



Avrupa Birliği tarafından
finanse edilmektedir.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI VE İZLENMESİ

İnsan Hakları Ortak Platformu

Hazırlayan
Kerem Altıparmak



insan
hakları
ortak
platformu

ESHİD
HİD
HYD
İHD
İHGİD
UAÖ TÜRKİYE





AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI VE İZLENMESİ

İnsan Hakları Ortak Platformu

Hazırlayan
Kerem Altıparmak

Ankara - 2021

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI VE İZLENMESİ

Ankara, 2021

İnsan Hakları Ortak Platformu

KAPASİTE GELİŞTİRME DERNEĞİ

Tunus Caddesi 87/8 Kavaklıdere/ANKARA
Telefon/Faks: +90 (312) 468 84 60

E-posta: kaged@kaged.org.tr
Web: www.kaged.org.tr

Hazırlayan

Kerem Altıparmak

Grafik Tasarım ve Basım

BULUŞ Tasarım ve Matbaacılık Hizmetleri San. Tic., Ankara
Tel: (312) 222 44 06 • Faks: (312) 222 44 07
www.bulustasarim.com.tr

Bu yayın, Avrupa Birliği tarafından finanse edilen, Merkezi Finans ve İhale Birimi yöneticiliğinde KAGED ve Sivil Toplum Geliştirme Merkezi tarafından yürütülen "Örgütlenme Özgürlüğü ve Katılım Hakkının Daha Fazla Geliştirilmesi İçin Sivil Toplum Örgütleri ve Sivil Ağların Kapasitesinin Geliştirilmesi" projesi kapsamında yayınlanmıştır. Avrupa Birliği ve Merkezi Finans ve İhale Birimi'nin resmi görüşlerini yansıtmamaktadır.



İÇİNDEKİLER

GİRİŞ	5
I. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ, TARİHİ VE İŞLEVİ	9
A. I. Dönem: Savaş Sonrası Erken Uyarı Sistemi.....	9
B. II. Dönem: Soğuk Savaş Sonrası ve Türkiye'nin Katılımı.....	12
C. III. Dönem: Reformun Reformu ya da Yeni Bir Sözleşme.....	14
D. Reform Süreci Sonrasında AİHM ve "Yerindenlik Çağı".....	18
II. AİHM KARARININ NİTELİĞİ	25
A. AİHM Kararının İçeriği.....	26
B. AİHM Kararlarının Açıklayıcı Niteliği ve Ötesi.....	27
C. İnsan Hakları Hukukunda Giderim Yöntemleri.....	28
D. AİHS'te Giderim Yöntemleri.....	32
1. Devam Eden İhlali Sonlandırma.....	33
2. Restitutio in Integrum ve Diğer Giderim Yöntemleri.....	35
3. AİHM İçtihadında Bireysel Önlemler.....	38
4. Genel Önlemler ve Yeni İhlalleri Önleme.....	54
5. Adil Tatmin.....	61
6. AİHM Kararlarının Etkisinin Genişlemesi.....	62
E. Karar Tipleri.....	65
1. Yapısal/Sistemik Sorun ve Pilot Karar Kavramı.....	65
2. Bakanlar Komitesi Sınıflandırması.....	70
3. Kararların İzlenmesinde Öncelik İlkesi.....	70
III. AİHM KARARLARININ İNFAZI	75
A. Bakanlar Komitesi ve Kararların İnfazının İzlenmesi.....	75
B. Bakanlar Komitesi'nin Yeni İzleme Sistemi.....	75
1. Eylem Planı ve Eylem Raporu.....	79
2. Kararlar.....	82
3. Yaptırım.....	82
4. Kural 9 Sunumları.....	84
C. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin İzlemeye Katkısı.....	84
D. İcra Sürecinde AİHM.....	86
1. 14. Protokol.....	86
2. AİHM'nin İcra Sürecine Fili Dahli.....	87



Giriş

Bir insan hakları hukukçusu ve aktivisti için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) önünde bir davayı kazanmak, bir adaletsizliği sonlandırmak şüphesiz tarifi güç bir mutluluk. Ne var ki Türkiye gibi her yıl binlerce hak ihlalinin gerçekleştiği bir coğrafyada bu kazanım deniz yıldızlarını tek tek denize atmaktan daha fazla bir anlam taşıyor. Çünkü her bir ihlal aslında aynı yasalardan, aynı sistematik bozukluklardan, aynı idari yargısal eğilimlerden kaynaklanan sorunlar tekil örnekleri. Gerçek başarı o bozukluğu tamir etmekten, sistematik yanlışları düzeltmekten geçiyor.

AİHM, 800 milyonluk bir coğrafyada karar veren 47 hakimli bir mahkeme. Bu mahkemenin 800 milyonun ihtiyaç ve taleplerine tek tek cevap veremeyeceği de çoktan anlaşıldı. O nedenle, taraf devletlere sadece hakları ihlal eden süjeler değil ve fakat aynı zamanda Sözleşme değerlerini ve koruma sistemini içselleştiren aktörler gözüyle bakılmak isteniyor. Bu çalışmada birçok yerde bu beklentinin gerçekçiliğinin sorgulandığını göreceksiniz. Öte yandan, bunun yeni bir gerçeklik olduğunu yadsımak da mümkün değil.

Peki bir taraf devlet yanlışlarını düzeltmeye, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) değerlerini benimsemeye nasıl zorlanabilir? Bu çalışma bir bütün olarak bunu tarif etmeye çalışacak. AİHM kararlarının uygulanmasının izlenmesi tam da bu nedenle çok kritik bir anlama sahip. Ne var ki bu alan çok az bilinen, yeni yeni yükselen bir alan. AİHM bir karar verdikten sonra bu karar infaz edilmek üzere Bakanlar Komitesine gönderiliyor. Bakanlar Komitesi, kararı uygularken sadece başvuru açısından değerlendirme yapmıyor, aynı durumdaki herkesi ilgilendirecek genel önlemlerin yerine getirilip getirilmediğine de karar veriyor. Örneğin, terör propagandası nedeniyle mahkûm edilmiş bir kişinin kararında, Bakanlar Komitesi sadece o kişinin cezasının kaldırılıp kaldırılmadığı ile ilgili değil propaganda suçuna ilişkin gerekli yasal değişikliklerin yapıp yapılmadığına, uygulamanın değişip değişmediği ilgili olarak da karar veriyor. İlk karar; iki taraf, başvuru ve devlet, arasında çekişmeli bir şekilde devam ettikten sonra, bu karardan etkilenen yüzlerce, binlerce insanın katılımı olmaksızın devletin tek taraflı icraatları ve bildirimleri ile devam ediyor.

Kararların infazı aşaması başvuru ve onu temsil edenler açısından sınırlı olanaklar içeriyor. Eğer devlet tazminatları düzenli ödüyorsa ve çok istisnai durumlar dışında kararda doğrudan bireysel önlemler önerilmemişse, başvuru ve hukuki temsilcilerinin kararın infazı için Bakanlar Komitesinin önünde mücadeleyi sürdürmesinin çok bir anlamı yok. Bu nedenle, istisnai örnekler dışında başvuruçunun Bakanlar Komitesinin önündeki süreci takip ettiği örneklerle çok fazla karşılaşmıyoruz. Öte yandan, durum insan hakları örgütleri için çok farklı. Asli işi herkes için eşit bir şekilde insan haklarını savunmak olan sivil toplum örgütleri için bir tek kişi için verilmiş bir karar çok önemli imkanlar yaratma potansiyeli taşıyor. İnsan hakları örgütleri, AİHM kararlarının infazı sürecinde ellerinde çok güçlü bir dayanak olarak uluslararası standartları tarif eden bir AİHM kararına dayanarak savunuculuk faaliyeti yapma imkanına kavuşuyorlar.

Bu nedenle, bu çalışmada ayrıntıları ile anlatılacak sivil toplum örgütlerinin bu sürece katılım imkanları çok önemli bir insan hakları aktivizminin kapılarını aralıyor. Bu olanağın nasıl kullanılacağı bu açıdan çok kritik. AİHM kararlarının uygulanmasının izlenmesi sivil toplum için yeni ve fakat hızla yükselen bir trend. Bununla birlikte, bu trendi geçici bir moda gibi görmemek, kalıcı ve belki de insan hakları mücadelesinin en önemli araçlarından biri olarak görmek ve değerlendirmek gerekiyor.

Bu arka plan akılda tutulduğunda, konuya salt bir eğitim materyali hazırlama gözüyle bakmak, çalışmanın özüne ve amacına aykırı gözüküyor. 1990'ların hemen başında hukuk eğitimine



başlayan ve uzmanlığını insan hakları alanında yapan biri için AİHS serüvenini takip etmek hem ulusal hem de uluslararası alanda insan haklarının gelişimini izlemek açısından heyecan verici ve çok gerçekçi bir deneyim. AİHM kararlarının uygulanmasına ilişkin bir rehber yazmam istendiğinde bu ilginç serüveni anlatmadan teknik bir metin yazmanın suya yazı yazmak gibi olacağını düşündüm. Bu noktaya nasıl geldik, buradan nereye gideceğiz, kararların uygulanması neden bu kadar önemli gibi soruları açıklamadan, sivil toplum örgütlerine Bakanlar Komitesine şu şekilde sunum yapabilirsiniz demek bu rehberi boş ve eksik bırakacaktı. Bu nedenle, bu kitap aslında başlığından çok daha fazlasını içeriyor. Konunun esasına gelmek için uzunca bir şekilde o konunun temellerini tarif etmeye çalışıyor.

Çalışmanın ilk bölümü, kısa bir AİHS tarihçesine yer veriyor. Bu bölümde çok istisnai olarak başvuruları inceleyen bir mahkemenin on binlerce başvuru ile boğuşan bir yargı merciine dönüşmesini ve bu yükü kaldırabilmesi için tekrar ve yeniden ulusal mekanizmalara dönüşün zorunluluğu anlatılmaya çalışılıyor. Bu bölümde görüleceği üzere, süresiz bir şekilde devam eden reform sürecinin en önemli duraklarından birini yerindenlik ilkesi ve kararların infazı ve izlenmesi oluşturuyor.

Çalışmanın ikinci bölümü bir AİHM kararı ne demektir, kararda bulunan ihlal nasıl giderilebilir sorusunu soruyor. Bu bölümde esastan ihlal bulunan bir kararın tipolojisini tarif etme yanında, bir kararın infaz edilebilmesi için hüküm fıkrası dışında da okunması gereken bölümler tariflenmeye çalışılıyor. Gerçekten de, sıklıkla yapıldığı üzere kararın salt hüküm fıkrasına bakmak, gerekçeden çıkarılabilecek savunuculuk imkanlarını görmemek kararın uygulanmasının vaat ettiği imkanları zayıflatma potansiyeli taşıyor. Yine bu bölümde, bir ihlalin giderilmesi için bireysel ve genel anlamda alınması gereken önlemlerin neler olabileceği, davalı devletin takdir marjının sınırlarının neler olabileceği tartışılıyor. Bu bölümde olabildiğince çok sayıda bireysel önlem önerisi verilmeye çalışılacak. Bu yöntemin amacı, bu kararların bir özetini çıkarmaktan ziyade aslında AİHM kararlarının nasıl geniş bir yelpazede sonuçlar doğurabileceğini göstermek. Şüphesiz, AİHM'in bireysel önlemi tarif etmediği çoğu davada sivil toplum örgütleri bu talepleri kararının bütününden kendileri de çıkarabilirler.

Nihayet çalışmanın son bölümünde, AİHM kararlarının nasıl infaz edildiğini, sivil toplumun bu süreçte ne aşamada, hangi aktörlerle etkileşime girerek ve hangi araçlarla katılabileceğini tarif etmeye çalışacağız. Bu bölümde görüleceği gibi bu süreç Bakanlar Komitesi dışında başka Avrupa Konseyi organları ve ulusal insan hakları mekanizmaları ile de iletişimi zorunlu kılan geniş bir alan ve her yönüyle bilinmesi ve kullanılması çok önemli.

Çalışmanın bu çok gelişen alanda farklı alanlarda çalışan insan hakları savunucularına yol gösterici olmasını umuyoruz.

I.

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ, TARİHİ VE İŞLEVİ



I. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ, TARİHİ VE İŞLEVİ

A. I. Dönem: Savaş Sonrası Erken Uyarı Sistemi

Bilindiği gibi insan hakları kavramı, II. Dünya Savaşı sonrası kurulan yeni dünya düzeninin temel yapı taşlarından biri olarak kabul edilegelmiştir.¹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) de, bu yeni düzeninin, bölgesel düzeyde, önemli siyasi ve hukuki göstergelerinden biridir. Sözleşme'nin üretildiği uluslararası örgüt olan Avrupa Konseyi (AK), Batı Avrupa'nın ideolojik bütünleşme örgütü olmuştur.² Ekonomik olarak Avrupa Toplulukları, askeri olarak da NATO (Kuzey Atlantik Antlaşması Örgütü) çatısı³ altında örgütlenen Batı Avrupa, hem komünizm hem de totaliter rejimler karşısındaki ideolojik savunmasını AK aracılığıyla oluşturmuştur. Şüphesiz, bu sayılan örgütlerin yanında başka örgütler,⁴ Soğuk Savaş döneminde benzer rolleri üstlendiği gibi, sayılan bu örgütlerin işlevleri de zaman içerisinde değişmiştir.⁵ Ancak bu çalışmanın amaçları bakımından diğer örgütlerin oynadığı rol ve AK üzerindeki etkileri üzerinde durulmayacak, sadece Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ve kararlarının önemini kavramak açısından AK ve AİHS'ye yüklenen bu misyonun nasıl bir değişime uğradığı konusu tartışılacaktır.

AK Statüsü'nün 1. maddesi uyarınca AK; ortak mirasları olan ülkü ve ilkeleri korumak ve gerçekleştirmek ve ekonomik ve sosyal ilerlemelerini kolaylaştırmak üzere üyeleri arasında daha güçlü bir birliğe ulaşmak için Konsey organları eliyle insan hakları ve temel özgürlüklerin korunması ve daha ileri düzeyde gerçekleşmesi konusunda sözleşmeler ve ortak eylemler yapacaktır.⁶

Bu temel çerçeve içerisinde, AİHS'nin Sözleşme'ye o tarihte taraf olan devletlere ek bir yükümlülük getirmediği, yeni haklar tanımadığı, asıl amacının taraf devletlerin faşist veya pro-Sovyet bir diktatörlüğe dönüşmesini engellemek olduğu ileri sürülmüştür.⁷ Savaş sonrası dönemde, insan haklarının uluslararası korunması kavramının henüz yeni yeni dillendirildiği hatırlanacak olursa, uluslararası bir mekanizmanın geleneksel olarak ulusal bir anayasa sorunu olarak görülen, devlet-birey ilişkilerine müdahale etmesinin çok da hoş görülmeyeceği tahmin edilebilir. Tarihsel yorum metodunu⁸ öne çıkaran bir görüşe göre, sadece totaliter bir rejime dönüşme öncesi erken uyarı sistemi niteliğinde olan AİHS koruma sistemine daha fazla anlam yüklen-

1 Birleşmiş Milletler (BM) Şartı'nın 1. maddesine göre, örgütün amaçlarından biri "ekonomik, sosyal, kültürel ve insancıl nitelikteki uluslararası sorunları çözmede ve ırk, cinsiyet, dil ya da din ayrımı gözetmeksizin herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklerine saygının geliştirilip güçlendirilmesinde uluslararasıbirliğini sağlamaktır". BM Şartı, md. 1 (3). RG: 4801 sayılı Onay Kanunu, 24.8.1945, S. 6902.

2 Genel olarak bkz. H. Robertson (1961), *The Council of Europe: Its Structure, Functions and Achievements* (Londra: Stevens and Sons, 2nd ed); R. Blackburn (2000), "The Institutions and Processes of the Convention", R. Blackburn ve J. Polakiewicz (yay. haz.), *Fundamental Rights in Europe*, (OUP: Oxford), 3 vd. Aynı yönde Yasemin Özdek (2004), *Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye*, (Ankara: TODAİE Yayınları), s. 1-5.

3 Esasen savunma amaçlı ilk Batı Avrupa Antlaşması 17 Mart 1948'de imzalanan Ekonomik, Sosyal ve Kültürel İşbirliği ve Ortak Savunma Antlaşması'dır. (Brüksel Antlaşması). Bu Antlaşma daha sonra Batı Avrupa Birliği'ne dönüşecek olan yapılanmanın temelini atmıştır. Batı Avrupa Birliği'nin varlığına 30 Haziran 2011 tarihinde son verilmiştir. Sözleşme metni ve bilgi için bkz. <http://www.weu.int/>

4 Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı (sonrasında Teşkilatı), bu açıdan akla gelen ilk örnektir. Teşkilatın insani boyut başlığı altında yürüttüğü çalışmalar demokrasi ve insan hakları kavramları konusunda Doğu-Batı arasında ortak bir dil oluşturulmasında önemli bir rol oynamıştır. Bölgesel bir örgüt olmamakla birlikte, BM'nin özellikle 1970 sonrası insan hakları alanında oynadığı rol de göz ardı edilmemelidir.

5 Örneğin, Avrupa Birliği'nin (AB) zaman içerisinde hem siyasi ağırlığı artmış hem de insan haklarının korunması örgütü için anayasal bir kurucu ilkeye dönüşmüştür. Özellikle Lizbon Antlaşması sonrası AB'de insan hakları ve AİHS'in yeri hakkında bkz. Wolfgang Weiß (2011), "Human Rights in the EU: Rethinking the Role of the European Convention on Human Rights After Lisbon" 7 *European Constitutional Law Review* 64.

6 AK Statüsü, RG: 17 Aralık 1949, S. 7382

7 Bu iddiayı destekleyen veriler için bkz. Danışma Meclisi Raporu (The Report of the Consultative Assembly), Collected Edition of the "Travaux Préparatoires" of the European Convention on Human Rights Volume I (Council of Europe, Martinus Nijhoff, The Hague, 1985), s. 192. Sözleşmenin yapılış tarihçesi ve dönüşümü için bkz. Ed Bates (2010), *The Evolution of the European Convention on Human Rights*, (Oxford: OUP).

8 Kavram ve temel haklar yargısında kullanımı için bkz. Bertil Emrah Oder (2010), *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, (Beta: İstanbul).



mesi Sözleşme'nin kurucu babalarının niyetine de aykırıdır.⁹ Bu yaklaşıma göre, demokratik bir rejimde insan haklarının korunması kural olarak ulusal mekanizmaların görevidir. AİHS gibi uluslararası mekanizmalar ancak ihlaller belirli bir yoğunluğa ulaştıkça devreye girmelidir.

