Resmî Gazete, S. 26250, 05/08/2006.

⁷⁶ *Mukadder Alakuş/Türkiye*, CCPR/C/135/D/3736/2020, 01/03/2023, § 10.6.

⁷⁷ *Mümüne Açıkkolu/Türkiye*, CCPR/C/136/D/3730/2020, 20/02/2023, § 8.8.

avukatlığını yapması, (iii) Terör örgütü lideri Fethullah Gülen'in talimatıyla gerçekleştirilen saliverme kumpasında rol oynaması, (iv) bir soruşturmadada hâkimlik sorgusunun kasten geciktirilmesi ve şüphelerin toplu olarak adliyede çıkma girişiminde aktif rol oynayıp şüpheleri yönlendiren avukat olmasıdır. Fakat bu öğeler ve yargılama günde gelen diğer faktörler (Asya Katılım Bankası'nda hesabının olması ve para yatırması) hükmeye esas alınmamıştır.

.....'ın "Silahlı Terör Örgütü" üyesi olma suçundan mahkûm edilmesine neden olan bulgular esasen üç kategoridedir. Bunlar;

- Fethullah Gülen'in kitaplarından pasajların okunduğu ve videoların da izlendiği, "cemaat mensubu" olan ve şüpheli kişilerin katıldığı kimi toplantılara katılması ve/veya ortağı olduğu hukuk bürosunu bu toplantılara açması,
- 667 sayılı KHK ile kapatılan Adalet ve Hukuk Derneği'nde Denetim Kurulu üyesi olması,
- ByLock (Call, Eagle IM, ve Kakao Talk ile birlikte) programlarını kullanmasıdır.

Söz konusu bulguların içinde merkezi ve belirleyici niteliği haiz olanı ByLock bulgusudur. Karara göre'ın, adına kayıtlı bulunan ve kullandığı 053X XXX XXXX numaralı GSM hattıyla 11 Ağustos 2014 tarihinden itibaren Bylock kullanıcısı olduğu saptanmıştır. BTK'dan gelen kayıtlara göre, söz konusu GSM hattıyla iki farklı cep telefonuyla 25 Ağustos 2015 tarihine kadar farklı günlerde toplam 8 bin 929 kez bağlantı kaydı saptanmıştır. Ayrıca, İstanbul 36. Ağır Ceza Mahkemesi,'e ait cep telefonunda yüklü uygulamalar sekmesi altında yapılan inceleme neticesinde "88. sırada Bylock Chat and Call programının kalıntılarına rastlandığı, ancak içeriğine dair herhangi bir bilginin bulunmadığı, 58. sırada Eagle IM ve 86. sırada Kakao Talk Free Call and Text isimli programların yüklü olduğu" sonucuna varan 15 Ağustos 2017 tarihli Dijital Materyal Bilirkişi İnceleme Raporu'na da dayanmıştır.⁷⁸

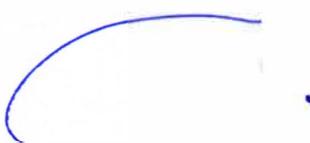
Bu karar kanun yollarından da benzer bir yaklaşımla geçmiş ve kesinleşmiştir.

.....'ın terör örgütü üyeliğine dair mahkûmiyetin başat bulgusu ByLock delili olduğu için Yüksel Yalçınkaya kararı, somut olay açısından doğrudan etki doğurur.

B-) MADDİ SONUÇ: _____ YENİDEN YARGILANMALIDIR

Buraya kadar yazılanları toparlarsak ulusal karar ile uluslararası karar yan yana konduğunda açısından yeniden yargılamanın kaçınılmaz olduğunu söyleyebiliriz. Zira yukarıda ifade ettiğimiz objektif etki somut olayda mevcuttur. Anayasa Mahkemesinin ifade ettiği üzere "objektif etki", bir ihlal kararında yapılan "değerlendirmelerin benzer durumda olanlar yönünden etki doğuracağı" anlamına gelir.⁷⁹ Mahkemenin kendi kararı için yaptığı bu tespit, IHAM kararları için evleviyetle (*a priori*) geçerlidir.

Söz konusu ihlal kararının objektif etkisi, üç farklı hakla ilintili olarak mevcuttur:



⁷⁸ İstanbul 36. Ağır Ceza Mahkemesi, bunlardan başka,'in @..... kullanıcı adlı Twitter hesabından yaptığı paylaşımların da terör örgütü propagandası olduğu sonucuna varmıştır. Mütala talebi Yüksel Yalçınkaya kararıyla ilgili olduğu için bu noktaya girmiyoruz. Fakat konuya ilgili olarak çok sayıda karar arasından bzk. Atilla Teşrif/Türkiye, 72/17, 19/01/2021; Ahmet Hüseyin Altan/Türkiye, 13252/17, 13/04/2021.

⁷⁹ İbrahim Er ve diğerleri [GK], B. No: 2019/33281, 26/1/2023, § 52.

1-) Suçta ve Cezada Kanunilik Yönünden

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi yönünden ulusal karar ile uluslararası karar arasındaki çalışma şöyle özetlenebilir:

Ulusal Karar	Uluslararası Karar
.....'in "terör örgütü üyeliği" suçu yönünden mahkûmiyetine neden olan başlıca ve belirleyici delil, (yargılama sürecindeki tespitlere göre) ByLock uygulamasının telefonunda yüklü olması ve bu uygulamayı kullanmış olmasıdır.	Sadece ByLock delili "Gülen Hareketi"/"Cemaat" ile bir "bağlantı"yı ortaya koyma olabilecekse de bu bağlantı, otomatik olarak FETÖ/PDY terör örgütü üyeliği sonucuna ulaştıramaz. Programı (i) örgütün üst düzeydeki kullananları ile (ii) alt düzeydeki kullananları, hatta (iii) genel olarak dini bir yapı olarak "Cemaat" e mensup olanların kullanım biçimleri kategorik olarak ayınlansınır. Mezkûr uygulamayı yüklemek/kullanmak, örgütü "silahlı terör örgütü" hâline getiren amaç ve yöntemlerin mutlaka farkında olduğu anlamına gelmez. Farkındalık kanıtlanması gereklidir, aksi hâlde şüpheden sanık yararlanır.

2-) Adil Yargılanma Hakkı Yönünden

Adil yargılanma hakkı yönünden ulusal karar ile uluslararası karar arasındaki çalışma şöyle özetlenebilir:

Ulusal Karar	Uluslararası Karar
.....'in mahkûmiyetine konu olan ByLock verilerinin MİT tarafından elde edilme sürecinde kanuni bir sorun yoktur. Söz konusu veriler, BTK'dan alınan CGNAT verileri ve HTS kayıtları ile doğrulanmaktadır; bu uzmanlarca da teyit edilmektedir.	ByLock verilerinin MİT tarafından elde edilme sürecinin güvenilirliği konusunda kanundaki usulü güvencelerde kuşku vardır. Dahası, bu verilerin mahkemelere tesliminden sonraki süreçte sanığın, (i) ham ve tüm materyale ulaşamamasının nedenlerine; (ii) ham verilerin içeriğinin ve bütünlüğünün doğrulanması için bağımsız bir uzmana başvurma istegine; (iii) süreçteki diğer usulü endişelerine ⁸⁰ , (iv) yazışmaların içeriği ve iletişim kurduğu kişilerin listesine dönük istemlerine ilgili ve yeterli gerekçelerle karşılık verilmemiştir.

⁸⁰ ByLock kullanıcı listeleri arasındaki tutarsızlıklar, kullanıcı sayısı ile indirme listeleri arasındaki tutarsızlıklar; ByLock verilerinin MİT tarafından toplanması ile sulh ceza hâkimliğinin bunların incelenmesine yönelik müteakip kararı arasında, ByLock verilerinin zaten işlenmiş olduğu ve yalnızca istihbarat amacıyla değil, aynı zamanda başvuran da dahil olmak üzere şüphelilerin soruşturulması ve tutuklanması için suç delili olarak kullanıldığı; MİT'in ceza yargılamlarında delil olarak kullanılmak üzere veri toplama yetkisinin bulunmadığı; 9 Aralık 2016 tarihinde verilen mahkeme kararının bu şekilde toplanan delilleri geriye dönük olarak 'hukuka uygun' ve güvenilir kılamayacağı gibi...