AİHS'nin hazırlık çalışmalarında bu düşünceyi destekleyen veriler bulmak şüphesiz mümkündür. Bununla birlikte, hazırlık çalışmalarında farklı görüş ileri süren delegelerin sayısının da az olmadığı görülebilir.¹⁰ Gerçekten de insan haklarının uluslararası bir sorun haline gelmesi çok yeni bir olgu olmasına rağmen, kapsamlı bir sözleşme ve etkili uluslararası koruma rejimi talep eden delegelerin de varlığı dikkat çekmektedir. Her ne kadar AİHM, erken içtihadından itibaren, büyük ölçüde tarihsel yorum yöntemini reddetmiş ve AİHS'nin yaşayan bir belge olarak yorumlanması gerektiği yönünde bir eğilimi¹¹ takip etmişse de AİHS'nin rolü ve işlevi üzerine kuruluş aşamasında yürütülen bu tartışma aynı yoğunlukta olmasa bile hala etkisini sürdürmektedir. Mahkeme'nin kendine verilen yetkileri aştığına ilişkin eleştiriler 2000'li yıllarda başlayan AİHS'nin ve AİHM'nin reform sürecinde bile büyük rol oynamıştır. 2012 yılının Nisan ayında Brighton'da yapılan üst düzey toplantıda AK dönem başkanı Birleşik Krallık, AİHM'nin yetkilerini kısıtlama girişimlerini benzer bir dille meşrulaştırmak istemiş, kısmi bir başarı da elde etmiştir.¹² AİHM'nin yetkilerini kısıtlamaya yönelik eleştirilerin farklı hükümetler tarafından dile getirildiği¹³ düşünüldüğünde, insan haklarının ulusal bir sorun olduğu yönündeki güçlü tezin hala Avrupa kıtasında da etkin bir tez olduğu görülmektedir. Nitekim, son dönemde AİHM içtihadını en çok etkileyen ve aşağıda tartışılacak yerindenlik (*subsidiarity*) ilkesi bu etkinin en somut göstergesidir. Brighton Bildirgesiyle¹⁴ talep edildiği üzere Sözleşmenin girişine Ek 15. Protokol ile yerindenlik ilkesi ve insan haklarını koruma konusunda devletlerin takdir marjı bulunduğu ibaresi eklenmiştir.¹⁵

Her ne kadar AİHS sisteminin daha kuruluş aşamasında Sözleşme'nin Birleşik Avrupa'nın harcı olduğu yönündeki görüşler ağır basmışsa da, hem günün ihtiyaçları hem de Sözleşme organlarını kısıtlı bir yoruma davet eden görüşün etkinliği, Sözleşme sisteminin gelişimi önünde önemli bir engel oluşturmuştur.¹⁶ Bu etkiyi iki şekilde gruplandırmak mümkündür. Birincisi, bu görüş ayrılığı Sözleşme'nin denetim mekanizmasını zorunlu değil ve fakat seçimlik olarak belirleme sonucunu doğurmuştur. Dolayısıyla, ilk dönemde Sözleşme'nin orjinal koruma sistemi yerindenlik (*subsidiarity*) ilkesinin çok daha etkin bir uygulamasını mümkün kılmıştır. Hem bireysel başvuru yöntemi hem de Mahkemenin zorunlu yargı yetkisi Sözleşmenin orijinal halinde seçimliktir.¹⁷ Bunun sonucu olarak Türkiye'nin de arasında bulunduğu birçok Taraf Devlet, Sözleşme mekanizmasından ilk dönemde hemen hiç etkilenmemiştir. 1987'de Türkiye Komisyon'a bireysel başvuru hakkını tanıyana kadar¹⁸ Strazburg organlarının ülke siyasetine etkisi çok kısıtlıdır.

9 Danny Nicol, "Original intent and the European Convention on Human Rights", [2005] P. L. 152; E. Wicks, "The United Kingdom Government's Perceptions of the European Convention on Human Rights at the Time of Entry" [2000] P.L. 438, 447.

10 Bkz. Wicks, s. 447 vd.

11 Tyrer/Birleşik Krallık, no. 5856/72, 25.4.1978, para. 31; Kress/Fransa [BD], no. 39594/98, para. 70; Christine Goodwin/Birleşik Krallık [BD], no. 28957/95, para. 75; Bayatyan/Ermenistan [BD], no. 23459/03, para. 102.

12 AİHM'nin yetkilerini kısıtlamayı amaçlayan bu toplantıdaki talepler Brighton Bildirgesi ile kabul edilmiştir. Bildirge'nin metni için bkz. High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights Brighton Declaration, <http://www.coe.int/en/20120419-brighton-declaration/>

13 Hollanda, Birleşik Krallık ve Almanya'daki benzer itirazlar için bkz. Janneke Gerards (2012), "The Pilot Judgment Procedure before the European Court of Human Rights as an Instrument for Dialogue", s. 4, 16 no'lu not (<http://ssrn.com/abstract=1924806>)

14 Brighton Bildirgesi için bkz. yukarıda not 12.

15 Tüm Taraf Devletlerden tarafından onaylanan 15. Protokol 1 Ağustos 2021 tarihinde yürürlüğe girecektir.

16 Bu yaklaşımın Mahkeme'deki somut yansımasını Yargıç Fitzmaurice'in Golder, Tyrer ve Marckx kararlarındaki karşıoylarında görmek mümkündür. Golder/Birleşik Krallık, no. 4451/70, Series A no. 18; Tyrer/Birleşik Krallık, 5856/72, Series A no. 26; Marckx/Belçika, no. 6833/74, Series A no. 31.

17 Sözleşmenin yapım aşamasındaki Mahkeme'nin Sözleşme içinde yer almasına ve çözüm olarak seçimlik bir denetim yolunun tercih edilmesine ilişkin tartışmalar için bkz. Nicol, s. 164.

18 Bakanlar Kurulu'nun 22 Ocak 1987 gün ve 87/11439 sayılı kararı. RG: 21.4.1987-19438.



Taraf Devletler arasındaki irade farklılığı; ikinci olarak Sözleşme organlarının denetim mekanizmasını etkili bir şekilde uygulamasına engel olmuştur. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, çok az sayıda başvuruyu AİHM önüne taşımış, AİHM de zaman zaman Sözleşme'yi Sözleşmeciler Devletlere geniş bir takdir alanı bırakarak yorumlamıştır.¹⁹ Şüphesiz maddi hukuka ilişkin olarak da derin anlaşmazlıklar not edilebilir. Örneğin, bazı delegeler hakların sadece sayılması ile yetinilmesini önermiş, bir grup hükümet ise her bir hakkın ayrıntılı olarak sayılması gerektiğini ileri sürmüştür. Sonuçta ağırlıklı olarak ayrıntılı tanım isteyen görüş bu tartışmadan galip çıkmakla birlikte, maddelere eklenen genel ilkeler denetim organlarına yaratıcı yorum yapma imkânı bırakmıştır.²⁰ Bu tür temel tartışmaların varlığına rağmen, Sözleşmenin ne kadar hızlı kaleme alındığı düşünülecek olursa Sözleşmeyi hazırlayan hükümetler arasında bir asgari müşterek olduğunu söylemek mümkün, hatta gereklidir.

Koruma mekanizması konusunda temel görüş ayrılığına rağmen Sözleşme'ye taraf devletlerin insan hakları alanında ortak bir siyaset izlediklerini vurgulamak zorunludur. Sözleşme'nin ilk döneminde Konsey üyesi ülkelerin profili birbirine çok benzerdir.²¹ İlk dönemde Sözleşme'nin tarafı olan devletler nispeten homojen bir yapıya sahiptir. Bunun sonucu olarak, AİHS BM'de akdedilen insan hakları sözleşmelerinden çok daha hızlı bir şekilde kaleme alınıp yürürlüğe koyulabilmiştir. Yine bunun sonucu olarak ilk dönemde Mahkemenin önüne gelen vakalar birbirine benzediği gibi uygulanacak hukuk açısından da benzerlik söz konusudur. Örneğin, bu dönemde çok az sayıda yaşam hakkı ihlali, işkence iddiası söz konusudur. Şüphesiz bu durum anılan dönemde ağır insan hakları ihlallerinin hiç gerçekleşmediği anlamına gelmez; farklı nedenlerle bu başvuruların denetim organlarının dikkatine sunulmadığını ortaya koyar. Örneğin, Cezayir Savaşında ağır hak ihlallerine neden olan Fransa, o tarihlerde bireysel başvuru hakkını tanımadığı ve siyasi nedenlerle diğer devletler tarafından Komisyon'a da şikayet edilmediği için bu dönemdeki ihlaller Strazburg makamları tarafından incelenmemiştir. Bu nedenle, ilk dönemde yapılan başvurular II. Dünya Savaşı sonrasında istikrarlı demokrasilerin birbirine benzer sorunlarına ilişkindir.

Niceliksel açıdan bakıldığında da birkaç unsurun başvuru sayısının sınırlı kalmasına neden olduğu görülebilir. Birincisi, 1970'lerin ikinci yarısına kadar AİHM'nin zorunlu yargı yetkisini tanıyan ülke sayısı çok azdır. İkinci olarak, henüz çok genç olan Sözleşme Taraf Devletlerde sınırlı olarak tanınmaktadır. Nihayet, Sözleşmeyi uygulamakla yetkili organlar devletlerin iç işlerine karışma eleştirileri karşısında daha ihtiyatlı bir yaklaşım içerisindedir. Tüm bu etkenlerin sonucu olarak, ilk kırk yıllık dönemde, Sözleşme organlarına yapılan başvurular düzenli bir artış göstermekle birlikte, Sözleşme sisteminin Avrupa hukukunda oynadığı rol sınırlı kalmıştır. 1955-1982 yılları arasında Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na (AİHK) yapılan toplam başvuru sayısı 22.158'dir ve bunların sadece 297'si hakkında kabul edilebilirlik kararı verilmiştir.²² AİHM ilk kararını 1960 yılında vermiş²³, bu karardan sonra ilk 10 yıl boyunca da Mahkeme'den sadece 8 karar çıkmıştır.²⁴ Eski Doğu Bloku üyesi devletlerin AK'ye üye olmasından önce Sözleşmenin 40. yılında, toplam verilen Mahkeme kararlarının sayısı 190'dır.²⁵ 2020 istatistiklerine göre²⁶ hakkında en çok

19 İrlanda/Birleşik Krallık, no. 5310/71, 18.1.1978, para. 207 ve Otto-Preminger-Institut/Avusturya, Series A. no. 295-A, para. 50.

20 Nicol, s. 159-160.

21 5 Mayıs 1949 tarihli AK Statüsü'ne taraf olan devletler; Belçika, Birleşik Krallık, Danimarka, Fransa, Hollanda, İrlanda, İsveç, İtalya, Lüksemburg ve Norveç'tir. Yunanistan 1949'da, İzlanda, Türkiye ve Almanya da 1950 yılında örgüte katılmıştır. 6 Kasım 1990'da Macaristan'ın Örgüt'e katılımına kadar tüm üyeler Batı Avrupa kökenlidir. Bunlara demokrasiye dönüş sonrasında Portekiz (22.9.1976) ve İspanya (24.11.1977) da dâhildir.

22 ECtHR (2000), Survey of Activities, (Strasbourg), s. 50.

23 Lawless/İrlanda, 1.7.1961 (Esas), Series A no. 3.

24 Delcourt/Belçika, 17.1.1970, Series A no. 11.

25 1990 yılı sonunda verilen son karar Delta/Fransa, 14.12.1990, Series A no. 191-A.

26 2020 yıl sonu itibarıyla Türkiye hakkında verilmiş karar sayısı 3742'dir. Bkz. https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2020_ENG.pdf



karar verilmiş ülke olan Türkiye de 1987 yılında bireysel başvuru hakkını tanımakla birlikte, Türkiye Cumhuriyeti hakkında ilk kararın verilmesi 1995 yılını bulmuştur.²⁷

Her ne kadar, AİHS, büyük bir siyasal olayın sonrasında, yeni dönemin simgesel metinlerinden biri olarak ortaya çıkmışsa da gerçek etkisini görmek için başka büyük bir siyasal olayı, Soğuk Savaş'ın sona ermesini, beklemek gerekmiştir.

B. II. Dönem: Soğuk Savaş Sonrası ve Türkiye'nin Katılımı

1990'ların başında Soğuk Savaş'ın sona ermesiyle birlikte önce AK'nin yapısında, izleyen dönemde de AİHS koruma sisteminde önemli değişiklikler olmuştur. 1987'de Türkiye'nin bireysel başvuru hakkını tanınması ile başvuru sayısı 11. Protokol'ün yürürlüğe girdiği 1998 yılında, 80'li yılların ortalarının beş katına çıkmıştır.²⁸ Şüphesiz, bu gelişimde Soğuk Savaş dönemi sonunda 23 üyesi bulunan Konsey'in bugün 47 üyeye ulaşmış olması önemlidir. Ancak, bu büyüme sadece ülke sayısı ile de sınırlı değildir, Koruma Sistemi'nin muhatabı olan nüfusta da dramatik bir artış gerçekleşmiştir. Rusya Federasyonu gibi büyük nüfuslu devletlerin katılımı ile Konsey üyesi devletlerin toplam nüfusu 800 milyonu aşmıştır. Dahası, AK demokrasiye geçiş sürecinde kurumsal sorunlar yaşayan bu devletlerde önemli bir etki yaratmıştır. Bu devletlerin Sözleşme sistemi içerisinde mi yoksa üyelik içerisinde mi demokrasiye geçiş sürecini tamamlaması gerektiği konusundaki tartışma, Sözleşme organlarının insan hakları denetimini daha etkin yapacağı düşüncesinin ağır basmasıyla sonuçlanmış; bazı devletler, Sözleşme standartlarına hiç uygun olmamalarına rağmen mekanizmanın parçası haline gelmiştir.²⁹

Bununla birlikte, hem AK'nin hem de AİHM'nin büyüyen iş yükünün tek nedeni Doğu Avrupa'dan kaynaklı niceliksel artış değildir. Bir kere, daha önce seçimlik olan Koruma Sistemi'ne üyelik önce fiilen 1998'de, 11. Protokol'ün yürürlüğe girmesiyle de hukuken zorunlu hale gelmiştir. Böylece Sözleşme'ye taraf ve fakat koruma sistemine tabi olmayan Konsey üyesi kalmamıştır. İkinci olarak; daha önce Koruma Sistemine tabi olan üye devletlerde de Sözleşme ve koruma sistemine ilgi artmıştır.³⁰ Bu ilgi hem hukuk kamuoyunda hem de genel kamuoyunda Sözleşmenin bilinirliğini ve etkisini artırmıştır.

Üçüncü olarak; Koruma Sistemi'ne eklenen yeni Devletler daha önce karşılaşıldan farklı tip davaların Strazburg organlarının önüne gelmesine neden olmuştur. İlk dönem içtihadı, daha çok liberal demokrasilerde temel hak ve özgürlüklerin hangi koşullarda sınırlandırılmasının meşru sayılabileceğine ilişkin, 1990 sonrası davalar Sözleşme organlarının geçiş dönemine ilişkin sorunlara müdahalesini zorunlu kılmıştır. Yeni dönem davaların iki önemli tipini vurgulamak gerekir.

Birinci tip davalar, genişleme sonrası davalardır. Bu davalar, Konsey'e yeni katılan Doğu Avrupa devletlerinin demokrasiye geçiş döneminde karşılaştıkları sorunlarından kaynaklanmaktadır.³¹

27 Lozidiou/Türkiye (Preliminary Issues), 23.3.1995, Series A no. 310.

28 Sırasıyla 1986 yılında 2869, 1987'de 3675, 1998'de 16353 ve 1999'da 20399 bireysel başvuru yapılmıştır.

29 Özellikle Rusya Federasyonu'nun Sözleşme standartlarına uygun koşullara sahip olmamasına rağmen AK'ye ve AİHS sistemine dâhil olması geniş tartışmalara yol açmıştır. Bkz. Mark Janis (1997), "Russia and the 'Legality' of Strasbourg Law", 1 EJIL 93.

30 1974 yılında Fransa Mahkeme'nin zorunlu yargı yetkisini kabul edinceye kadar Mahkeme'nin hakkında karar verdiği tek büyük ülke Federal Almanya'dır. Bu nedenle eski Komisyon üyesi Frowein bu dönemi "uyuyan güzel" dönemi olarak nitelirmektedir. J. Frowein (1984), "European Integration through Fundamental Rights", 18 Michigan Journal of Law Reform 5, 8.

31 Tomuschat bu durumu Sözleşme'nin ağırlık merkezinin batıdan doğuya kayması şeklinde açıklamaktadır. C. Tomuschat, "The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions", Rüdiger Wolfrum ve Ulrike Deutsch (yay. haz.), The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions (Berlin: Springer Verlag 2009) s. 69, 71.



Bu tür başvurular hem Batı Avrupa için atipiktir hem de sayıca çoktur. Atipiktir; çünkü kesin yargı hükmünün iptal edilmesi³² veya verilen kararların uygulanmaması³³ gibi temel hukuk devleti ilkeleri ile çelişik niteliktedir. Çok sayıdadır; çünkü rejim değişikliğinden mülkiyet hakkı etkilenen veya komünist rejimde oynadığı rol nedeniyle yeni dönemde her türlü hakları kısıtlanan³⁴ on binlerce kişi AİHM'ye başvurmuştur. Örneğin, bir yasal düzenlemenin 80.000 kişiyi etkilediği ve AİHM'nin ilk pilot kararına kaynaklık eden Broniowski vakası bu açıdan tipik bir örnektir. Broniowski vakası, II. Dünya Savaşı öncesindeki gayrimenkulleri Sovyetler Birliği sınırlarında kalan ve anılan dönemdeki anlaşmalar uyarınca kendilerine bu malların karşılığı olarak Polonya'da gayrimenkul verilmesi gereken Polonya vatandaşlarının yaptığı 187 başvurudan biridir. Soruna çözüm bulunmaması halinde, bu sorunun çok fazla sayıda yeni başvuruya vücut vereceği tahmin edilmektedir.³⁵

İkinci tip davalar ise ağır insan hakları ihlallerinden kaynaklanan başvurulardır. 1990'ların ilk yarısında Türkiye, ikinci yarısında ise Rusya Federasyonu aleyhine ağır insan hakları ihlallerinin Strazburg'a taşınmaya başladığı görülmüştür. Her iki devlet aleyhine yapılan başvurular da daha önce Sözleşme organlarının karşılaşmadığı düzeyde ağır ihlallerin incelenmesini gerektirmiştir. Gelişen dönemde Mahkeme'nin dikkatine sunulan davalar sorunun sadece bu iki üye devletle de sınırlı olmadığını göstermiştir.³⁶ AİHM'nin ilk defa işkence yasağının iptal edildiğini saptadığı Aksoy/Türkiye³⁷ davasında karar 1996'da verilmiştir. 2020 sonunda toplam 171 davada işkence yasağının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır. Yaşam hakkının esas bakımından ihlal edildiği vaka sayısı da 577'dir.³⁸ Batı Avrupa'dan da benzer ihlal kararlarına neden olan olayların³⁹ AİHM'nin dikkatine sunulmasının yanında, yeni üyelerde sorunun sistemik nitelikli olduğu görülmektedir⁴⁰. Ağır insan hakları ihlalleri hem esas hem de usul açısından Sözleşme organlarını yeni tip sorunlarla karşı karşıya bırakmıştır. Taraf Devletlerin en kritik sorunlarından sınır dışı operasyonlara⁴¹, uluslararası nitelik taşıyan⁴² ve taşımayan⁴³ silahlı çatışmalara kadar birçok konu Komisyon ve Mahkeme'nin önüne taşınmıştır. Önce Komisyon daha sonra da Mahkeme, Strazburg denetiminin bir 4. derece denetimi olmadığı açıkça belirtilmiş olmasına rağmen⁴⁴ olgu saptama duruşmaları yapmak zorunda kalmış ve ihlal iddiası olan vakalara ilişkin verileri doğrudan toplama yoluna gitmiştir.⁴⁵ Yeni tip başvuruların Strazburg'a ulaşması, insan hakları hukuku ve uluslararası hukuka ilişkin birçok yeni kavramın tartışılmasını zorunlu kılmıştır. AİHM; vicdani ret örneğinde görüldüğü gibi yeni hak tanımları yapmak, sınır dışı operasyonlarda tartışıldığı

32 Brumarescu/Romanya, 28.10.1999.

33 Burdov/Rusya (no. 2), no. 33509/04, 15.1.2009; Yuriy Nikolayevic Ivanov/Ukrayna, no. 40450/04, 15.10.2009.

34 Sidabras ve Dziautas/Litvanya, no. 55480/00 and 59330/00, 27.7.2004.

35 Broniowski/Polonya, no. 31443/96, 22.6.2004. Bir diğer pilot karar Hutten-Czapska/Polonya yine tipik bir sistemik mülkiyet sorunundan kaynaklanmaktadır. No. 35014/97, 19.6.2006.

36 Türkiye ve Rusya davaları dışında da örneğin, Azerbaycan (örn. Mammadov (Jalaloglu)/Azerbaycan, no. 34445/04, 11.1.2007), Moldova (Ciorap/Moldova, no. 12066/02, 19.6.2007), Ukrayna (Gongadze/Ukrayna, 34056/02, 08.11.2005), Bulgaristan'dan (Nachova/Bulgaristan, no. 43577/98, 06.07.2005) da ağır ihlal başvuruları gelmiştir.

37 Aksoy/Türkiye, no. 21987/93, 18.12.1996.

38 European Court of Human Rights (2020), Annual Report 2020, (Strasbourg: CoE), s. 165.

39 Örneğin, Selmouni/Fransa [BD], no. 25803/94, 28.07.1999.

40 Ananyev ve Diğerleri/Rusya, no. 42525/07 ve 60800/08, 10.1.2012; Kaverzin/Ukrayna, no. 23893/03, 15.5.2012; Orchowski/Polonya, no. 17885/04, 22.11.2009 Mahkeme 3. madde ihlallerinin sistemik bir sorundan kaynaklandığını belirleyerek, Sözleşme'nin 46. maddesi uyarınca davalı devletlerden genel önlem almasını istemiştir.

41 Bankovic ve Diğerleri/Belçika ve Diğerleri, no. 52207/99, RJI 2001-XII, Ilasçu ve Diğerleri/Rusya ve Moldova, 8.7.2004, 2004-II (BD).

42 Gürcistan/Rusya, no. 13255/07 ve 38263/08. Her iki başvuru da Büyük Daire önündedir.

43 Isayeva/Rusya, no. 57950/00, 24.2.2005; Ergi/Türkiye, no. 23818/94, 28.7.1998.

44 Kemmache/Fransa (no. 3), 24.11. 1994, Series A no. 296-C, para. 44.

45 Ayrıntılı bilgi için bkz. P. Leach, C. Paraskeva ve G. Uzelac (2009), International Human Rights and Fact Finding, (Londra: London Metropolitan University)



gibi yetki ve aile içi şiddet ve faili meçhul cinayet davalarında olduğu gibi atıf sorunlarını çözümlemek zorunda kalmıştır. Şüphesiz bu gelişmelere başka niteliksel yenilikler de eklenebilir.⁴⁶

Niteliksel ve niteliksel iş yükündeki bu büyük artışa cevap olarak ilk reform girişimi meyvesini 11. Protokol'le vermiştir. 11. Protokol'ün yürürlüğe girmesi ile ikili denetim sistemi sonlanmış, AİHM'nin yargı yetkisi tüm Taraf Devletler açısından zorunlu hale gelmiş, Bakanlar Komitesi'nin yarı yargısal yetkileri kaldırılmış ve üç kişiden oluşacak Komitelere başvuruları kabul edilemez bulma yetkisi verilmiştir.

Bununla birlikte, bu yenilikler hızla artan başvuruları eritmek için yeterli olmamıştır. İki yıldan kısa bir süre içerisinde, Mahkeme, tarihi boyunca verdiği karardan sayıca daha çok karar vermesine rağmen⁴⁷ AİHM'nin krizden çıkamadığı kısa sürede anlaşılmıştır. 2000 yılında, dönemin Mahkeme Başkanı Wildhaber, yeni önlemlerin düşünülmemesi halinde sistemin on yıl içinde çökeceğini belirtmiştir.⁴⁸ Gerçekten 11. Protokol sisteminin son uygulandığı 2009 yılında bir yargısal merciye tevdi edilen 57.100 başvuru⁴⁹ karşısında 35.460 başvuru karara bağlanabilmiştir. Başvuruların sadece 2,395 tanesi hakkında esastan karar verilirken (*judgment*), 33.065 başvuru kabul edilemez bulunmuş veya listeden düşülmüştür.⁵⁰ Bu rakamlar giderek daha verimli çalışan AİHM'nin tüm çabalara rağmen bir sene içerisinde yaklaşık 22.000 başvuru açığı verdiğini göstermektedir. 2000'lerin sonuna gelindiğinde ise artık iş yükü Sözleşme sistemini imha edecek düzeye gelmiştir. Daha önceki yıllardan birikmiş başvurularla birlikte 2009 yılında derdest dosya sayısı 119,298'e ulaşmıştır.⁵¹

Dahası aslında yapılan başvuruların büyük kısmı aynı devletler aleyhinedir. 2011 yılında 37 devlet aleyhine yapılan toplam başvuru sayısı (%22.4), sadece Rusya aleyhine yapılandan (%26.6) daha azdır. İhlal açısından beş büyük devlet aleyhine yapılan başvurular (Rusya (26.6), Türkiye (10.5), İtalya (9.1), Romanya (8.1) ve Ukrayna (6.8)) toplam başvuruların % 60'ından fazladır.⁵² Bu rakamlar, yeni dönemde her başvurucuya bireysel adalet sağlama mantığına dayalı Sözleşme sisteminin karşılayamayacağı bir yükü karşı karşıya kalındığını ortaya koymaktadır.

C. III. Dönem: Reformun Reformu ya da Yeni Bir Sözleşme

Sözleşme sisteminin krizinin sürekliliği, Bates'in ifade ettiği gibi önce "reformun reformu"nu (2001-2004) ve daha sonra "reformun reformunun reformu"nu (2004'den itibaren) zorunlu kılmıştır.⁵³ İkinci reform süreci, Wildhaber'in uyarısını izleyen dönemde Roma Toplantısı ile başlamıştır.⁵⁴ Bu dönemde; çıkarılan çok sayıda rapor, bildirme, tavsiye ve kararlar sorunun

46 Açık Toplum Adalet Girişimi, şu önemli gelişmeleri de iş yükünün artışına etken olarak saymaktadır: 5. ve 6. maddelere ilişkin usul ihlali iddialarının artması, pozitif ödev kavramının gelişmesi, azınlık haklarına ilişkin talep ve kararların artması. Open Society Justice Initiative (2010), From Judgment to Justice, (Open Society Foundations: New York), s. 36-38.

47 Basın Bülteni: "European Court of Human Rights Delivers more Judgments in Two Years than its Predecessor in 39 Years", 05 Aralık 2000.

48 L. Wildhaber (2000), "The Volume of Work is Already Daunting", 20 HRLJ 114.

49 Bu rakam, 2011 yılında 64,500'e ulaşmıştır.

50 European Court of Human Rights (2010), Annual Report 2009, (Strasbourg: CoE), s. 139.

51 Aynı yerde, s. 140.

52 European Court of Human Rights (2012), Annual Report 2011, (Strasbourg: CoE), s. 153.

53 Bates, s. 495.

54 Council of Europe (2002), European Ministerial Conference on Human Rights, Rome (3-4 November 2000), (Strasbourg: Council of Europe).



sürekliliğini sergilemek açısından önemlidir.⁵⁵ Bu sürecin bir parçası 14. Protokoldür.⁵⁶ Ancak yürürlüğe girmesi imzaya açılmasından 6 yıl sonra gerçekleşen 14. Protokol'ün yanında; reformun Bakanlar Komitesi kararları, AİHM içtüzüğü değişiklikleri ve uygulama yoluyla gerçekleştirilen ikinci bir halkası daha vardır.

2000 sonrası reform çalışmasının ana teması, 1998 reformundan farklı olarak mevcut başvuruları eritmekle sınırlı değildir. Tüm başvuruları eritmenin mümkün olmadığı görülmesi sonrasında temel soru; Mahkeme'nin önüne gelen her davaya bakan bir mahkeme mi, yoksa Anayasal nitelikleri ağır basan bir mahkeme⁵⁷ mi olacağıdır. Bu sorunun sorulmasına neden olan iki önemli olgu vardır.⁵⁸ Birincisi hala başvuruların büyük bir kısmı kabul edilemez bulunmaktadır. Çok az sayıda başvuru kabul edilebilirlik ölçütlerini yerine getirerek esastan incelenmektedir. Bütün başvurular dikkate alındığında toplam başvuruların sadece % 4'ü esastan incelenmektedir.⁵⁹ 2008'de 30,164 başvuru kabul edilemez bulunurken sadece 1,671 başvuru kabul edilebilirlik aşamasını geçmiştir.⁶⁰

İkinci temel olgu ise kabul edilen ve esasına girilen başvuruların birbirini tekrar eden ihlallerden yani kopya davalardan oluşmasıdır. Bu dava tipi, ilk olarak makul sürede tamamlanmayan yargılamalar nedeniyle gündeme gelmiş⁶¹, ancak başta adil yargılanma olmak üzere diğer hükümler açısından da sorun yaratmaya devam etmiştir. 14. Protokol'ün gerekçesinde esastan verilen kararların %50-60 oranında tekrar niteliğindeki başvurulardan kaynaklandığı ifade edilmiştir.⁶² Bu oranın daha yüksek olduğunu belirten kaynaklar mevcuttur.⁶³ Bakanlar Komitesi'nin 2009 yılı raporunda Türkiye aleyhine verilmiş ve uygulanmayı bekleyen kararların % 89.95'inin kopya veya izole davalardan kaynaklandığı belirtilmektedir.⁶⁴

Nihayet, bu iki olgunun sonucu niteliğindeki ve tüm reform sürecinin giderek yükselen üçüncü teması AİHM kararlarının uygulanmasının hızlandırılmasıdır. 1990'ların ortalarına kadar hükümetlerin, kararlara genelde uydukları düşünülürken, 11. Protokol sonrası dönemde aslında durumun zannedildiği kadar sorunsuz olmadığı anlaşılmıştır.⁶⁵ Hükümetlerin özellikle genel nitelikli önlemleri uygulamadaki yavaşlıkları yanında, kararların uygulanmasını denetlemekle

55 Avrupa Konseyi'nin çeşitli birimleri tarafından hazırlanan resmi raporlar arasında şunlar sayılabilir: J. Harman, L. Wildhaber and H.C. Kruger, Report of the Evaluation Group to the Committee of Ministers on the European Court of Human Rights (27 Eylül, 2001); Lord Woolf et al., Review of the Working Methods of the European Court of Human Rights (Aralık 2005); Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers (Strasbourg: Council of Europe, Kasım 2006); Opinion of the Court on the Wise Persons' Report (2 Nisan, 2007).

56 İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşmenin Oluşturduğu Denetim Mekanizmasının Değiştirilmesine İlişkin 14 No'lu Protokol. RG: 8 Ağustos 2006, S. 26253.

57 Robert Harmsen, "The European Court of Human Rights as a 'Constitutional Court': Definitional Debates and the Dynamics of Reform" Judges, Transition and Human Rights (John Morison, Kieran McEvoy & Gordon Anthony eds, 2007), s. 33; Luzius Wildhaber, A Constitutional Future for the European Court of Human Rights?, (2002) 23 Human Rights Law Journal 161; Steven Greer (2006), The European Convention on Human Rights, (Cambridge: CUP).

58 Bu saptamanın en açık yapıldığı resmi metinlerden biri İnsan Hakları Yürütme Kurulu'nun Interlaken Zirvesi öncesi hazırladığı görüştür: CM(2009)181, 2 December 2009, para. 5-7.

59 European Court of Human Rights, Statistics on Judgments by State, http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/E6B7605E-6D3C-4E85-A84D-6DD59C69F212/0/Graphique_violation_en.pdf. Bu oran bazı devletler açısından %1'e kadar düşmekle birlikte, Türkiye açısından %12'dir.

60 European Court of Human Rights (2009), Annual Report 2008, (Strasbourg: CoE), s. 127.

61 Kudla/Polonya, no. 30210/96, 26.10.2000. Daha yakın tarihli olarak Ümmühan Kaplan/Türkiye, no. 24240/07, 20.3.2012.

62 Explanatory Report, para. 7.

63 P. Leach (2009), 'On Reform of the European Court of Human Rights', 6 EHRLR 725, 727.

64 Toplam 1232 kararın 1107'si kopya veya izole niteliktedir. Committee of Ministers - Supervision of the execution of the judgments of the European Court of Human Rights - 3rd Annual Report 2009.

65 Ed Bates (2005), "Supervising the Execution of Judgments Delivered by the European Court of Human Rights: The Challenges Facing the Committee of Ministers", (Theodora A. Christou ve Juan Pablo Raymond, yay. haz.), European Court of Human Rights: Remedies and Execution of Judgments, (Londra: The British Institute of International and Comparative Law), s. 51; Open Society Justice Initiative (2010), From Judgment to Justice, (Open Society Foundations: New York), s. 34.



görevli Bakanlar Komitesi'nin, kararlara ilişkin alınacak genel önlemlerin ne olacağına yorumlanmasına ilişkin sorunlarla sıklıkla karşılaştığı bilinmektedir.⁶⁶ 2011 yılı verilerine göre, 5 yıldan fazla süredir uygulanmayı bekleyen öncü dava sayısı 278, 2 ila 5 yıldır Bakanlar Komitesi önünde infazı izlenen öncü dava sayısı ise 545'tir.⁶⁷ Bakanlar Komitesi'nin belirttiği gibi "Kıtanın demokratik istikrarının bağlı olduğu Avrupa kamu düzeninin anayasal aracı olan AİHS'nin güvenilirliği ve etkililiği açısından hızlı ve etkili infaz zorunluluk arz etmektedir".⁶⁸

14. Protokol ve Reform sürecinin diğer enstrümanları bu üç soruna çözüm getirmeyi⁶⁹ amaçlayan çeşitli hükümler içermektedir. Şüphesiz ikinci reform sürecinin en önemli meyvesi AİHS denetim mekanizmasını değiştiren 14. Protokol'dür. 14. Protokol, her üç sorun tipine ilişkin kurallar içermektedir. İlk soruna ilişkin olarak, 14. Protokol'ün 7. maddesi şu yeni yöntemi öngörmektedir:

"1- Yeniden incelemeye gerek olmaksızın karar alınabilecek hallerde, tek yargıç, 34'üncü maddeye uygun olarak Mahkeme'ye iletilen bir başvuruyu kabul edilemez bulabilir veya kayıtan düşürebilir"

Bu düzenleme ile daha önce üç yargıçtan oluşan komitelerin verebildiği kabul edilemezlik kararları tek yargıç tarafından verilebilir hale gelmiştir. AİHM yargıçları rotasyonla bu göreve gelmektedir. 2011 istatistiklerine göre başvuruların en büyük bölümü tek yargıcın kabul edilemezlik kararıyla nihayete ermektedir.⁷⁰ 14. Protokolün iş yükünü hafifletme anlamında en önemli etkisi bu hükümle gerçekleşmiştir. Gerçekten de 2013 yılı sonunda tek hakim formasyonun önünde olan 59.850 başvuru, yıl sonunda 26,500'e⁷¹, 2014 yılı sonunda da 8,200'e düşmüştür.⁷² 2020 yılı sonunda bu formasyon önündeki başvuru sayıları 4.500-5.000 civarındadır.⁷³

Ayrıca Protokol'e göre, Sözleşme ve Protokollerde belirtilen insan haklarına saygı ilkesi gereğince başvurunun esası hakkında incelemeye gerek bulunması ve başvuruya konu olayın iç hukuk mahkemesince yeterince incelenmemiş olması durumları hariç olmak üzere, başvuranın önemli mağduriyetinin bulunmaması durumunda da kabul edilemezlik kararı verilebilecektir.⁷⁴ Ateşli tartışmalara yol açan bu hüküm önemsiz başvuruların Mahkemeyi meşgul etmemesini amaçlamaktadır. Hükmün uygulamasının etkili başvuru hakkını kısıtlayabileceğine dair endişelere rağmen,⁷⁵ bu yeni ölçüt sınırlı bir uygulama alanı bulmuştur.⁷⁶ 15. Protokolle maddeden "ulusal mahkeme tarafından yeterince incelenmemiş olması durumları hariç olmak üzere" ölçütü kaldırılmıştır.⁷⁷ Bu değişikliğin maddenin uygulanma ihtimalini yükseltip yükseltmeyeceği zaman içinde görülecektir.