3-) Örgütlenme Özgürlüğü Yönünden

Örgütlenme özgürlüğü yönünden ulusal karar ile uluslararası karar arasındaki çalışma şöyle özetlenebilir:

Ulusal Karar	Uluslararası Karar
.....'ın, FETÖ /PDY ile irtibatlı ve iltisaklı olduğu gerekçesiyle 676 sayılı KHK ile kapatılan Adalet ve Hukuk Derneği'nde Denetim Kurulu üyesi olması, terör örgütü üyeliğine delalet eder.	Geçmişte yasaklanmamış bir derneğe üyelik, "yasallık karinesi"nden yararlanır. Yasal bir derneğin suç teşkil eden faaliyetlerine ve kişinin bu dernek kapsamındaki suç teşkil eden eylemlerine dönük bir açıklama yapmaksızın sadece KHK'daki saptamaya atıf yapılarak mahkûmiyet kurulamaz.

Hülasa; benzer vakaların tamamında benzer usul sorunlar bulunduğu gibi; maddi hukuk yönünden mesele şudur: Yargılama süreçlerinde ulusal makamların yoğunlaştığı nokta; kişinin, kamuoyunda "Cemaat/Gülen Hareketi" olarak bilinen, kamu makamlarınca uzun yıllar meşruluk atfedilen ve çok yönlü etkinliklerde bulunanıyla yoğun bağlantısı olmuştur. Fakat bu bağlantı, kategorik olarak FETÖ/PDY terör örgütü üyeliği anlamına gelmeyebilir. Çok ağır sonuçları olan bu tespitin yapılabilmesi için çok daha fazla kanita (özel saik) gereksinim bulunmaktadır.

Öte yandan, Strazburg organlarının diğer yerlesik içtihatlarına göre bir avukatın, mesleğinin gereği olarak mevcut ve müstakbel müvekkilleriyle ilişkilerini geliştirme ereğinin olması doğaldır. Bu kapsamda ilişkilerin terör örgütü ile bağlantı biçiminde addedilmesi, hem avukatlık mesleğine hem de savunma hakkına dönük ağır bir müdahale anlamına gelecektir.⁸¹ Terör örgütü üyeliğiyle itham edilen kişilerin avukatını, müvekkilleriyle irtibatlı olmasından ötürü terör örgütü üyesi saymak bu alanda avukatla temsili yok etmese de ağır biçimde zedeler. Hukuk devletine aykırı bu yaklaşımdan kaçınılmalı ve avukatlık mesleğinin *sui generis* özellikleri hesaba katılmalıdır.

İşbu nedenlerle, anılan perspektifle yeniden yargılama yapılması gerekiği kanaatindeyiz.

"Süper Temyiz Mahkemesi" Savaları Geçersizdir

Bu noktada bir ara not olarak, kamuoyundaki tartışmalarda ve bazı yargı kararlarında görülen "süper temyz mahkemesi" argümanına dönük kısaca açıklama yapmak gerekmektedir.

Bu argümani ileri sürenlere göre İHAM bir "süper temyz mahkemesi" gibi hareket etmiştir. Bu düşünce, söz konusu kavramın net anlaşılmadığını göstermektedir. Şöyle ki; "süper temyz mahkemesi" ("Superrevisions-Instanz") kavramı, Alman Anayasa Mahkemesinin 1958 tarihli *Lüth* kararına dayanmaktadır.⁸² Bu kavram İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi tarafından "dördüncü yargı yeri öğretisi" ("Fourth-Instance-Doctrine") biçiminde kavramlaşmıştır. Bu öğretiye göre İHAM, ulusal makamların ilk üç derece (yerel-istinaf-temyz) yargılamalarından sonra dördüncü bir temyz/kanun yolu mercii değildir. Bu bakımdan İHAM, Sözleşme ile uyumsuz bir sonuç ortaya çıkmadıkça; bir kanunun yorumlanması şeklinde, delillerin değerlendirilme biçimine ve esasen bir kararın adil olup olmadığına dönük

⁸¹ İnsan Hakları İzleme Örgütünün (Human Rights Watch) bu konudaki raporu (Türkiye'de Avukatlar ve Adil Yargılanma Hakkı Saldırı Altında) için bkz. <https://www.hrw.org/tr/report/2019/04/10/328911>

⁸² BVerfGE 7, 198 (29).

değerlendirme yapamaz. Bu türden talepler bir nevi “kanun yolu” başvurusu olarak görülür ve açıkça dayanaktan yoksunluk kararı verilir.