66 Konuya ilişkin Venedik Komisyonu'nun şu raporuna bakılabilir: European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), Opinion on the Implementation of the Judgments of the European Court of Human Rights, para. 76, Op. No. 209/2002, CDL-AD (2002)034 (Dec. 18, 2002).

67 Committee of Ministers (2012), Supervision of the execution of judgments and decisions of the European Court of Human Rights, Annual Report 2011, s. 16.

68 Implementation of Decisions of the European Court of Human Rights by Turkey Parliamentary Assembly Recommendation 1576 (2002), CM/AS(2003)Rec1576 final 31 March 2003, para. 1

69 Üçlü reformun; AİHM usulünün etkililiğinin, AİHS'nin genel olarak iç hukukta uygulanmasının ve Mahkeme kararlarının infazının geliştirilmesi üzerine kurulu olduğu da ifade edilmektedir. Ancak biz son iki hususun birbirinden çok bağımsız olmadığını düşünüyoruz.

70 Bkz. aşağıda not 87.

71 European Court of Human Rights (2014), Annual Report 2013, (Strasbourg: CoE), s. 190.

72 European Court of Human Rights (2015), Annual Report 2014, (Strasbourg: CoE), s. 165.

73 European Court of Human Rights (2021), Annual Report 2020, (Strasbourg: CoE), s. 155.

74 Protokol'ün 12. maddesi, AİHS'nin 35. maddesinin b bendinin bu şekilde düzenlenmesini öngörmektedir.

75 Konuyla ilgili ayrıntılı bir tartışma için bkz. H. Burak Gemalmaz (2011), "AİHM Yargısında Yeni Dönem: Protokol No. 14'le Getirilen Yeni Kabul Edilebilirlik Ölçütünün Uygulanmasına Eleştirel Bakış", 31 MHB 209.

76 Öncü kararlar için bkz. Shefer/Rusya (kabul edilemezlik kararı), no. 45175/04, 13.3.2012; Korolev/Rusya (kabul edilemezlik kararı), no. 25551/05, 1.7.2010; Ladygin/Rusya (kabul edilemezlik kararı), no. 35365/05, 30.8.2011.

77 15. Protokolün 5. Maddesi.



14. Protokolün temelsiz olan ve kabul edilemez nitelikte bulunan başvurular açısından istatistiksel bir gelişme getirdiği görülebilmektedir. Ama Mahkemenin sorunu sadece temelsiz başvurular değildir, hatta daha önemlisi sistematik bir şekilde ihlal edilen haklar sorunudur. Bu nedenle, ikinci sorun tipi -kopya davalar- için ise 14. Protokol, AİHS'nin 28. maddesinde değişikliğe gitmektedir. Buna göre anılan maddenin b bendi şu şekilde değiştirmiştir: "b. Davanın temelini teşkil eden sorun, Sözleşme veya Protokollerinin uygulanması veya yorumlanması ile ilgili olup, zaten Mahkeme'nin yerleşmiş içtihadına ilişkin ise, davayı kabul edilebilir bulabilir ve aynı anda davanın esasına ilişkin karar verebilir". Bu düzenlemeye göre, üç kişilik komitelerin kabul edilebilirlikle birlikte kopya davalarda esastan da karar verebilmesi mümkün kılınmıştır. Ayrıca 14. Protokol öncesinde tüm kararların yedi kişilik daireler tarafından verilmesi öngörüldüğü için bu yeni yöntemin önemli bir zaman kazandıracağı düşünülmüştür. Bu şekilde, uygulamada giderek yaygınlaşan⁷⁸, kabul edilebilirlik kararıyla birlikte esastan karar verilmesi usulünün genel kural haline getirilmesi planlanmaktadır. Reform sürecinde en önemli rollerden birini oynayan Bakanlar Komitesi'ne bağlı İnsan Hakları Yönlendirme Komitesi bu yeni sistemin iş yükünün azalmasına ciddi bir katkısı olacağını düşünmüştür.⁷⁹

AİHM kararlarının infazına ilişkin üçüncü sorun tipine yönelik olarak, 14. Protokol Bakanlar Komitesi'ne iki yeni yetki vermektedir. 14. Protokol'ün 16. maddesiyle, Sözleşme'nin 46. maddesine şu kurallar eklenmektedir:

"3- Bakanlar Komitesi kesin kararın icrasının denetlenmesinin kararın yorumlanmasına dair bir mesele tarafından engellendiği görüşünde ise, konuyu yorum meselesi hakkında bir hüküm vermesi için Mahkeme'ye gönderebilir. Gönderme kararının Komite'ye katılmaya yetkili temsilcilerin üçte iki oy çoğunluğuyla verilmesi gerekir.

4- Bakanlar Komitesi bir Yüksek Akit Taraf'ın, taraf olduğu davada verilen kesin karara uymayı reddettiği görüşünde ise, ilgili tarafa resmi bir ihbar tebliğ ettikten sonra ve Komite'ye katılmaya yetkili temsilcilerin üçte iki oy çokluğuyla aldıkları kararlar, ilgili tarafın 1. fıkrada öngörülen yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği meselesini Mahkeme'ye intikal ettirebilir."⁸⁰

Bakanlar Komitesi, ihlal prosedürüne ilk defa Ilgar Mammadov/Azərbaycan kararında başvurmuştur. Azərbaycan'ın AİHM'in ihlal kararının⁸¹ gerektirdiği bireysel önlemleri ısrarla almayınca Bakanlar Komitesi, Sözleşmenin 46 maddesinin 4. Fıkrası uyarınca uygulanmayan kararı tekrara Mahkemenin önüne getirmiştir.⁸² AİHM, Ilgar Mammadov ihlal prosedürü kararında ilk defa bir taraf devletin Mahkeme kararının gereğini yerine getirip getirmediğini karara bağlamış ve Azərbaycan'ın Sözleşmenin 46. maddesinin 1. fıkrasını ihlal ettiğine karar vermiştir.⁸³

Daha yakın tarihte, Bakanlar Komitesi, Kavala/Türkiye kararının⁸⁴ 1,5 yıl ve beş Bakanlar Komitesi kararı sonrasında, gereğinin ısrarlı bir şekilde yerine getirilmemesi sonrasında başvuru- nun tahliye edilmemesi halinde Sözleşmenin 46. maddesinin 4. fıkrası uyarınca ihlal prosedürü dahil olmak üzere Organizasyonun elindeki tüm araçlarla yerine getirme konusundaki kararlılığını vurgulamıştır.⁸⁵

78 Esasen AİHS'nin 29. maddesinin 3. fıkrasına göre, kabul edilebilirlik ve esasa ilişkin kararlar sadece istisnai durumlarda birlikte verilebilir. Ancak uygulamada bu tür kararların sayısı hızla artmaktadır. 14. Protokol bu yöntemi istisna olmaktan çıkarmaktadır. Explanatory Report, para. 73.

79 Steering Committee for Human Rights, Impact Assessments of Some of the Reform Proposals Under Consideration, 12 March 2003, CDDH-GDR(2003)017, at para. 11; Explanatory Report, para. 70.

80 Uygulamanın denetlenmesi amacıyla Mahkemeye başvurma konusu III.D.1 bölümünde ayrıntıları ile incelenecektir.

81 Ilgar Mammadov /Azərbaycan, no. 15172/13, 22.5. 2014.

82 CM/ResDH(2017)429.

83 Ilgar Mammadov /Azərbaycan (46/4 Kararı), no. 15172/13, 29.5.2019.

84 Kavala/Türkiye, no. 28749/18, 10.12.2019.

85 CM/Del/Dec(2021)1406/H46-31, 10.6.2021.



AİHM kararlarının izlenmesine ilişkin proje, daha ziyade bu üç olgudan ikinci ve üçüncüsüne, yani kopya davalar ve kararların icrası sorununa katkı sunma potansiyeli taşımaktadır. Mahkeme Kalemi tarafından gerçekleştirilen yeni filtreleme yöntemi⁸⁶, çoğu tek yargıç önünde devam eden kabul edilemez nitelikte başvurunun hızlı bir şekilde çözümlenmesi yönünde önemli bir yol almıştır.⁸⁷ Nitekim 2010 Interlaken toplantısı sırasında 160.000'e kadar çıkan derdest başvuru sayısı, 2018 Kopenhag toplantısı yapıldığı sırada 56.000'e kadar inmiştir.⁸⁸ Bununla birlikte, Komite ve Daireler tarafından incelenen kopya davaların ayıklanmasının daha zor olacağı görülmektedir.⁸⁹ Üç yargıçlı komitelerin verdiği esasa ilişkin kararların tek yargıçlı kabul edilemezlik kararları kadar büyük bir ivme kazanması mümkün değildir. Bu durum ulusal düzeyde kararların uygulanmasının önemini artırmaktadır. Şüphesiz çalışma modeli açısından komiteler dairelerden daha hızlı karar vermektedir. Ancak esastan incelenen kararlar zorunlu olarak olayların irdelenmesini gerektirdiği için kaliteyi düşürmeden, bu alanda kazanılabilecek hız sınırlıdır.

D. Reform Süreci Sonrasında AİHM ve “Yerindenlik Çağı”

Yukarıda açıklanan üç dönem, Sözleşmenin kuruluş aşamasından itibaren hem maddi hukukun hem de koruma mekanizmasının iki temel tartışma noktasının etrafında geliştiğini göstermektedir. Bu tartışma konularından birincisi; AİHS sisteminin sadece ihlallerin demokratik rejimi tehdit edecek düzeye geldiğinde mi yoksa ihlalin tespit edildiği her durumda mı devreye girmesi gerektiğine ilişkin tartışmadır. İkincisi ise AİHM'nin her başvuruya cevap veren bir mahkeme mi yoksa anayasal nitelikli kararlar veren bir mahkeme mi olduğu tartışmasıdır. Reform süreci, bu gerilimi melez bir model yaratarak çözmeye çalışmış, bazı başvuruları sistem dışında bırakmış, bazı başvuruları kolayca sonuca ulaştırma yolunu açarken sadece belli davaların Daire ve Büyük Daire tarafından karara bağlanmasını öngörmüştür. Bu çerçevede Mahkeme önünde devam eden başvuruları, inceleyecek birime göre üç gruba ayırmak mümkündür. Açıkça kabul edilemez nitelikteki başvurular tek yargıç tarafından, kopya davalar Komite tarafından ve yeni nitelikli davalar Daireler tarafından karara bağlanacaktır.

Bu ayırım, son reform sürecinin temelindeki tartışmanın bir sonucu olarak değerlendirilebilir. Yukarıda da belirtildiği gibi, Mahkeme'nin anayasal nitelikli kararlar vermesi gerektiğini düşünenler, Mahkeme'nin esaslı sorunlara daha fazla vakit ayırabilecek şekilde yeniden yapılandırılması gerektiğini savunmaktadır. Daireler ve Büyük Daire'nin asli görevinin bu yönde kararlar vermek olarak tanımlanması “anayasal karar” tezinin başarısı olarak görülebilir. Öte yandan, bu görüş üç reform süreci boyunca düzenli olarak mevzi kazanmakla birlikte, etkili bireysel başvuru tezi bütünüyle terk edilmemiştir. Başvuruların sayısını azaltmak üzere alınacak önlemlerin, özellikle başvuruyu harca tabi kılmanın, dayanağı güçlü (*well-founded*) başvuruların önünü kesme riskini de beraberinde getirmektedir. Bu risk algısı, bireysel başvuruların kısıtlanmasına ilişkin taleplerin yoğunlaştığı son dönemde bile etkili başvuru hakkının kısıtlanmaması gerektiğine ilişkin bir sonuca ulaşılmasını sağlamıştır.⁹⁰ Ne var ki, reform sürecinin en önemli meyvesi olan 14.

86 14. Protokol uyarınca tek yargıç açıkça kabul edilemez başvuruları karara bağlayabilmektedir. Bu görev sırasında yargıçlar, Kalemin deneyimli yargı-dışı raporörleri tarafından desteklenmektedir. Mahkeme 2011 yılında aleyhine en çok başvuru alan 5 devletle (Rusya, Türkiye, Ukrayna, Romanya ve Polonya) ilgili olarak filtreleme birimi kurmuştur.

87 Gerçekten de tek yargıç önündeki derdest başvuru sayısı kademeli olarak azalmış ve temel bir sorun olmaktan çıkmıştır. Steering Committee for Human Rights (2012), CDDH Final Report on measures requiring amendment of the European Convention on Human Rights, CDDH(2012)R74 Addendum I, para. 34. Ayrıca bkz. yukarıda 71-73 nolu notlarda verilen veriler.

88 Raimondi, 'Speech', Copenhagen Conference, 11-13 April 2018, s. 2.

89 Aynı yerde, para. 35.

90 Steering Committee for Human Rights (2012), CDDH Final Report on measures requiring amendment of the European Convention on Human Rights, CDDH(2012)R74 Addendum I, para.10.



Protokol'ün de Mahkeme'nin sorunlarına yeterli bir cevap olamayacağını anlaşılması⁹¹ sonrasında bu yönde taleplerin yeniden güçlenmesi şartıdır.

14. Protokole ve başvuru sayılarındaki kısmi iyileşmeye rağmen AİHS sistemi 2010'larda yeni bir sorun dalgasıyla karşılaşmıştır. Bu sorunları üç kategoride sınıflandırmak mümkündür. Sorunların birincisi, AİHM'in meşruiyetine yönelik ağır eleştirilerdir. Bu eleştiriler, AİHM'in yetkisini aşarak demokratik yollarla ulusal makamların aldığı kararları değiştirmeye çalıştığını ileri sürmektedir. Ağırlıklı olarak muhafazakar hükümetlerin iktidara geldiği Batılı devletlerden gelen ve Birleşik Krallık'ın başını çektiği bu eğilim, AİHM'in manevra alanını ciddi bir şekilde daraltmış ve özellikle ulusal makamların yetkisinin artırılmasını hedefleyen yerindenlik ilkesinin sürekli gündeme gelmesine neden olmuştur.⁹²

İkinci sorun, tüm Dünyada yükselen otoriterleşme eğilimlerinin Avrupa Konseyi'nde de önemli sonuçlar doğurmasıdır.⁹³ Bunun istatistiki sonucu bazı ülkelere ilişkin yapılan başvurularda çok ciddi bir artış olmasıdır. 2021 yılının Nisan ayı verilerine göre Mahkeme önünde derdest olan başvuruların yaklaşık %70'i 4 ülke aleyhine yapılan başvurulardan oluşmaktadır. (Rusya (21,6), Türkiye (20,3), Ukrayna (16,3) ve Romanya (11,1)).⁹⁴ 37 ülkenin toplamı ise %11,7'ye düşmüştür. Yerindenlik ilkesi, Sözleşme denetim mekanizmasının görev paylaşımını değiştirmeyi ve öncelikli koruma ödevini ulusal makamlara vermeyi gerektirmektedir. Ancak yerindenlik ilkesinin işleyebilmesi, gerçekten ulusal makamların Sözleşme kural ve ilkelerine bağlı olmasını ve bunları hayata geçirme iradesinin mevcudiyeti halinde mümkündür. Bu iradenin olmadığı rejimler açısından yerindenlik ilkesi, büyük kitlelerin uluslararası mekanizmalara ulaşmasının ertelenmesinden öte bir anlam taşımamaktadır. Ancak yerindenlik ilkesi Sözleşmenin temelinde yerleşince, taraf devletler arasında ayırım yapmak ve bir kısmına bir tür denetim mekanizması diğerlerine ise başka türlü bir denetim mekanizması uygulamak hiç de kolay değildir.

İkinci sorunun nedeni olduğu ve çözülemeyen üçüncü sorun ise otoriter rejimlerin ürettiği ve tüketilmesi mevcut araçlarla mümkün gözükmeyen sağlam temelli başvurular sorunudur. Bir önceki bölümde açıklandığı üzere, 14. Protokol kabul edilemez ve temelsiz başvuruları nihayete erdirmek için bir çözüm getirmiştir. Tek hakimli formasyon, birçok sağlam temelli başvurunun da kabul edilemez bulunmasına da neden olmakla birlikte, niceliksel olarak bu tip başvuruların karara bağlanmasını kolaylaştırmıştır. Ne var ki aynı durumun özellikle ulusal makamların tekrar tekrar ihlal ettiği kopya davalar için geçerli olduğunu söylemek mümkün değildir. Devam eden sorunların aşılması Bakanlar Komitesinin bir dizi yüksek düzeyli konferansta tartışılmıştır.⁹⁵ Hükümetlerin AİHM'i kısıtlama konusundaki kapsamlı girişimi ise nispeten kısıtlı bir sonuç

91 Council of Europe (2011), İzmir Bildirgesi (High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights), para. 8.

92 Mikael Rask Madsen, "The Challenging Authority of the European Court of Human Rights: From Cold War Legal Diplomacy to the Brighton Declaration and Backlash", (2016) 79 L. & Contemp. Probs. 141; Barbara Oomen, "A Serious Case of Strasbourg-Bashing? An Evaluation of the Debates on the Legitimacy of the European Court of Human Rights in the Netherlands", (2016) 20 Int'l J. Hum. Rts 407; The UK and European Human Rights: A Strained Relationship? (Katja S. Ziegler, Elizabeth Wicks, & Loveday Hodson eds., 2015).

93 Jan Petrov, "The Populist Challenge to the European Court of Human Rights", (2020) 18 ICON 476; Bill Bowring, "The crisis of the European Court of Human Rights in the face of authoritarian and populist regimes", in The Future of International Courts (eds. Avidan Kent, Nikos Skoutaris, Jamie Trinidad, 2019)

94 https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_pending_month_2021_BIL.PDF. Bu öncü ülkelerin yanında nüfusu nispeten düşük olmakla birlikte orantısız olarak aleyhine çok sayıda başvuru olan Azerbaycan, Ermenistan, Sırbistan gibi ülkeleri de eklemek gerekir.

95 High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights 'Interlaken Declaration' (19 February 2010) https://www.echr.coe.int/Documents/2010_Interlaken_FinalDeclaration_ENG.pdf; High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights 'Izmir Declaration' (27 April 2011) https://www.echr.coe.int/Documents/2011_Izmir_FinalDeclaration_ENG.pdf; High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights 'Brighton Declaration' (20 April 2012) https://www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_FinalDeclaration_ENG.pdf; High Level Conference on the 'Implementation of the European Convention on Human Rights, our shared responsibility' 'Brussels Declaration' (27 March 2015) https://www.echr.coe.int/Documents/Brussels_Declaration_ENG.pdf; High Level Conference on the European Human Rights System in the Future of Europe 'Copenhagen Declaration' (13 April 2018) <<https://rm.coe.int/copenhagen-declaration/16807b915c>>.