Kaba hatlarıyla ortaya koyduğumuz bu öğreti, esasen “adil yargılanma hakkı” kapsamında uygulama bulur; diğer haklar yönünden uygulama bulmaz.⁸³ “Süper temyiz mahkemesi” veya “dördüncü yargı yeri” öğretisinin sucta ve cezada kanunilik veya örgütlenme özgürlüğü yönünden bir sonucu yoktur. Bu ve diğer maddi haklar açısından; İHAM ile diğer kanun yolu incelemeleri arasında (Alman anayasa hukuku profesörü Philip Kunig'in ifadesiyle) “keskin bir sınırın değil, geçişken bir ‘sınır hattı’nın mevcut olduğu” söylenebilir.

Adil yargılanma hakkı dışındaki haklardaki ayrim, konuyu inceleme yönteminde kendisini gösterir. İHAM'ın odağı ya ulusal makamların gerekçeleridir ya da yerleşik olarak uyguladığı testlere uygun davranışın davranışmadığıdır. Kararın gereklilikindeki sonuç ile bu sonuca dayanak olan deliller arasında kurulan bağın ilgili ve yeterli olup olmadığı saptandığında ihlal kararı verilir. Keza her hakka özgü uygulanagelen testlerle (üç adım testi veya etkili soruşturmanın altı ilkesi vb.) uyumsuzluk varsa ihlal kararı verilir.

Adil yargılanma hakkı yönünden ise İHAM, ulusal makamların ulaştığı sonuç ile ilgilenmez, sürece odaklanır. İHAS md. 6'da sayılan ve içtihatla derinleştirilen ölçütlerde uyulduğunca, sonucun adilliği veya kanuna uygunluğu İHAM'ın odaklandığı bir husus olmaz. Bunun tek istisnası kanunun yorumunda “açık ve bariz takdir hatası” yapılmasıdır.

Somut olayda, “sucta ve cezada kanunilik ilkesi”ne ve “örgütlenme özgürlüğü”ne dönük ihlal saptaması açısından “süper temyiz mahkemesi” veya “dördüncü yargı yeri öğretisi”nin yeri zaten yoktur. Bu ihlal kararlarında, yerleşik testler uygulanmış, bunun keyfi olmadığı da önceki içtihatlara bol miktarda atıfla ortaya konmuştur.

“Adil yargılanma hakkı”na dönük ihlal saptaması yönünden yapılan incelemede ise sonuçla ilgili bir belirlemeye gidilmemiştir. İHAM, bu yönden ihlal sonucuna ulaşırken, beş farklı bağlamda başvurucunun taleplerinin karşılanmamasının usulü yönden sorun teşkil ettiğini saptamıştır. Bu bağlamda “açık ve bariz takdir hatası” istisnasına da gidilmediği (bilakis ulusal makamların pek çok varsayıma saygı duyulduğuna atıf yapılmıştır) için bu hak yönünden de anılan öğretilerin yeri yoktur.

C-) USULİ ÇÖZÜM: YARGILAMANIN YENİLENMESİ USULÜ

Son olarak somut vakanın nasıl çözüleceği konusunda gelmek gereklidir. Bu noktada çözüm, yargılamanın yenilenmesinden geçmekte görülmektedir. Fakat ondan önce “yeniden yargılama” ve “yargılamanın yenilenmesi” arasındaki farka değinmek lazım gelmektedir.

1-) Yeniden Yargılama Kavramının “Özerk Anlamı”

Öncelikle kavramsal bir kargaşa olmaması için insan hakları hukukunun kendine özgü kavramlarına açıklık kazandırmak gereklidir. İnsan hakları hukukunda her kavramın kendine özgü anlamı vardır ve bu anlamlar, “özerk kavramlar öğretisi” başlığı altında toplanır. Bu öğretiye göre: İnsan Hakları Sözleşmesi sistemindeki kavramlar, ulusal hukuktaki anlamlarıyla değil, onlardan İnsan Hakları Mahkemesinin kendi kuralları ve Sözleşme'ye taraf farklı devletlerin hepsini birden kapsayacak biçimde özerk biçimde anlaşırlırlar. Zira ulusal



⁸³ Bu tespit ve konuya ilgili içtihadı ortaya koyan bir çalışma için bkz. Maija Dahlberg, “It is not its task to act as a Court of Fourth Instance: The Case of the European Court of Human Rights”, *European Journal of Legal Studies*, S. 7(2), s. 84-118.