üretmiş ve etkili başvuru yoluna kimi kısıtlamaların yanında yerindenlik ilkesini Sözleşmenin dibacesine yerleştiren 15. Protokolle sınırlı kalmıştır.⁹⁶

Bununla birlikte, bu üç temel sorunun ortak paydası, AİHM Başkanı Spano'nun "Yerindelik Çağı" olarak nitelediği⁹⁷ dönemde ulusal mekanizmaların öneminin artmasıdır. Mahkeme içinde de yankı bulan bu yeni yaklaşım, AİHM'in esasa ilişkin ilkeleri geliştirdiği dönemden farklı olarak bu ilkelerin ulusal hukuka aktarılıp aktarılmadığının usul bakımından denetlenmesi üzerine inşa edilmiştir. Bu düşünceye göre AİHM'in görevi ulusal mercilerin AİHM tarafından geliştirdiği ilkeleri uygulayıp uygulamadığını denetlemekten ibaret olacaktır. Eğer ulusal makamlar AİHM'in geliştirdiği ölçütleri uygularlarsa, yerel ihtiyaçları en iyi onlar bileceği için, takdir marjı da dikkate alınarak bu uygulama sonucundan bağımsız olarak Sözleşmenin ihlal edilmediği sonucuna ulaşılabilecektir. Ancak eğer bu ölçütler uygulanmadan bir hakka müdahale edildiyse bu durumda Sözleşmenin ihlal edildiği sonucuna ulaşılabilecektir. Bu yeni yaklaşım esastan çok usule yoğunlaştığı için bu yeni muhakeme sürecini tarif etmek üzere "usuli adalet" (*procedural justice*), "usul temelli inceleme" (*process-based review*) veya "usule dönüş" (*procedural turn*) kavramları kullanılmaktadır.⁹⁸

Usule dönüş yaklaşımı Brighton Bildirgesinde⁹⁹ yerindenlik ilkesinin öne çıkmasıyla güçlenmiş, sonrasında Kopenhag Bildirgesine¹⁰⁰ kadar Bakanlar Komitesinin tüm üst düzey toplantılarında ifade edilmiştir. Brüksel'de yapılan üst Düzey toplantının "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin uygulanması, ortak paylaşılmış sorumluluğumuz"¹⁰¹ başlığını taşıması bu nedenle bir tesadüf değildir. Sorumluluğun paylaşılması kavramı Mahkemeye yönelik kararların taraf devletlerin "egemenliğine müdahale edildiği" eleştirisinin yumuşatılmasını sağlamıştır. Buna göre, Sözleşmenin Avrupa Konseyi'ne taraf devletlerde uygulanmasında asli ödev ulusal mercilerindir. Mahkemenin görevi ikincildir. O nedenle, yerindenlik ilkesi Sözleşme sisteminde hayata usul temelli inceleme yöntemiyle girmektedir.¹⁰² Bu ikincil ödev standartları belirlemek ve bu standartların uygulanıp uygulanmadığını denetlemekten ibaret olacaktır. Ancak bu idealin gerçekleşmesi ancak ulusal makamların bu sorumluluğu yerine getirmesi ile mümkün olabilir. Kopenhag Bildirgesi, bu sorumluluğun hayata geçirilmesinde parlamentoların da dahil olduğu farklı ulusal makamların da görevi olduğunu belirtmektedir.¹⁰³ Gerçekten bu ödevi yerine getirmeyen

96 Konferansların sınırlı etkisi ile ilgili olarak bkz. L. R. Glas, "From Interlaken to Copenhagen: What Has Become of the Proposals Aiming to Reform the Functioning of the European Court of Human Rights?" (2020) 20 HRLR 121.

97 R Spano, 'Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity' (2014) 14 HRLR 487 R Spano, 'The Future of the European Court of Human Rights—Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law' (2018) 18 HRLR 1.

98 E Brems and L Lavrysen, 'Procedural Justice in Human Rights Adjudication: The European Court of Human Rights' (2013) 35 HumRtsQ 176; P Popelier, 'The Court as Regulatory Watchdog: The Procedural Approach in the Case Law of the European Court of Human Rights' in P Popelier, A Mazmanyan and W Vandenbruwaene (eds), *The Role of Constitutional Courts in Multilevel Governance* (Intersentia 2013) 249; OM Arnardottir, 'The "Procedural Turn" under the European Convention on Human Rights and Presumptions of Convention Compliance' (2017) 15 ICON 9; P Popelier and C Van de Heyning, 'Subsidiarity Post Brighton: Procedural Rationality the Answer' (2017) 30(1) LJIL 5 JH Gerards and E Brems, 'Procedural Review in European Fundamental Rights Cases: Introduction' in JH Gerards and E Brems (eds), *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases* (Cambridge University Press 2017) 1; LM Huijbers, 'The European Court of Human Rights' Procedural Approach in the Age of Subsidiarity' (2017) 6 CILJ 177; T Kleinlein, 'The Procedural Approach of the European Court of Human Rights: Between Subsidiarity and Dynamic Evolution', (2019) 68 ICLQ 91; Peter Cumper ve Tom Lewis, "Blanket Bans, Subsidiarity, and the Procedural Turn of the European Court of Human Rights", (2019) 68 ICLQ 611; E Brems, "Positive Subsidiarity and Its Implications for the Margin of Appreciation Doctrine" (2019) 37(3) NQHR 210.

99 High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights 'Brighton Declaration' (20 April 2012) <http://www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_FinalDeclaration_ENG.pdf>

100 High Level Conference on 'the European Human Rights System in the Future Europe' (13 April 2018) 'Copenhagen Declaration' <<https://rm.coe.int/copenhagen-declaration/16807b915c>>

101 High-Level Conference on the 'Implementation of the European Convention on Human Rights, Our Shared Responsibility' (27 March 2015) 'Brussels Declaration' <https://www.echr.coe.int/Documents/Brussels_Declaration_ENG.pdf>.

102 Spano (2018), s. 481.

103 Kopenhag Bildirgesi, para. 16.



rejimler açısından usule dönüş yönteminin uygulanması mümkün olmayacak, Mahkemenin esas denetimini yapması gerekecektir.

Bu yeni dönemde Sözleşmenin uygulanmasında asli ödev ulusal makamlarıdır. AİHM kararlarının gerçekten uygulanıp uygulanmadığını denetlemek ise bunu izleyecek ve raporlayacak sivil toplum örgütlerine düşmektedir. Nitekim Kopenhag Bildirgesi, Mahkeme ve Taraf Devletler arasında yapıcı bir diyalogun zorunluluğunu vurgularken sivil toplumun da bu diyalog içerisinde yer alması gerektiğini belirtmiştir.¹⁰⁴

Kanaatimizce, günümüz Avrupasında yerindenlik ilkesinden beklenen sonuçların alınması mümkün değildir. Öncelikle, Mahkemenin şu anki başkanının iddiasının aksine AİHM'in yerindenlik ilkesi ve takdir marjına yaptığı vurgu sanıldığı kadar güçlü değildir.¹⁰⁵ Ama daha önemlisi bu ilke, tüm üyelerin Sözleşme idealleri ışığında iş bölümüne saygı göstermesi halinde bir anlam ifade edebilir. Bu işbölümünün söz konusu olmadığı rejimler açısından yerindenlik ilkesi bir kötüye kullanma aracına dönüşebilir. Nitekim, bu nedenle iyi işleyen ve iş bölümü uyarınca denetimin devredileceği demokrasiler ve bunun mümkün olmadığı ve Mahkemenin esas denetiminin yapılmasının zorunlu olduğu rejimler arasında bir farklılık doğması kaçınılmaz gözükmektedir.¹⁰⁶ Öte yandan yerindenlik ilkesi bu son dönemde ağırlıklı olarak Mahkemenin yetkilerinin kısıtlanması olarak anlaşılacakla birlikte, bu kavrama pozitif bir anlam yükleyerek devletlerin Sözleşmeden kaynaklanan ödevlerinin somutlaştırılması için bir araca döndürülmesi de mümkündür.¹⁰⁷ Taraf Devletler, ortada bir ihlal yokken etkili denetim mekanizmaları kurmak zorunda oldukları gibi ihlalin AİHM tarafından tespit edilmesini takiben benzer ihlallerin tekrar etmemesi için de gerekli önlemleri almakla yükümlüdürler. Bunun için de ulusal hukuklar açısından Sözleşme'nin hukuk sistemine içkin¹⁰⁸ bir hale getirilmesi büyük önem taşımaktadır. Bir başka deyişle, eğer ulusal makamlar iş bölümüne uygun olarak AİHM içtihatlarına uygun kararlar tesis etmezlerse, AİHM'in görevi bunu tespit etmek ve buna uygun içtihat geliştirmek olacaktır. Kavram bu yönüyle anlaşılacak olursa, bu sonuca ulaştıracak en önemli araçlardan biri, şüphesiz AİHM kararlarının nasıl uygulandığının izlenmesi olacaktır.

Strazburg-ulusal hukuk ilişkisinin en etkili işletim potansiyeli, AİHM kararlarının infazı sırasında Bakanlar Komitesi ile hükümetler arasında kurulan ilişkilerde görülebilir. Bu nedenle, reform süreci hem Bakanlar Komitesi'nin bu alandaki rolünün güçlenmesine neden olmuş hem de AİHM'nin ve Parlamenter Meclis'in kararların infazında daha etkin rol almasına neden olmuştur. Tüm bu gelişmeler Mahkeme kararlarının uygulanması gerekliliğini daha da güçlendirmiştir.

Ulusal makamların AİHM içtihatlarına uygun hareket edip etmediklerini tespit etmek açısından etkili yöntem ise Bakanlar Komitesi önünde devam eden kararların uygulanmasının izlenmesi sürecidir. Bu çalışmanın ilerleyen bölümlerinde açıklanacağı üzere kararların uygulanması süreci AİHM önündeki dava sürecinden farklı olarak ağırlıklı olarak devletin tek taraflı yer aldığı bir süreçtir. Hükümetler Bakanlar Komitesi önündeki eylem planları ve programları ile kararlarının gereğinin yerine getirildiğini; bireysel ve genel sorunların çözüldüğünü bildirmektedir. Buna

¹⁰⁴ Kopenhag Bildirgesi, para. 33.

¹⁰⁵ Gerards, 'Margin of Appreciation and Incrementalism in the Case Law of the European Court of Human Rights' (2018) 18 HRLR 495, 501.

¹⁰⁶ Başak Çalı, "Towards a Responsible Domestic Courts Doctrine? The European Court of Human Rights and the Variable Standard of Judicial Review of Domestic Court Judgments", in *Shifting Centres of Gravity of Human Rights Protection Rethinking Relations between the ECHR, EU and National Legal Orders* 144 (Oddný Mjöll Arnardottir & Antoine Buyse eds., 2016).

¹⁰⁷ Brems, bu olumlu sonucu yerindenliğin pozitif yönü (positive dimension of subsidiarity) olarak adlandırmaktadır. Brems (2019), s. 215.

¹⁰⁸ Bu kavramı Helfer'in embeddedness kavramına karşılık kullanıyoruz. Bkz. Helfer (2008), 'Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime', 19 EJIL 125 ve Helen Keller, Andreas Fischer and Daniela Kühne (2010), "Debating the Future of the European Court of Human Rights after the Interlaken Conference: Two Innovative Proposals", 21 EJIL 1025, 1031-1033.



karşın Bakanlar Komitesinin bu bilgilerin doğruluğunu incelemek için alternatif bilgi kaynakları sınırlıdır. Bununla birlikte, yine çalışmanın ilerleyen bölümlerinde görüleceği üzere Bakanlık Komitesi Kuralları bu sürece STK'lerin katılmasını mümkün kılacak önemli imkanlar yaratmaktadır. Bu anlamda kararların infaz sürecine STK'lerin katılımı hem AİHS hem de uluslararası insan hakları mekanizmaları açısından belki de en verimli alanlardan birini oluşturmaktadır.

II.

AİHM KARARININ NİTELİĞİ



II. AİHM KARARININ NİTELİĞİ

Tüm yargı makamları gibi AİHM de Sözleşme uyarınca farklı tipte çok sayıda karar vermeye yetkilidir. Bu karar tipleri arasında; AİHM'nin farklı düzenleri¹⁰⁹ tarafından verilen kabul edilebilirlik veya kabul edilemezlik kararları (*decision*), başvurunun kayıttan düşürülmesine ilişkin kararlar (md. 37), başvurunun dostane çözümlerle sonuçlandırılmasına ilişkin kararlar (md. 39), tek taraflı bildirim kararları (md. 37 ve İçtüzük Kural 62A) Sözleşme'de açıkça öngörülen ve ilk akla gelen karar türleridir.

Türkçede incelemeyi sonlandıran tüm bu işlemlere bir üst başlık olarak karar denilmektedir. Bununla birlikte, bu bölümde incelenecek karar kavramı daha dar bir anlama sahiptir. Bu dar anlamda karar (*judgment*), AİHM'nin başvurunun esasına girerek verdiği, Sözleşmeci tarafın Sözleşmeyi ihlal edip etmediğini tespit eden nihai karardır. Bakanlar Komitesi tarafından infazı izlenen karar tipi de budur. Bu anlamda karar, Sözleşme'de ve Mahkeme İçtüzüğünde¹¹⁰ ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Sözleşme'nin 41. maddesine göre:

"Mahkeme bu Sözleşme ve protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Akit Tarafın iç hukuku bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, hakkaniyete uygun bir surette, zarar gören tarafın tatminine hükmeder."

Sözleşme'nin 46. maddesinin 2. fıkrasına göre ise, Mahkeme'nin kesinleşmiş kararı, kararın uygulanmasını denetleyecek olan Bakanlar Komitesi'ne gönderilecektir. Kesin karar kavramı, AİHS'nin 44. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre:

"1. Büyük Daire'nin kararı kesindir.

2. Bir Daire'nin kararı aşağıdaki durumlarda kesinleşir:

- Taraflar davanın Büyük Daire'ye gönderilmesini istemediklerini beyan ederlerse, veya
- Karardan itibaren üç ay içinde davanın Büyük Daire'ye gönderilmesi istenmezse, veya
- Büyük Daire bünyesinde oluşturulan kurul 43. madde çerçevesinde sunulan istemi reddederse."

Bu kural uyarınca, Büyük Daire'nin tüm kararları kesindir. Daire kararları ise Büyük Daire'ye gönderilmediğinde veya Büyük Daire'de incelenmesi uygun görülmezse kesinleşir. Sözleşmenin 28. maddesi uyarınca Komite kararları da verildiği anda kesinleşir.

Kesinleşen AİHM kararlarının nasıl bir sonuç doğuracağı ise Sözleşme metninde yeterince açık değildir. Sözleşme'nin 41., 44., 45. ve 46. maddeleri geleneksel düalist anlayışa göre kaleme alındığı için, uzunca bir süre aksi iç hukukta bir kuralla öngörülmediği sürece AİHM kararının iç hukuk üzerinde bir etkisi olmadığı düşünülmüştür.¹¹¹ Amerikalılararası İnsan Hakları Sözleşmesi'nden¹¹² (AmeİHS) farklı olarak AİHS, kararın iç hukukta doğrudan uygulanmasını sağlayacak bir hüküm ihtiva etmemektedir.

¹⁰⁹ Mahkeme; tek yargıç, komite, daire ve büyük daire düzenleriyle yargısal kararlar vermektedir. Bkz. md. 26 vd.

¹¹⁰ Mahkemenin içtüzüğünün son haline resmi web sayfasından ulaşılabilir: https://www.echr.coe.int/documents/rules_court_eng.pdf

¹¹¹ J. Polakiewicz, "The Execution of Judgments of the European Court of Human Rights", *Fundamental Rights in Europe*, s. 56, 57.

¹¹² Bu Sözleşme'nin 68 (2) hükmü uyarınca hükmün zararların tazminine ilişkin bölümü ulusal kararların infazına ilişkin usul kurallarına tabi olabilmektedir.



Esasen, uluslararası hukukun yerleşik uygulamasına göre bir yargı merci bir davanın esasına bakmaya yetkiliyse, ihlalin tespiti halinde giderimin nasıl sağlanacağı konusunda karar vermeye de yetkilidir. Uluslararası mahkemeyi esas açısından yetkili kılan hüküm, onun giderime ilişkin karar vermesi için de yeterlidir, ilgili sözleşmenin giderime ilişkin ayrı hükümler içermesine gerek yoktur.¹¹³ Bu pozisyondan hareket edildiğinde, AİHM'nin esas bakımından incelemeye yetkili olduğu her davada, AİHS'te AİHM'de olan türden bir hüküm olmasa bile her türlü giderime de karar vermeye yetkili olduğu düşünülebilir. Ne var ki AİHM, Sözleşme'nin nesnel niteliğinden böyle bir sonuç çıkarılabileceğini reddetmemekle birlikte, kararın gereğinin yerine getirilmesi konusunu asıl yetkinin Bakanlar Komitesinde olduğunu belirterek kararının ihlal tespiti ve tazminatla sınırlı olduğu sonucuna ulaşmıştır. AİHM'nin verdiği karar, hükümet tarafından yerine getirilecek; ancak icra süreci Bakanlar Komitesi tarafından takip edilecektir. Bu nedenle AİHM kararının ne anlama geldiği doğru tespit edilmeli, daha sonra iç hukuka nasıl aktarılması gerektiği tartışılmalıdır.

A. AİHM Kararının İçeriği

Bir kararın hangi hususları içereceği, İçtüzüğü'nün 74. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre bir kararda, a) ilgili Daire veya Komiteyi oluşturan Başkan ve diğer yargıçların isimleri ile Kalem Müdürü veya Kalem Müdür Yardımcısının isimleri; (b) kararın hangi tarihte oluşturulduğu ve verildiği; (c) tarafların tarifi; (d) tarafların temsilci, avukat veya danışmanlarının isimleri; (e) izlenen usulün açıklaması; (f) davaya ilişkin olaylar; (g) tarafların sunumlarının bir özeti; (h) hukuki gerekçeler; (i) hüküm fıkraları; (j) varsa, masraflara ilişkin karar; (k) çoğunluğu oluşturan yargıçların sayısı; (l) uygunsa, hangi metnin özgün olduğuna ilişkin bir açıklama yer alır. Davanın incelemesine katılan her yargıç; ayrı gerekçe, katılma oyu veya karşı oy verip, bunun gerekçelerini açıklayabilir.

İstisnai olarak bir kararın yorumlanması veya düzeltilmesi istenebilir. (md. 79 ve 80). Her iki talebe ilişkin karar, esas kararı veren Daire tarafından verilir. İçtüzükte yorumun hangi durumlarda istenebileceği belirtilmemiştir. Kararın düzeltilmesi ise, niteliği ile karara yönelik bir etkisi olabilecek ve bir hüküm verildiği zaman Mahkemenin bilmediği ve ilgili tarafça makul olarak bilinmeyecek bir gerçeğin bulunması durumunda istenebilecektir.

İçtüzüğü'nün 74. maddesinde tarif edildiği gibi bir karar dört temel bloktan oluşur. Kararın birinci bloğunda; davaya ilişkin olaylar, eğer varsa tarafların farklı sunumları dikkate alınarak, anlatılır. Ulusal mevzuat ve uygulama, aynı şekilde mevcutsa diğer uluslararası ve karşılaştırmalı hukuk kaynakları ve uygulaması da bu bölümde yer alır. Ulusal mahkemelerin verdiği kararlar, davaya ilişkin idari uygulamalar bu bölümde yer alır. Ayrıca başvurunun yapılmasından sonra mevzuat veya uygulamada değişiklik varsa bu bilgi de ilk blokta açıklanır.¹¹⁴ Bu sayede, olayda ihlal bulunsa bile aleyhine başvuru yapılan hükümetin genel önlem alması gerekemeyebilir. Dikkate alınacak uluslararası hukuk Avrupa Konseyi'nin ürettiği belgelerle¹¹⁵ sınırlı değildir. AİHM, Sözleşme'nin uluslararası hukuktan bağımsız bir vakum içerisinde okunamayacağını belirtmektedir.¹¹⁶ Bu

113 Hem Uluslararası Daimi Adalet Divanı'nın hem de Uluslararası Adalet Divanı'nın bu konudaki tutumu açıktır. PCIJ, Chorzów Factory (Jurisdiction) (Almanya/Polonya), 26.7. 1927, Series A, no. 9, 21; ICJ, LaGrand (Esas) (Almanya/ABD), 27.6. 2001, para. 48. . Dinah Shelton (2005), Remedies in International Human Rights Law, (Oxford: OUP, 2nd ed.), s. 52, Antoine Buyse, "Lost and Regained? Restitution as a Remedy for Human Rights Violations in the Context of International Law", 68 ZaöRV 129, 130.

114 İçtihat değişikliği nedeniyle kabul edilemez bulunan bir örnek için bkz. Altunay/Türkiye (kabul edilemezlik kararı), no. 42936/07, 17.4.2012.

115 Örneğin Avrupa Sosyal Şartı, bkz. Karaçay/Türkiye, no. 6615/03, 27.3.2007.

116 Loizidou/Türkiye (esas), 18.12. 1996, Reports 1996-VI, para. 43.



nedenle, diğer uluslararası örgütlerin ürettiği insan hakları ve uluslararası hukuk metinlerine¹¹⁷ ve uluslararası mercilerin kararlarına da¹¹⁸ olaylar bölümünde yer verilir. Uygulanacak kuralın anlaşılmasına katkı sunan bu belgeler arasında bağlayıcı olmayan hukuk kaynakları (*soft law*) olabileceği¹¹⁹ gibi davalı devletin tarafı olmadığı kurallar da yer alabilir.¹²⁰

İkinci blokta ise sunulan bu olaylar Sözleşme kurallarına uygunluk açısından denetlenir. Yeni dönem kararlarda¹²¹, aksi öngörülmediği takdirde kabul edilebilirlik kararı ile esasa ilişkin karar birlikte verildiği için eğer davalı devletin kabul edilemezlik konusunda iddiaları varsa bu talepler öncelikli olarak incelenir. Başvuru kısmen kabul edilmişse kabul edilemez bulunan kısım bu aşamada elenerek esas hakkında karar verilecek olaylar belirlenmiş olur. Esasa ilişkin yürütülen tartışmada, başvurucu birden fazla maddenin ihlal edildiğini ileri sürüyorsa bunlar ayrı ayrı¹²² veya birlikte¹²³ incelenebileceği gibi birine ilişkin verilen kararın diğerlerini incelemeyi gereksiz kıldığına da karar verilebilir. İncelenmesine karar verilen maddelere ilişkin olarak Sözleşme'nin ihlal edilip edilmediği, bu bölümde gereksesi ile birlikte verilir.

Üçüncü blok sadece ihlal bulunan vakalarda yer alır. Bu bölümde, aşağıda açıklanacağı üzere ihlal tespitinin ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırmayacağı düşünülüyorsa ayrıca 41. madde uyarınca adil tatmine karar verilmesine gerek olup olmadığı, yeni dönem kararlarda ise ayrıca 46. madde uyarınca bireysel veya genel önlemler alınmasına gerek olup olmadığı tartışılıp karara bağlanır.

Kararın dördüncü ve son bloğu hüküm fıkrasıdır. Burada, sırasıyla, başvurunun kabul edilebilirliğine, esasa, varsa tazminat ve masraflara ilişkin talepler hakkında hüküm sırasıyla açıklanır. Hükümetler açısından asıl bağlayıcı olan kısım kararın bu bölümüdür. Bununla birlikte, bir kararın yerine getirilip getirilmediğini anlamak için sadece hüküm fıkrasına bakmak yeterli olmaz. Bir kararın gereklerini sağlanıp sağlanmadığını anlamak için sırasıyla hüküm fıkrası, 41. ve 46. maddeye ilişkin açıklamalar ve ihlale ilişkin tartışmaya bakmak ve kararın gereklerini bu üç bölümün bütününden çıkarmak gerekir. Aşağıda açıklanacağı¹²⁴ gibi AİHM kararlarının sadece hüküm bölümünün değil ve fakat yorum bölümünün de bağlayıcı olduğuna dair görüş giderek güç kazanmaktadır. Bakanlar Komitesi de genel önlem niteliğinde atılması gereken adımları sadece hüküm fıkrasından değil, kararın tamamına bakarak belirlemektedir.

B. AİHM Kararlarının Açıklayıcı Niteliği ve Ötesi

AİHM'nin klasik hüküm kurma yöntemine göre, bir karar usuli bir nedenle reddedilmemişse iki tür karar verilmesi mümkündür. Birinci tip karar; davalı devletin davranışının Sözleşmenin bir veya daha fazla hükmünü ihlal edip etmediğine ilişkin açıklayıcı (*declaratory*) kararlardır. Davada ihlal bulunmaması halinde kararın infazı söz konusu olmamakla birlikte, kararda geçen (*obiter*

117 Çok sayıda uluslararası hukuk metnine yollama yapan bir karar için bkz. Hirsi Jamaa ve Diğerleri/İtalya, no. 27765/09, 23.2.2012, para. 22 vd.

118 Eski Yugoslavya Ceza Mahkemesi kararlarına atıf için bkz. Al-Adsani/Birleşik Krallık, no. 35763/97, 21.11.2001, para. 30.

119 Kadının evlilik öncesi soyadını kullanması konusunda Avrupa Konseyi organlarının aldığı kararların zikredildiği Ünal Tekeli/Türkiye, no. 29865/96, 16.11.2004, para. 17-31.

120 Avrupa Sosyal Şartının 5. ve 6. maddelerinin Türkiye açısından bağlayıcı olmadığına dair Türk hükümetinin itirazı için bkz. Demir ve Baykara/Türkiye, no. 34503/97, 12.11.2008, para. 62.

121 14. Protokol öncesi uygulamada başlayan bu eğitim şimdi daha açık olarak Sözleşme'de ve İçtüzük'te düzenlenmektedir. Bkz. AİHS md. 29 (1) ve İçtüzük md. 54a.

122 Eğitim-Sen kapatma davasında Mahkeme örgütlenme özgürlüğü (md. 11) ve ifade özgürlüğü (md. 10) iddialarını ayrı ayrı incelemiştir. Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası/Türkiye, no. 20641/05, 25.9.2012.

123 Mahkeme, parti kapatma davalarında ise sorunu 11. madde açısından incelemeyi yeterli görmüştür. Bkz. Sosyalist Parti ve Diğerleri/Türkiye, no. 21237/93, 25.5.1998.

124 Bkz. aşağıda not 369 ve ilgili metin.



dictum) ilkeler Sözleşmeye uygun davranış kodlarını verebilir.¹²⁵ Sözleşmenin ihlal edildiğine karar verilen bazı davalarda da sadece ihlalin tespiti ile yetinilebilir. Bu tip kararlarda ihlalin tespit edilmiş olmasının yeterli giderim sağladığı düşüncesiyle ayrıca giderim için karar vermeye gerek görülmemiştir.¹²⁶ Bir başka deyişle, kimi durumlarda sadece ihlalin tespit edilmiş olması başka bir önleme gerek olmaksızın Sözleşme ile uyumu sağlamak için yeterli kabul edilmiştir.

Esas hakkında hüküm kurulan tüm kararlar açıklayıcı niteliktedir. Bununla birlikte, çoğu durumda ihlalin tespiti ihlalin doğurduğu durumun yarattığı sonuçları gidermeye yeterli olmaz. Bu durumda, AİHM'ye göre Sözleşme açısından ana kural, ihlalin Mahkeme tarafından tespit edilmesi ancak ihlalin hükümetin tercih edeceği şekilde giderilmesidir. Ayrıca, karar verildiği sırada ihlal bulgusunun tespitinin ihlalin sonuçlarını gidermeye yeterli olmayacağı, hükümetin alacağı veya alabileceği önlemlerin de zararı karşılamaya yetmeyeceği açık olduğunda, 41. madde uyarınca Mahkeme ayrıca maddi ve manevi zararların ve yargısal masrafların giderilmesi yönünde karar verebilir. Marckx kararından beri Mahkeme, karar vermesi istenen spesifik önlemler konusunda görüşünü açıklarken, kendi kararının esasen açıklayıcı (*declaratory*) nitelikte olduğunu ve devletin iç hukukta bu kararı uygulamak konusunda serbest olduğunu belirtmektedir.¹²⁷ Yani Mahkeme'ye göre, hükmün birinci bölümü tamamen AİHM'nin değerlendirmesine tabiyken, ikinci bölümde yani ihlalin nasıl giderileceğine ilişkin kısımda devletin geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır, ancak bu takdir yetkisi kararların uygulanmasını denetleyecek Bakanlar Komitesi'nin gözetiminde kullanılacaktır. AİHM eğer iç hukukta alınacak önlemlerin zararı giderme konusunda yetersiz olacağı görüşünde ise ayrıca 41. madde uyarınca maddi ve/veya manevi tazminata hükmedecektir.

C. İnsan Hakları Hukukunda Giderim Yöntemleri

AİHM uzunca bir süre kararlarının sadece açıklayıcı nitelikte olduğunu belirtmiştir. Bununla birlikte, her ihlalin aynı zamanda adalet dengesinin bozulması anlamına geldiği açıktır. Başvurucular, bu adaletsizliğin giderilmesini istemekte, Sözleşme'nin kurduğu koruma sistemi de bir bütün olarak bu ihlallerin giderilmesi hedefi üzerine inşa edilmektedir. Bu nedenle hak ihlallerinin gideriminin nasıl sağlanacağı konusu, koruma rejiminin etkililiği açısından merkezi bir öneme sahiptir. İnsan haklarına ilişkin kararların icrası açısından da asıl bakılması gereken husus, ihlalin sonuçlarını ortadan kaldıracak giderim araçlarının kullanılıp kullanılmadığıdır. AİHM kararları, açıkça belirtsin ya da belirtmesin ihlalin sonuçlarının giderilmesi için ne tür önlemler alınması gerektiği konusunda ana rehber niteliğindedir. Öte yandan, karardan doğrudan çıkarılamayan diğer yükümlülükler açısından Bakanlar Komitesi sürecinin izlenmesi gerekmektedir.

Uluslararası hukukta ihlalin giderimine ilişkin kurallar, sorumluluk hukukunun bir parçasını oluşturur. Bu kurallar, genel olarak uluslararası hukukun sükülerinin ödev ve haklarının neler olduğunu gösteren birincil kurallardan farklı olarak, birincil kuralların ihlali halinde sükülerin nasıl sorumlu tutulacağını ve ne tür giderimler uygulanacağını gösteren "ikincil kurallar"dır.¹²⁸ Örneğin, devletin bireyin ifade özgürlüğünü ihlal etmemesine ilişkin kural birincil, hangi davranışın devlete atfedilebileceği ve ihlalin gerçekleşmesi halinde tazminat ödenmesi gerektiğine

¹²⁵ Örneğin *Handyside/Birleşik Krallık* davasında AİHM, çok yaygın kullanılan ifade özgürlüğü ilkesini geliştirmiş ancak davada ihlal bulmamıştır. *Handyside/Birleşik Krallık*, Series A no. 24, para. 49.

¹²⁶ Türkiye Birleşik Komünist Partisi/Türkiye, no. 19392/92, 30.1.1998; Janowiec ve Diğerleri/Rusya, no. 55508/07 ve 29520/09, 16.4.2012, para. 173; Taner Akçam/Türkiye, no. 27520/07, 25.10.2011, para. 103.

¹²⁷ *Marckx/Belçika*, Series A. no. 31, para. 58.

¹²⁸ Birincil kural, ikincil kural ayrımı ilk olarak hukuk felsefecisi Hart tarafından yapılmıştır. Terminoloji sorumluluk hukukuna Uluslararası Hukuk Komisyonu Özel Raportörü Ago tarafında adapte edilmiştir. H.L.A. Hart (1994, 2. bası), *The Concept of Law*, (Oxford: OUP, V ve X. bölümler; R. Ago, Second Report on State Responsibility, *YB of the ILC*, (1970,II), s. 306, para. 66 (c); A. Cassese (2001), *International Law*, (Oxford: OUP) 185.



dair kural ikincil niteliktedir. İkincil kurallar, genel nitelikli oldukları için birincil kural türü ne olursa olsun -insan hakları, çevre, silahlı çatışma hukuku vb.- uygulama kabiliyetine sahiptirler. Bununla birlikte, eğer birincil kuralları içeren spesifik hukuk alanı kendi özgün ikincil kurallarını içeriyorsa, ya özel kural niteliğinde olduğu için bu kurallar uygulanacak ya da genel nitelikli kurallar ilgili hukuk alanının ihtiyaçlarına uygun bir şekilde uyarlanacaktır.

İnsan hakları hukuku için bu husus önemlidir. Birincisi, her ne kadar sorumluluk hukuku tüm uluslararası hukuk disiplinlerine uygulanmayı hedeflese de temelde devletlerin birbirine karşı yükümlülükleri düşünülerek düzenlenmiş bir alandır. İnsan hakları ise esasen devletin, başka devletlerden çok devletin kendi yetkisi altındaki insanlara karşı yükümlülükler üstlendiği bir hukuk düzenidir.¹²⁹ AİHM, insan hakları hukukunun bu özelliğini şu şekilde ifade etmiştir. “Klasik türdeki uluslararası antlaşmalardan farklı olarak AİHS, sadece Sözleşmeciler Devletler arasındaki karşılıklı taahhütlerden çok daha fazlasını içermektedir. Sözleşme, ikili ve karşılıklı yükümlülüklerden oluşan bir ağın üzerinde ve ötesinde, Önsöz'deki ifadeyle, “kolektif bir icradan” yararlanan, nesnel yükümlülükler yaratır.”¹³⁰ Bu nedenle, ihlalin bir devlete karşı gerçekleştiği diğer uluslararası hukuk disiplinleri açısından etkin olan giderim yöntemleri insan hakları hukuku açısından yetersiz kalabilir. İkinci olarak, insan hakları hukuku sözleşmeleri giderime ilişkin özel hükümler içermektedir.¹³¹ Bu hükümler, giderim yükümlülüğünü özel olarak düzenlediği için öncelikli olarak uygulanması gerektiği şüphesizdir.

Ancak, insan hakları hukukundaki ikincil kurallar genel sorumluluk hukukunun göz ardı edilmesini gerektirmediği gibi tam tersine bu hükümlerin dikkate alınmasını gerektirir. Bu gereklilik hem AİHM'nin Sözleşme'nin, uluslararası hukukun bir parçası olduğu ve izole bir şekilde uygulanamayacağına ilişkin genel yaklaşımından¹³² hem de giderime ilişkin özel saptamalardan çıkarılabilir. Aşağıda örnekleri sunulduğu üzere hem AİHM hem de diğer evrensel ve bölgesel insan hakları organları insan hakları ihlallerinin giderimine ilişkin yorumlarında genel nitelikli sorumluluk hukuku kurallarına yollama yapmaktadır. O halde, insan hakları hukukunda giderim kurallarının uygulanması sırasında genel sorumluluk hukukunun ilkeleri insan haklarının özgün niteliği dikkate alınarak uygulanır sonucunu çıkarmak mümkündür.

Uluslararası hukuka aykırı bir davranışın giderilmesi için en uygun yöntem, hukuka aykırı davranışın tüm sonuçlarını ortadan kaldırmak ve mümkün olduğu ölçüde bu davranış gerçekleşmeden önceki duruma geri dönmektir (*restitutio in integrum*).¹³³ AİHM de birçok kararında bu ilkeyi hatırlatmaktadır. AİHM'e göre eski hale iade kuralı, diğer giderim yolları istisnadır.¹³⁴ Bununla birlikte, gerçekte uluslararası hukuk pratiğinde *restitutio in integrum*'un kural değil istisna olduğunu gözlemlemek mümkündür.¹³⁵ İnsan hakları hukukunda da mümkünse ihlalin hiç gerçekleşmediği duruma dönüş hedeflenmelidir¹³⁶; ancak birçok durumda davranış öncesine dönmek

129 Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AmeİHM) 2 no'lu Tavsiye Kararı: **The Effect of Reservations on the Entry Into Force of the American Convention on Human Rights (Arts. 74 and 75), Advisory Opinion OC-2/82, September 24, 1982, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. A) No. 2 (1982), para. 30. İnsan Hakları Komitesi'nin görüşü için bkz.** General Comment No. 24: CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, para. 17.