hukuklar, kavramlara verilen anlamlar itibarıyla farklılık gösterebilir fakat ortak yükümlülükler ortak ve çatı bazı tanımlamaları gerektirir.⁸⁴

Konumuz bağlamında kullandığımız “yeniden yargılama” kavramı da böylesi bir yerde durur. Söz konusu kavram (Fransızca “*rejuge*”, İngilizce “*retrial*”), İHAM tarafından iç hukuktaki teknik ve dar anlamıyla kullanılmamaktadır.⁸⁵ Bazen “yeniden inceleme” (*re-examination*) veya “yeniden açılma” (*reopening*) sözcüğüyle ifade edilen bu kavram, bazı durumlarda iç hukuktaki (CMK md. 311) kullanılan anlamla (*reopening of criminal proceedings*) örtüşse de bunu aşan bir nitelik taşırlar.⁸⁶ İHAM ve Bakanlar Komitesi açısından bu kavramla kastedilen şey, ihlali giderecek usullerin hayatı geçirilmesidir. Bunun hangi mevzuata dayanılarak, mevcut mevzuat ne yönde yorumlanarak veya hangi usulle gerçekleştirileceği bir iç hukuk meselesi ve “takdir marjı” konusudur. İç hukukun öyle veya böyle buna uyumlu kılınması yükümlülüğü, tüm kamu erklerine birlikte düşmektedir.

Bu saptamanın net anlaşılması ve kiyas yapılabilmesi için örnek vermek gereklidir; İHAM’ın ihlal kararları sadece hükümlülerle ilgili verilmemektedir. Özellikle yaşam hakkı ve işkence yasağı gibi hakların usulü boyutunun ihlal edildiği sonucuna, “etkili soruşturma yükümlülüğü” (*the obligation to carry out an effective investigation*) yerine getirilmediği için karar verilmektedir. Fakat buradaki “soruşturma” (*investigation*) kavramı özerktir. Ceza hukukundaki “suç haberinin alınmasıyla başlayıp esas olarak savcı ve onun yardımcısı sıfatı ile adli kolluk tarafınca meydana gelen ve varlık sebebi kamu davasının açılmasına gerek olup olmadığına araştırılması” anlamının ötesinde, idari usulleri, kovuşturma aşamasını, hatta (caydırıcı olup olmadığı bağlamında) mahkûmiyeti ve ceza infaz süreçlerini dahi kapsar. Başka bir deyişle, ihlal faillerinin “cezasız” kaldığı her bağlam, etkili soruşturma yükümlülüğünün ihlal edildiği anlamına gelir.⁸⁷ Buna karşılık CMK’da (özerk anlamıyla) yeniden yargılama, “hükümlü lehine yargılanmanın yenilenmesi” (md. 311) ve “kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın etkin soruşturma yapılmadan verilmesi” (md. 172/3) hâlliyeyle sınırlı olarak düzenlenmiştir. Oysa İHAM, etkili soruşturma yükümlülüğünün ihlalini sadece “kovuşturmayaya yer olmadığı” kararı bağlamında vermez. Bu türden ihlal kararları soruşturmanın/ceza yargılamasının çok uzun sürmesi, saniğe düşük ceza verilmesi ve hatta af kararı alınması üzerine de verebilmektedir. Hâl böyleyken soruna CMK hükümlerinin dar yorumlarıyla ve böyle daraltıcı yaklaşılacak olursa; bir işkence mağdurunun İHAM’dan aldığı ihlal kararının iç hukukta bir etkisinin olmaması gerekiydi. Keza, CMK md. 172/3 hüküminin Kanun'a 2013 yılında eklendiği⁸⁸ hesaba katıldığında, bu tarihten önceki cezasızlık sorunlarının İHAM tarafından tespit edildiği vakalarda devletin etkili soruşturma yapma yükümlülüğü olmadığı sonucuna ulaşmak gerekiydi.

Fakat iç hukuk uygulayıcısı buna mahkûm değildir. Uygulayıcılar, özerk kavramlar öğretisini akılda tutularak ve Anayasa'ya/Sözleşme'ye uygun yorum yöntemlerini kullanarak yaklaşmalıdır. Bu konuda Türk anayasal sistemi gerekli mevzuat ve uygulama temellerine sahiptir.

Şöyle ki; Anayasa'nın 90'inci maddesine göre:

⁸⁴ Eirik Bjorge, “Autonomous Concepts”, *Domestic Application of the ECHR: Courts as Faithful Trustees Domestic Application of the ECHR: Courts as Faithful Trustees* (OUP, 2015), s. 202.

⁸⁵ Kavramsal olarak, çok sayıda vaka içinde örneğin bkz. *Gencel/Türkiye*, 53431/99, 23/10/2003; §27; *Taydaş ve Özer/Türkiye*, 48805/99, 04/11/2004, §29; *Murat Yılmaz/Türkiye*, 48992/99, 24/06/2004, §23; *Dede Taş/Türkiye*, 62877/00, 10/11/2005, §22; *Aslan/Türkiye*, 63183/00, 22/12/2005. İngilizcesi için bkz. *San Leonard Band Club/Malta*, 77562/01, 29/07/2004, §70.

⁸⁶ Örneğin bkz. *Dicle ve Sadak/Türkiye*, 48621/07, 16/06/2015.

⁸⁷ Tolga Şirin, “Türkiye'de Cezasızlık Sorunu ve Anayasa Mahkemesi”, *Durmuş Tezcan'a Armağan – DEÜHFD*, C. 21, 2019, s. 1577-1606.

⁸⁸ 11/04/2013 tarihli ve 6459 sayılı ve “İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” (md. 19) için bkz. Resmî Gazete, 30/04/2013, S. 28633.

“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlükler ilişkin milletlerarası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çabablecek uyuşmazlıklarda milletlerarası anlaşma hükümleri esas alınır.”

Bu hüküm uyarınca İHAS hükümleri, kanunlardan üstündür. İHAS’ın bağlayıcı olduğunu söyledişi (md. 46) İHAM kararları da bu üstünlükten yararlanmaktadır. Anayasa Mahkemesi bu gerçekten hareketle, bir İHAM kararı ile bir kanun hükmü arasında çalışma çıktığında İHAM kararının “zimni ilga” etkisi gösterdiğine karar vermiştir.⁸⁹

Mahkeine bununla kalmamış, bir İHAM kararının yerine getirilmemesinin İHAS’ın yanı sıra Anayasa’nın da ihlali anlamına geleceği sonucuna varmıştır.⁹⁰

Bu yaklaşım Yargıtay tarafından da paylaşılmaktadır. Yargıtay, 11. Ceza Dairesi, Birleşmiş Milletlerin Sınırashan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesi'nin, Türk Ceza Kanunu'nun kimi hükümlerini üstün saymış ve TCK hükümunu ihmali ederek davayı anılan Sözleşme hükümleri işliğinde sonuçlandırmıştır.⁹¹

İdari yargidan da benzeri türden örnekler pekâlâ verilebilir. Örneğin Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği md. 7/f hükmünde “yetkililerden izin almadan toplantılar düzenlemek” için disiplin yaptırımı öngörülmesi karşısında Bölge İdare Mahkemesi Anayasa md. 90'a da atıfla bu yaptırımı iptal etmiştir.⁹²

Anayasa md. 90'dan hareketle Sözleşme'yle uyumlu yorum yaklaşımı, İHAM kararlarının yeniden yargılama etkisi açısından da uygulama bulabilmektedir. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi'nde hemşire olarak çalışan bir kişinin, türbanlı olduğu için kamu görevinden çıkarılmasıyla ilgili bir dava buna iyi bir örnektir. Bu vakada; 1998 yılında görevinden çıkarılan davacı, benzer durumdaki bir başka davacının 2011 yılında Danıştay'dan aldığı bozma kararını emsal göstererek yeniden yargılama talebinde bulunmuştur. Danıştay bu olayda sorunu, Anayasa'nın md. 90/son hükmüne gönderme yaparak解决了. Aynı sorundan mustarip bir başka davacının İHAM'da adil yargılanma hakkı ihlali kararı almasından hareketle başvurucunun da durumunun benzer olduğu çıkarısını yapan Mahkeme, yargılanmanın yenilenmesine hukmetmiş ve yeniden yaptığı yargılama emsal Danıştay kararından hareketle davayı kabul etmiştir.⁹³