130 İrlanda/Birleşik Krallık, no. 5310/71, 18.1.1978; Paladi/Moldova, no. 39806/05, 10.3.2009; Mamatkulov ve Askarov/Türkiye [BD], no. 46827/99 ve 46951/99, para. 100; Loizidou/Türkiye (ön itirazlar), 23.3. 1995, Seri A no. 310, para. 70.

131 AİHS'in 41., AmeİHS'in 63. maddesi gibi.

132 Bankovic ve Diğerleri/Belçika ve Diğerleri, no. 52207/99, RJI 2001-XII, para. 57; Al-Adsani/Birleşik Krallık, [BD], no. 35763, para. 60

133 Uluslararası hukuktaki temel giderim aracının *restitutio in integrum* olduğuna dair bkz. Daimi Uluslararası Adalet Divanı, The Factory at Chorzów (Indemnity) (Almanya/Polonya), PCIJ, Ser. A., no. 17, 1928, s. 47; Kongo Demokratik Cumhuriyeti/Belçika, 14.2. 2002, ICJ Report 2002, s.3. Devlet Sorumluluğu Taslak Maddeleri, md. 35 ve Komisyon Yorumu.

134 Kudeshkina /Rusya (No.2) (kabul edilebilirlik kararı), no. 28727/11, 17.2.2015, § 74; Ilgar Mammadov /Azerbaycan (46/4 Kararı), no. 15172/13, 29.5.2019, para. 150-151.

135 Christine Gray (1987), *Judicial Remedies in International Law*, (Oxford: OUP), 13-16.

136 La Cantuta/Peru (AmeİHM), 29. 11. 2006, para. 199.



pratik olarak mümkün olmayabilir. Örneğin, bir işkence mağdurunun hiç işkence görmemiş olduğu döneme dönmesi, özgürlüğünden mahrum bırakılan kişiye tutsaklık döneminin geri verilmesi¹³⁷ ya da yaşam hakkı ihlal edilmiş bir kişinin hayata döndürülmesi mümkün değildir. Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun da belirttiği gibi, eski hale iadenin mümkün olmadığı ya da zararı gidermek için yeterli olmadığı durumlarda maddi ve/veya manevi tazminat ödenmesi, bunun da yeterli olmaması halinde diğer tatmin (*satisfaction*) yollarına başvurulması mümkündür.¹³⁸ O halde öncelikle mümkün olduğu ölçüde *status quo ante*'ye dönmek denenecek, bunun mümkün olmaması halinde ihlal öncesi duruma en yakın çözümü sağlayacak giderim araçlarının sağlanması hedeflenecektir.

Uluslararası Hukuk Komisyonu, iki halde "mümkün olmama" testinin gerçekleştiğini kabul etmektedir: a) maddi imkânsızlık bulunması, b) tazminat yerine eski hale iadede elde edilecek fayda ile bu yükümlülüğün yaratacağı yük arasında çok büyük bir orantısızlık olması.¹³⁹ Maddi imkânsızlık halinin eski hale getirmeyi imkânsız kılacağı açıktır. Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Taslağında yer alan ikinci hipotez ise bir orantı hipotezidir. Genel uluslararası hukukta devletlerin birbirlerine karşı yükümlülükleri söz konusu olduğunda kolay uygulanabilen orantı testi eşitsizliğin kural olduğu devlet-insan ilişkisinde sınırlı bir uygulama alanı bulabilir. Bununla birlikte, AIHM özellikle çok sayıda insanın etkilendiği davalarda devletin sınırlı giderim sunmasının Sözleşmeye uygun olabileceğini kabul etmektedir.¹⁴⁰ Daha ziyade mülkiyet davalarında kabul edilen bu yaklaşımın çekirdek haklar açısından uygulanmayacağı düşünülebilir.

İnsan hakları ihlallerinde giderim için eski hale iade veya tazminat şeklinde ikili bir formülün sunulması mümkün değildir. Yaşam hakkı örneği insan hakları hukukunda giderimin farklı araçlarının zorunlu olarak devreye girdiğini somut olarak göstermektedir. Örneğin, ölenin yakınlarının kurbanların yerlerini öğrenme ve teslim alma hakkı, yaşam hakkı ihlallerinde uygulanan tatmin araçlarından biridir.¹⁴¹ Yakınının yaşam hakkı ihlal edilenlere, üniversite bursu gibi¹⁴², sosyal haklar tanınması da benzer bir amacı yöneliktir. Birden fazla giderim aracının aynı anda uygulanmasının mümkün olduğuna şüphe yoktur.

İnsan hakları ihlalleri mağdur aleyhinde çok yönlü kısıtlamalara yol açabilir. Bu kısıtlamaları ortadan kaldıracak giderim araçlarının da insan haklarının bu niteliğini dikkate alması gerekir. Ağır insan hakları ihlalleri söz konusu olduğunda giderim yöntemlerinin zenginliği ayrıca önem kazanmaktadır. BM İnsan Hakları Komisyonu tarafından kabul edilen ve Genel Kurul tarafından da onaylanan Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Ağır İhlalleri ve Uluslararası İnsancıl Hukukun Ciddi İhlallerinin Mağdurlarının Giderim ve Onarım Hakkına İlişkin Temel ve Rehber İlkeler¹⁴³, tazminatın tek giderim aracı olamayacağını açıkça ortaya koymaktadır. Temel ve Rehber İlkeler'e göre, ağır insan hakları ihlallerinin mağdurlarına ihlalin ağırlığıyla orantılı olarak şu gide-

137 "Tutuklulukta geçen sürenin hapis cezasından indirilmesi, tutukluluğun uzun sürmesinden kaynaklanan zararın boyutlarını değerlendirirken şüphesiz dikkate alınmalıdır; ancak bu hukuka aykırı olarak elden alınan bir özgürlüğün yerine başka bir özgürlük verilemeyeceği için hiçbir şekilde restitutio in integrum niteliğini kazanmaz". Ringeisen/Avusturya (50. madde), no. 2614/65, 22.6.1972, para. 21, Sardinias Albo/İtalya, no. 56271/00, 17.2.2005, para. 56.

138 Devlet Sorumluluğu Taslak Maddeleri, md. 35-37. Taslak Maddeler; eski hale iade, tazminat ve diğer tatmin yöntemlerini kademeli olarak düzenlemektedir. Örneğin, eski hale iadenin giderimi sağladığı durumlarda diğer giderim araçlarına başvurulmayacaktır.

139 Devlet Sorumluluğu Taslak Maddeleri, md. 35.

140 80.000 kişiyi etkileyen Broniowski davasında hükümetin mülkiyetin % 20'sini karşılayacak düzeyde bir tazminat vermesi AIHM tarafından, davayı kayıttan düşürmek için yeterli bulunmuştur. AIHM, hükümetten tüm mağdurların zararının tamamını karşılamasını beklememiştir. Broniowski/Polonya, no. 31443/96 (Dostça Çözüm), 28.9.2005.

141 Neira-Alegría et al/Peru (Reparations and Costs), 19.9.1996, para. 69; Caballero-Delgado ve Santana/Kolombiya (Reparations and Costs), 29.1.1997, para. 59.

142 Escue Zapata/Kolombiya, 4.7. 2007, para 170.

143 Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, A/RES/60/147, 21.3.2006. Metnin gayriresmî çevirisine www.ihop.org.tr adresinden ulaşılabilir.



rim imkânları sunulacaktır: Eski hale iade (*restitution*), tazminat (*compensation*), ıslah (*rehabilitation*), tatmin (*satisfaction*) ve ihlalleri tekrar etmeme garantisi (*guarantees of non-repetition*).¹⁴⁴

Temel ve Rehber İlkeler; eski hale iadenin mümkün olduğu takdirde, mağduru ihlal gerçekleştirmeden önceki özgün haline döndürmesi gerektiğini belirtmektedir. İlkelere göre; eski hale iade; özgürlüğün yeniden tesisini, mağdurun insan haklarından, kimliğinden, aile hayatından ve vatandaşlık haklarından yararlanmasını, kişinin ikametgâhına dönmesini, istihdamın yeniden sağlanmasını ve mülklerin iadesini içermektedir.

İlkelere göre rehabilitasyon, tıbbi ve psikolojik bakımın yanı sıra hukuki ve sosyal hizmetleri de içermelidir.

Tatmin başlığı altında ise uzun bir liste yer almaktadır. Bu önlemlerin biri, bir kısmı veya hepsi ihlalin niteliğine göre kullanılabilir: Devam eden ihlallerin durdurulması için etkili önlemler; mağdurların, akrabalarının, tanıkların ve mağdura yardımcı olmak için veya ihlallerin artarak devamını engellemek için müdahale etmiş insanların güvenliğine ve çıkarlarına zarar vermemesi veya bunları tehdit etmemesi şartıyla gerçeklerin ortaya çıkartılması ve hakikatin tamamının kamuoyuyla paylaşılması; kayıpların nerede olduklarının araştırılması, kaçırılan çocukların ve öldürülenlerin kimliklerinin tespiti için yapılacak araştırmalar ile cesetlerin bulunması, tanımlanması ve ailelerin ve toplumların kültürel pratikleri veya mağdurların vasiyet ettiği veya ettiği varsayılan şekillerde yeniden gömülmesi için verilecek yardımlar; mağdurun ve mağdura yakinen bağlı kişilerin onurlarını, itibarlarını ve haklarını iade eden resmi bir açıklama veya yargı kararı verilmesi; sorumlulukların kabulünü ve gerçeklerin tanınmasını içerecek şekilde kamuoyundan özür dilenmesi; ihlallerden sorumlu şahıslara karşı hukuki ve idari yaptırımlar uygulanması; mağdurlar adına anma törenleri düzenlenmesi; ihlallerin doğru bir anlatımının uluslararası insan hakları hukuku ve uluslararası insancıl hukuk eğitimi ve çalışmalarına yönelik dokümanlara dahil edilmesi.

İlkeler, ihlallerin tekrar edilmemesi garantisi açısından da kolluğun eğitiminden, yargının güçlendirilmesine, yasaların yenilenmesine kadar geniş bir liste sunmaktadır.

Görüldüğü gibi insan hakları ihlallerinde ve özellikle ağır insan hakları ihlallerinde sadece eski hale iade yeterli olmayabileceği için birden fazla özel ve genel nitelikli önlemin aynı anda alınması ihlalin giderilmesi için gerekli olabilir. Ya da bir giderim yöntemi aslında birden fazla amacı yerine getirmeye yönelik olabilir.¹⁴⁵ Burada bir tek giderim yönteminin yeterli olup olmadığını tespit ederken birkaç faktör rol oynayacaktır. Öncelikle, ihlal edilen hakkın niteliğine bakmak gereklidir. Her hak ihlali için benzer giderim araçları kullanılmayabilir. Örneğin, yaşam hakkı ihlali söz konusu olduğunda sadece tazminatla yetinilemez, etkili bir ceza hukuku mekanizmasının devreye sokulması gerekir.

Hakkın niteliği kadar önemli bir diğer husus giderimin amacının ne olduğuna ilişkin verilecek cevaptır. Giderimin amacı nedir? Mağduru ihlalin sonuçlarından mümkün olduğu ölçüde kurtarmak mı, mağduru tekrar topluma kazandırmak mı, benzer ihlallerin tekrarlanmasını engellemek mi, yaygın ihlallerin toplumda yol açtığı farklılıkları ortadan kaldırmak mı, ihlalin yol açtığı maddi-manevi zararın parasal olarak karşılanması mı, ihlalin ağırlığının kamuoyunda kınanmasının sağlanması mı? İhlal edilen hakkın niteliği kadar, yaygın ve/veya sistemik olup olmaması bu temel soruya verilecek cevabı da değiştirecektir. Bu nedenle; bir insan hakları ihlalinin tespit eden uluslararası yargı merci kararının yerine getirilip getirilmediğini saptarken, bu kararın gerçek anlamda hayata geçirildiğini varsayabilmek için kararın yukarıda sayılan hangi amaçları hedeflediğini akılda tutmak zorunludur. Dolayısıyla, ihlalin giderilmesi için hükümet tarafından öneri-

¹⁴⁴ 18 no'lu ilke.

¹⁴⁵ Mejia, 11.



len önlemlerin sayılan bu amaçlarla ne ölçüde uyumlu olduğunun ayrıntılı olarak incelenmesi gerekir.

D. AİHS'te Giderim Yöntemleri

Her ne kadar AİHM, AİHS'nin ilk döneminde 41. maddenin dar yorumuyla kararların kural olarak açıklayıcı olduğunu belirtmiş ve tazminat dışında giderim konusunda karar vermekten kaçınmışsa da, AİHS uluslararası hukukun bir parçası olduğuna ve uluslararası hukukun diğer ilkeleleriyle uyumlu bir şekilde yorumlanması gerektiğine göre¹⁴⁶, bu yaklaşımın uluslararası hukukun genel ilkeleri ışığında değerlendirilmesi gerektiğine de şüphe yoktur. Devlet sorumluluğu hukukuna ilişkin uluslararası hukuk kuralları AİHS ihlalleri açısından da aynen uygulanır.¹⁴⁷ Bir uluslararası hukuk kuralının ihlali durumunda giderim için yapılması gerekenler, Sözleşme ihlalleri için de geçerlidir. Ulusal hukukta olduğu gibi uluslararası hukukta da, hukuka aykırılığın tespiti, sorumluluğun kapsamı açısından da belirleyici olmaktadır.

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

"Mahkeme'nin Sözleşme'nin ihlal edildiğini tespit ettiği bir karar, davalı devlete ihlali sonlandırma ve mümkün olduğu ölçüde ihlal öncesi durumu tesis edecek (restitutio in integrum) şekilde sonuçlarını gidermeye yönelik hukuksal bir sorumluluk yükler".¹⁴⁸

Scozzari ve Giunta davasında da Mahkeme, ihlal sonucuna ulaşan bir kararın davalı devlete sadece tazminat ödeme yükümlülüğü getirmediğini, aynı zamanda Bakanlar Komitesi denetimi altında kendi iç hukuk düzeninde AİHM tarafından tespit edilen ihlale son verme ve ihlalin sonuçlarını mümkün olduğu ölçüde gidermek için gerekli genel tedbirleri ve/veya gerektiği halde bireysel tedbirleri seçme ödevi de yüklediğini belirtmiştir.¹⁴⁹ Salah/Hollanda davasında, AİHM, 41. maddeyi 46. madde ile kıyaslayarak, davalı devletin asıl ödevinin ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırmak olduğunu belirterek, bireysel ve genel nitelikli tazminat dışı önlemlerin tazminat ödenmesinden daha önemli olduğunu belirtmiştir.¹⁵⁰

AİHM, ihlal prosedürü kapsamında verdiği tek karar olan Ilgar Mammadov'da da Devlet Sorumluluğu Taslak Maddelerine atıfla; kararların infaz usulünün uluslararası hukuktaki ihlalcı devletin ihlali sonlandırma (cessation), tekrar etmeme (non-repetition) ve ihlalin sonuçlarını giderme/onarma (reparation) ilkelerine göre yerine getirilmesi gerektiğini belirtmiştir.¹⁵¹

Uluslararası hukukla uyumlu bu yaklaşımdan birkaç ödevin çıktığı görülebilmektedir. Bu yükümlülüklerin bir kısmı, karara ilişkin bireysel önlem niteliğinde iken bir kısmı genel önlem niteliğinde olup, başvuru dışında benzer durumda olan diğer kişiler açısından da sonuç doğurmaktadır. Her karar mutlaka iki tür önlem de zorunlu kılmasa bile birçok durumda bireysel önlemlerle

¹⁴⁶ AİHM, uluslararası hukukun genel ilkeleriyle uyumlu yorumu temel bir ilke olarak kabul etmektedir. Bkz. örneğin Bankovic ve Diğerleri/Belçika ve Diğerleri, no. 52207/99, RJI 2001-XII, para. 57; Al-Adsani/Birleşik Krallık, no. 35763/97, RJD 2001-XI, para. 60.

¹⁴⁷ Bkz. Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından hazırlanan ve Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından onaylanan, Devlet Sorumluluğu Hakkında Taslak Maddeler (Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts), UN Doc. No. A/56/10, Madde 30 ve Komisyon'un yorumu. ("Devlet Sorumluluğu Taslak Maddeleri")

¹⁴⁸ Papamichalopoulos/Yunanistan (50. madde), 31.10.1995, Series A no. 330-B, para. 34; Assanidze/Gürcistan (BD), no. 71503/01, ECHR 2004-II, para. 197; Maestri/İtalya, no. 39748/98, ECHR 2004-I, para. 47.

¹⁴⁹ Scozzari ve Giunta/İtalya, no. 39221/98 & 41963/98, 13.7.2000, para. 249.

¹⁵⁰ Salah/Hollanda, no. 8196/02, 6.7.2006, para. 71.

¹⁵¹ Ilgar Mammadov /Azerbaycan (46/4 Kararı), no. 15172/13, 29.5.2019, para. 161.



birlikte genel önlemlerin de alınması gerekmektedir. Bu durumda, Bakanlar Komitesi her iki tip önlemin de karara uygun bir şekilde alınması sürecini izlemeye devam edecektir. Zaman açısından ise önlemler üç farklı döneme yönelik olarak ortaya çıkabilir. Devam eden ihlali durdurma ödevi şimdiki zamana, ihlalin sonuçlarını kaldırmaya yönelik önlemler geçmişe, yeni ihlalleri engellemek açısından alınacak önlemler geleceğe yöneliktir.

AİHM, Sözleşmenin 46. maddesi kapsamında yaptığı değerlendirmelerin taraf devletlere kararların yerine getirilmesi amacıyla yardım amaçlı olduğunu belirtmektedir.¹⁵² Bu nedenle, 46. madde kapsamında değerlendirilen ve fakat hüküm fıkrasına yazılmayan giderim yollarının hukuken bağlayıcı olmadığı da söylenebilir. Bununla birlikte, 46. madde uyarınca kararların uygulanmasını izlemekle görevli Bakanlar Komitesinin Mahkemenin 46. madde kapsamında yaptığı değerlendirmelere kayıtsız kalamayacağı da açıktır. Bu nedenle, AİHM'in 46. madde kapsamında yaptığı değerlendirmeleri hüküm fıkrasında sayılmasına göre bağlayıcı ve yarı bağlayıcı olarak tanımlamak mümkündür.

AİHM'in Papamichalopoulos ve Ilgar Mammadov'da geliştirdiği yöntemden hareketle bir ihlal kararına bağlı olarak aşağıdaki giderim araçlarının sağlanması gerektiği söylenebilir.