2-) Somut Olayda Yargılamanın Yenilenmesi

Somut olayda Anayasa'ya/Sözleşme'ye/uluslararası hukuka uygun yorum ilkesinin uygulanmasında Anayasa'nın 90'inci maddesi anahtar önemi haizdir. Anayasa ve Anayasa Mahkemesi kararları herkes için bağlayıcıdır. Kanunlar arasında temel hak ve özgürlüklerle ilgili uluslararası hukuka üstünlük tanıyan hükümler, icabında ulusal hukukun “zimnen ilga” edilmesi ve uluslararası hukukun doğrudan uygulanmasını gerekliliktedir. Fakat bu son çaredir. Bundan önce, ulusal hukukun uluslararası hukuka uygun yorumu mümkün mü, bu sorgulanmalıdır.

Türk hukukunda, İHAM kararının yerine getirilmesi için hiçbir uygun norm olmasaydı dahi Anayasa md. 90'in ve ilk bölümde aktardığımız mantık uyarınca uluslararası hukukun (ceza muhakemesi hukukunun olası eksik normlarına nazaran) doğrudan uygulanması gerekiirdi. Öyle ki örneğin BM İnsan Hakları Komitesi kararları için açık bir hüküm olmamasına rağmen bu kararların gereğinin yapılması gereklidir.

⁸⁹ Sevim Akat Eski, B. No: 2013/2187, 19/12/2013, § 44.

⁹⁰ Siddika Dülek ve diğerleri, B. No: 2013/2750, 17/2/2016, §

⁹¹ Bkz. Yargıtay 11. Ceza Dairesi, E. 2014/8657, K. 2016/6223, T. 29/06/2016.

⁹² İzmir Bölge İdare Mahkemesi, 5. İDD, E. 2018/781, K. 2018/1171, T. 15/05/2018

⁹³ Danıştay 8. Daire, E. 2014/1805, K. 2015/4319 T. 06/05/2015.

Fakat böyle bir uygulamaya yönelikten önce, yürürlükteki kanun hükümlerinin (sözcüğün özerk anlamıyla) yeniden yargılama imkân tanıyıp tanımadığının sorgulanması gereklidir. Bu bağlamda öne çıkan norm, CMK md. 311'dir. Bu hukümde İHAM kararlarına bir gönderme olmasaydı dahi, ilk bölümde aktardığımız bilgiler uyarınca bir ihlal kararından sonra (özerk anlamıyla) yeniden yargılama sonucu çıkarmak meşru ve mümkün idi. Zira, maddenin (e) fikrasına göre, şu koşul yargılamanın yenilenmesi nedenidir:

"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"

Uluslararası hukukta, mahkûmiyete dayanak olan bir delil açısından yapısal bir sorun belirlemesi yapılmış olması, bu koşulu kendiliğinden sağlamaktadır.

Öte yandan, CMK md. 311'in (f) bendinde de şu durum bir yargılamanın nedeni sayılmıştır:

"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 huküm İHAM kararının yeniden yargılama etkisini daha özel olarak düzenlemiştir. Hükmün yazılış tarzi, İHAM'ın ihlal kararının ceza hükmü verilen kişi için verilmiş olması durumuna özgürmüş gibi görünse de bu husus yorumu açiktır. Yukarıda da ifade ettigimiz üzere yorum, uluslararası hukukun gereklerine uygun biçimde olmak durumundadır. Bu hükmün uygulanması ve/veya uygulanmayacaksa (e) bendinin uygulanmasında *"Bu hâlde yargılamanın yenilenmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde istenebilir."* hükmünün kıyas için dikkate alınması zaruridir. Zira usul kurallarında kıyas yasak değildir. Bu bakımdan "hukuk güvenliği ilkesi" gereğince benzer davallarda yargılamanın yenilenmesinin süre sınırı, *"Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl"* olacaktır. Bu bağlamda ilgili hukuk yolunun tüketilip tüketilmemiş olması vb. diğer kurallar yönünden olağan "yargılamanın yenilenmesi" kuralları uygulanabilir durumdadır.

Son olarak; söz konusu kararın İHAM tarafından İngilizce ve Fransızca dillerinde yayımlanlığı dikkate alındığında ulusal yargıcın bu kararın Türkçesine erişmesi gerekmektedir. Bunun için (a) kararın yeminli bir tercüman onaylı çevirisinin sanık tarafından bizzat sunulması ve/veya (b) Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü bünyesindeki İnsan Hakları Daire Başkanlığı'ndan, 2992 sayılı Adalet Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun'da (madde 13(C)-j) yer alan *"Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye Cumhuriyeti hakkında verdiği kararlar ile diğer ülkeler aleyhine verdiği kararlardan gerekli görülenlerin Türkçeye çevrilmesini sağlamak, bu kararları derlemek ve arşivlemek."* görevinden hareketle çevirinin istenmesi ve/veya (c) Adalet Bakanlığı Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü'nden, Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 45'inci maddesinde ifade edilen "Bakanlığın görev alanına giren konularda uluslararası antlaşmalar ve belgelerle ilgili olarak görüş bildirmek, yapılan çalışmalara ve görüşmelere katılmak, bu antlaşma ve belgeleri Türkçeye çevirtmek, derlemek, arşivlemek, bunları ilgili kurum ve birimlere iletmek" yetkisine atıfla çevirinin istenmesi gerekmektedir.⁹⁴

SONUÇ

Yüksel Yalçınkaya/Türkiye kararı, açısından "yargılamanın yenilenmesi" koşulları oluşturmaktadır.

⁹⁴ Tolga Şirin ve Necdet Umut Orcan, "İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukukta Uygulanmasının Önündeki Pratik Güçlükler: İlgili Uluslararası Normu Bulma ve Türkçeleştirme Sorunu", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. 80, S: 1, s. 273 – 297.

Bu, takdiri bir mesele değildir; Anayasa'nın 90'inci maddesinin, 6366 sayılı "İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve buna Ek Protokolün Tasdiki Hakkında Kanun"un yayımlandığı günden bu yana süregelen devlet iradesinin ve buna bağlı diğer kanunların ve tabii ki Anayasa'nın 2 ve 14'üncü maddelerinde Cumhuriyet'e atfedilen "insan haklarına saygılı/dayanan devlet" niteliğinin zorunlu bir sonucudur.

Bu sonuç uyarınca, CMK md. 311'in de bu çerçevede kavranması gereklidir. İHAM önüne taşındığında ihlal çıkacağı ve tazminat olasılığının gündeme geleceği bir vakada kamu kaynaklarının ek zarara uğratılmaması konusunda yargı erki de dahil olmak üzere tüm kamu gücü kullanan erklere yükümlülük düşmektedir. Mezkür mevzuat ve uluslararası hukukun gerekleri; usul ekonomisinin gözetilmesini ve insan hakları ihlali belirlemesi içeren bu "yeni olay"⁹⁵ yok sayılmamasını zorunlu kılmaktadır.

Sonuç itibarıyla başta yargı organları olmak üzere kamu gücü kullanan tüm kurum ve kuruluşlar, ihlal tespiti yapılan ogluların mağdurlarını ihlalden önceki durumlarına dönmemeleri (eski hâle iade) için gereken adımları atmalıdır. Yargıçlar açısından bu yöndeki ilk adım, yargılamanın yenilenmesi kurumunu çalışırmak, ikinci adım da bu kararda ortaya konulan çerçeve gözetilerek bir yargılama yapmaktadır. Bu yeni yargılamada mevcut delillerden hareketle mahkûmiyet sonucuna ulaşılamayacağını da önemle kaydetmek gereklidir.⁹⁶

Doç.Dr. Tolga Şirin
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

⁹⁵ BM İnsan Hakları Komitesi kararları ile diğer uluslararası kaynaklar da hesaba katıldığında bunun çoğul dayanağı olduğu da düşünülebilir.

⁹⁶ Not etmek gereklidir ki: İHAM veya AYM, sahip oldukları yetki gereği doğrudan doğruya "beraat" kararı verilmesi yönünde bir hükmü -principle- itibarıyla- kurmaz. Zira bu mahkemeler dosyadaki tüm delilleri inceleme yetkisini haiz değildir. Bu mahkemeler, ulusal makamların son kararına dönük olarak; doğrudan değil, dolaylı belirlemelerde bulunabilir. Somut olay açısından bu dolaylı belirleme, özel bir durum ortaya konmadıkça ve yeni bir somut delil bulunmadıkça, mevcut koşullarda ByLock deliline ve 'Tweetlere dayanarak kurulacak herhangi bir cezai mahkûmiyetinin yine yeniden bir ihlal doğuracağıdır.