1. Devam Eden İhlali Sonlandırma

Hak ihlali iddiaları, iç hukuk yolları tüketilerek AİHM önüne geldiği için kural olarak geçmişte gerçekleşen bir ihlalin saptanması ve sonuçlarının giderilmesi talebini içermektedir. Bununla birlikte, ihlalin geçmişte başlamış olması herhalde geçmişte sonuçlanacağı anlamına gelmez. Bir ihlal zaman içinde devam edebileceği gibi bu ihlalin olumsuz sonuçları da zamana yayılabilir. İlk durumda süregelen (devam eden)¹⁵³ bir ihlal, ikinci durumda ise anlık (*instantaneous*) bir ihlal vardır. Bu ayırım şu açıdan önemlidir; her ihlalin mağdur açısından olumsuz sonuçları olabilir. Ancak zaman içinde devam eden, ihlalin kendisi değil, ihlalin olumsuz sonuçları ise ihlalci devlet açısından ihlali sona erdirmeye ödevi doğmaz. Devam eden ihlalde ise sonra erdirilmesi gereken, ihlalin sonuçları değil bizzat kendisidir. Devam eden bir ihlal varsa ihlalci devlet diğer ödevleri yanında öncelikle bu ihlale son vermelidir.¹⁵⁴ Haksız bir şekilde özgürlüğünden mahrum bırakılan kişinin tutulmaya devam edilmesi süregelen ihlale vücut verirken, polis tarafından bir kişinin öldürülmesi anında gerçekleşen ihlale örnektir.¹⁵⁵ Aynı şekilde hakikatin araştırılmayarak kayıp, mağdur yakınlarının sürüncemede bırakılması devam eden ihlale yol açmaktadır. Varnava ve Diğerleri/Türkiye davasında AİHM, uluslararası hukukta¹⁵⁶ kayıp sorununu bir süregelen ihlal olarak değerlendirdiğini¹⁵⁷ dikkate alarak, davalı hükümetin Başvurucuların 1974'te kaybolan yakınlarının akıbeti konusunda etkili bir soruşturma yapma ödevinin olduğunu belirtmiştir.¹⁵⁸

152 Aliyev/Azərbaycan, no. 68762/14, 20.9.2018, para. 222; Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu/Romanya [BD], no. 47848/08, 17.7.2014, § 159.

153 Kavramla ilgili olarak bkz. K. Altıparmak (1999-2004), "The Application of the Concept of Continuing Violation to the Duty to Investigate, Prosecute and Punish under International Human Rights Law", 21-25 Turkish Yearbook of Human Rights 1; J. Paulwelyn (1995), "The Concept of a 'Continuing Violation' of an International Obligation: Selected Problems", 56 BYIL 415; L. Loucaides (2000), "The Concept of 'Continuing' Violations of Human Rights", P. Mahoney et al. (yay. haz.), Protecting Human Rights: The European Perspective – Studies in Memory of Rolv Ryssdal (Cologne: Carl Heymanns), s.803.

154 Devam eden ihlali sonlandırma, ihlale bağlı temel hukuksal sonuçlardan biridir. Bkz. Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından hazırlanan ve Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından onaylanan, Devlet Sorumluluğu Hakkında Taslak Maddeler Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, UN Doc. No. A/56/10, madde 14 ve 30 ve Komisyon'un yorumu. ("Devlet Sorumluluğu Taslak Maddeleri")

155 Yearbook of the International Law Commission, 1978, II, part 2, s. 87-90.

156 BM Tüm Kişilerin Zorunlu Kaybetmeye Karşı Korunması İçin Bildirge'nin ((1/Res/47/133, 18 December 1992) 17. maddesi zorla kaybetmenin, kaybolan kişilerin kaderi belirleninceye ve olaylar açığa kavuşturuluncaya kadar devam eden bir suç olarak nitelenmesi gerektiğini belirtmektedir. Birleşmiş Milletler Tüm Kişilerin Zorunlu Kaybetmeye Karşı Korunması İçin Sözleşme (Doc. A/61/488) de kaybetmenin bu devam eden niteliğini vurgulamaktadır.

157 AİHM, Büyük Daire bu sonuca ulaşırken BM İnsan Hakları Komitesi ve AmelîHM içtihadını da dikkate almıştır. Bkz. para. 93-107.

158 Varnava ve Diğerleri/Türkiye, no. 16064/90 vd, 18.9.2009, para. 194.



Janowiec ve Diğerleri/Rusya davasında ise, AİHM Beşinci Daire, 1940 yılında gerçekleşen Katyn ormanı katliamını etkili soruşturmayan ve mağdur yakınlarının taleplerini aydınlatmayan davalı hükümet yetkililerinin, başvurularda insanlık dışı muamelede bulunduğu sonucuna ulaşmıştır.¹⁵⁹ Ne var ki itiraz başvuru daha sonra Büyük Daire'ye taşınmış, Büyük Daire olay Sözleşmenin yürürlüğe girdiği 1950 yılından önce gerçekleştiği için zaman bakımından Mahkemenin yetkisine girmediği sonucuna ulaşarak Daire kararını bozmuştur.¹⁶⁰ Bununla birlikte Janowiec vakası, süregelen ödevin çok uzun sürelere yayılabildiğini göstermesi açısından yine de önemlidir.

Bununla birlikte, devam eden ihlal tipi istisnaidir. Örneğin, haksız bir yargılama nedeniyle zarar gördüğünü iddia eden kişinin durumunda, adil yargılama yapılmamasından kaynaklanan sonuçlar, devam eden ihlal değil ihlal sonucu oluşan olumsuz durumdur. Bir ihlalin sonuçları olumsuz olsa bile bu olumsuzluk zaman içinde süregelen bir ihlale yol açmaz.

Bu nedenle, ihlal bulunan bir davada hükümetin ödevlerini tespit edebilmek için ihlalin niteliğine bakmak ve süregelen bir ihlal olup olmadığını saptamak gerekmektedir. Aşağıda görüleceği gibi AİHM 46. madde kapsamında bireysel önlem alınmasına hükmettiği kararlarından hemen hepsinde devam eden ihlalin sonlandırılmasından bahsetmektedir. Ancak ilgili bölümde açıklanacağı gibi bu ifade özenli seçilmiş bir ifade değildir.

Kanımızca, AİHS söz konusu olduğunda ihlalin devamı kavramını iki ayrı anlamda anlamak mümkündür. Kavramın birinci anlamı, dava konusu somut olayda hakkı ihlal edilen kişinin aleyhindeki ihlalin halen devam etmesi halidir. Bu durumun en bilinen iki örneği, Loizidou ve Ilascu ve Diğerleri kararlarıdır. İlk kararda, AİHM Başvurucunun mülküne ulaşmasına engel olan Taraf Devlet tasarrufunun, bu engel devam ettiği sürece devam eden bir ihlal oluşturduğuna karar vermiştir.¹⁶¹ Ilascu ve Diğerleri kararında ise AİHM Başvurucuların Sözleşmenin 5. maddesine aykırı ve keyfi olarak tutulduğuna karar vermiş; ancak ihlal tespiti yanında keyfi ve hukuka aykırı olarak alıkonulan üç Başvurucunun bu durumlarının devam etmesinin Sözleşme'nin 46. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen AİHM kararlarının bağlayıcılığı ilkesine aykırı olduğunu tespit etmiştir.¹⁶²

Türkiye'ye ilişkin verilen yakın tarihli Şahin Alpay¹⁶³, Kavala¹⁶⁴ ve Selahattin Demirtaş (2)¹⁶⁵ kararlarında da başvuru sahiplerinin tutukluluklarının sonlandırılması istenmektedir. Bu başvurulardan Şahin Alpay'da Mahkeme başvuru sahiplerinin tutukluluğunun sona erdirilmesi için her türlü önlemin alınmasını isterken, Kavala'da buna ek olarak başvuru sahiplerinin derhal serbest bırakılmasının sağlanmasını eklemiştir. Demirtaş'da ise başvuru sahiplerinin derhal serbest bırakılması için her türlü önlemin alınması istenmiştir. Bu ifade farklılığı ihtimalen başvuruların konusunda kaynaklanmaktadır. Şahin Alpay kararı salt bir 5. madde davasıdır ve başvuru tek bir davadan tutukludur. Selahattin Demirtaş ise birden fazla davada alınan tutuklama ve hükümlülük nedeniyle özgürlüğünden mahrum bırakılmış, AİHM de sadece 5. Maddeden değil 5. ve 18. maddelerden ihlal bulmuştur. Bu nedenle bu başvuru açısından sadece tutukluluğun sonlandırılması yeterli olmayacaktır.

İkinci olarak, devam eden ihlal kavramı genel önlemler açısından da söz konusu olabilir. Öncü bir davada Sözleşme'ye aykırı olduğu tespit edilmiş bulunan bir kural ve/veya uygulama mevzuatta kalmaya devam ediyorsa bunun genel önlemler açısından devam eden bir ihlale vücut verdiği

¹⁵⁹ Janowiec ve Diğerleri/Rusya, no. 55508/07 and 29520/09, 16.4.2012, para. 167.

¹⁶⁰ Janowiec ve Diğerleri/Rusya [BD], no. 55508/07 and 29520/09, 21.10.2013.

¹⁶¹ Loizidou/Türkiye (Esas), 25.2.1997, RJD 1997-I, para. 112-113.

¹⁶² Ilascu/Moldovya ve Rusya, no. 48787/99, 8.7.2004, para. 490.

¹⁶³ Şahin Alpay/Türkiye, no. 16538/17, 20.3.2018.

¹⁶⁴ Kavala/Türkiye, no. 28749/18, 0.12.2019.

¹⁶⁵ Selahattin Demirtaş/Türkiye (no.2), 14305/17, 22.12.2020.



ileri sürülebilecektir. Gerçi bu durumda, devam eden ihlale son vermeden çok ihlalin tekrarının önlenmesi ödevinin olduğu akla gelebilir.¹⁶⁶ Gerçekten de, mevzuattaki bir eksiklikten kaynaklanan ihlal, mevzuat değişmediği sürece başka benzer durumlarda da ihlale neden olabilecektir. Bununla birlikte, AİHM kararlarının niteliği itibariyle genel önlemlerin alınmamasının aynı zamanda devam eden ihlale vücut verdiğini düşünüyoruz. Bir AİHM ihlal kararının taraf devlet açısından yarattığı sorumluluk üç farklı boyutta karşımıza çıkmaktadır: i. Varsa tazminat ödeme; ii. Gerekliyse bireysel önlem alma; iii. Gerekliyse genel önlem alma. Bu genel sorumluluk kuralının sonucu olarak, bir ihlalin bulunduğu dair karar anında gerekli önlemlerin alınması gerekliliğini doğurmaktadır. Genel önlemlerin alınmaması nedeniyle yeni ihlallerin doğması her bir bireysel vaka açısından yeni bir ihlale vücut verirken genel önlemi almama nedeniyle de devam eden bir ihlale neden olmaktadır.

Aşağıda görüleceği gibi hem AİHM hem de Bakanlar Komitesi yeni dönemde bu gibi durumlar açısından yeni karar tipleri geliştirmiştir. Ancak ilk dönem kararlarında da AİHM, daha önce tespit edilen ihlalin kaynağı olan yasal düzenlemenin yürürlükten kaldırılmamasının Sözleşme tarafından öngörülen koruma sistemine aykırı olacağını saptamıştır. 13 yıl önce verilen Marckx¹⁶⁷ kararında tespit edilen hukuka aykırılığa ilişkin mevzuat değişikliğinin yapılmaması nedeniyle aynı konunun AİHM önüne tekrar gelmesi üzerine Mahkeme Vermeire davasında şu sonuca ulaşmıştır:

“53 [yeni 46 (1)] uyarınca bir devlete ödevlerini yerine getirme konusunda sağlanan yöntem seçme özgürlüğü böyle bir reformun tamamlanmasına kadar Sözleşme'nin uygulanmasının askıya alınmasına müsaade edemez”.¹⁶⁸

Görüldüğü gibi, AİHM ilk dönem kararlarında da ihlalin kaynağı olan yasal düzenleme veya yaygın uygulamanın devam etmesi halinde bunun sonlandırılması gerekli bir süregelen ihlale vücut verebileceğini kabul etmiştir. Bu durumda, AİHM kararıyla ihlalin tespit edilmesi sonrasında hem varsa bireysel önlemler yoluyla devam eden bireysel ihlalin sonlandırılması hem de genel önlem alınması yoluyla genel anlamda devam eden ihlalin sonlandırılması ödevi söz konusu olmaktadır.

2. *Restitutio in Integrum* ve Diğer Giderim Yöntemleri

Yukarıda da açıklandığı gibi ihlallerin çoğu devam eden nitelikte değildir, sonuçlanmıştır. İhlalin hukuksal sonuçları olduğundan bu sonuçların nasıl giderileceği, ihlalin niteliğine göre saptanacaktır. Papamichalopoulos ve Mammadov kararlarındaki mantık silsilesi takip edildiğinde kolayca anlaşılabilir gibi, AİHM'nin birincil amacı ihlalin hiç gerçekleşmediği noktaya dönüşü sağlamak olmalıdır. Yani, tazminat ödeme *restitutio in integrum*'a bir alternatif değildir, ihlalin niteliği ya da iç hukukun buna olanak sağlamaması nedeniyle¹⁶⁹, yani iç hukukta zararın onarımının mümkün olmadığı veya eski hale iadenin taraf devlete orantısız bir yük getirdiği durumlarda başvurulacak bir araçtır.¹⁷⁰ Örneğin, yaşam hakkı veya işkence ihlali geri dönülemez ihlallerdir ama önerilen diğer giderim araçları, bu ihlallerin ciddiyeti ile uygun bir orantı içinde olmalıdır.¹⁷¹

¹⁶⁶ Bu iki ödev birbirine benzemekle birlikte birbirinde ayrı nitelik taşırlar. Devlet Sorumluluğu Taslak Maddelerinin 30. maddesinin (a) bendi devam eden ihlali durdurmaya (b) bendi ise ihlali tekrar etmemeye ilişkin güvencelere ilişkindir.

¹⁶⁷ Marckx/Belçika, 13.6.1979, Series A no. 31.

¹⁶⁸ Vermeire/Belçika, 29.11.1991, Series A no. 214-C, para. 26.

¹⁶⁹ De Wilde, Ooms ve Versyp (“Vagrancy”)/Belçika (50. Madde), Series A no. 12, para. 20.

¹⁷⁰ Scozzari ve Giunta/İtalya (BD), no. 39221/98 & 41963/98, ECHR 2000-VIII, para. 250; Housing Association of War Disabled and Victims of War of Attica and Others/Yunanistan, no. 35859/02 (Adil Tatmin), 27.9.2007, para. 23-26.

¹⁷¹ Mahkeme, eski hale iade edememe ile tazminat arasındaki ilişkiyi mahkûmların soyularak aranması konusunda da saptamıştır. AİHM'ye göre bu durumun geri çevrilmesi mümkün olmadığı için tazminata hükmetmek gerekmektedir. Salah/Hollanda, no. 8196/02, 6.7.2006, para. 75



Bunun doğal sonucu olarak, eski hale getirmenin mümkün olmadığı durumlarda önerilecek giderim araçları da ihlal öncesi hale dönüşe en yakın çözümü sağlamalıdır.

Ne var ki, çok yakın tarihlere kadar, AİHM, 41. madde uyarınca, sadece tazminata hükmedip, parasal olmayan giderim araçları önermemeyi tercih etmiştir.¹⁷² Hatta giderimin temel amacının *restitutio in integrum* olduğunun kabul edildiği kararlarda bile durum budur. Selçuk ve Asker/ Türkiye davasında ise Uluslararası Hukuk Komisyonu Taslak Maddeleri ile uyumlu olarak, tazminat yoluna ancak *restitutio in integrum*'un mümkün olmadığı durumlarda gidilebileceği belirtilmiştir. Bununla birlikte, *restitutio in integrum*'un nasıl sağlanabileceğinin hüküm fıkrasına yazılması talebi reddedilmiştir.¹⁷³

Her ne kadar kararlarda açıkça tartışılmamışsa da, bu tutumun Sözleşme'nin hazırlık çalışmalarına dayandığı görülebilir.¹⁷⁴ 41. madde (eski 50. madde) için teklif edilen ilk metinde "Mahkeme kararı ilgili Devletin: (1) suçlayıcı kararı iptal etmesine, askıya almasına veya değiştirmesine; (2) neden olunan zararı gidermesine; (3) sorumlu kişi veya kişilere uygun cezai, idari veya medeni yaptırımların uygulanması gerektiğine hükmedecektir".¹⁷⁵ Şüphesiz, bu tür bir hüküm AİHM'nin çok daha geniş giderim araçları kullanmasını mümkün kılabilirdi. Ancak bu metin, hükümet temsilcileri tarafından oluşturulan İnsan Hakları Uzmanlar Komitesi tarafından değiştirilmiştir. Luca/İtalya davasında¹⁷⁶, yargıç Zupancic'in belirttiğine göre mevcut hükmün kaynağı 1921 tarihli Alman-İsviçre Tahkim ve Uzlaştırma Antlaşması (Madde 10) ve 1928 tarihli Uluslararası Anlaşmazlıkların Barışçıl Çözümüne İlişkin Cenevre Genel Yasasıdır (madde 32).¹⁷⁷ Zupancic, devletlerarası tahkim için öngörülmuş bu hükmün, bireyin haklarını devlete karşı koruyan bir insan hakları sözleşmesine adapte etmenin ne kadar zor olduğunun altını çizmiştir. Ancak, Zupancic'e göre değişiklik, Mahkeme'nin elinden somut hükmetme imkânlarını almakla birlikte, özünde çok büyük bir anlam değişikliği yaratmamıştır. 41. madde "ilgili Yüksek Akit Tarafın iç hukuku bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa" demektir. Devletlerarası uyuşmazlıklarda; zarar veren devletin iç hukukunun -ve özellikle Anayasal sisteminin- ihlali ortadan kaldırmaya izin vermediği durumlarda, ihlali devletin, bu engel nedeniyle zararı tamamen ortadan kaldırmaya bile parasal olarak karşılmasını mümkün kılan bu hüküm, insan hakları sözleşmelerinde ve özellikle 2000'li yıllarda farklı yorumlanmalıdır. İnsan hakları sözleşmesi, ihlal sonrası iç hukukunun değiştirilmesini gerektirdiği gibi birçok durumda ulusal düzeyde bu giderimin gerçekleştirilmesi de mümkündür. O halde, bu durumların tamamında taraf devletler ihlali telafi etmeli, telafi yeterli olmuyorsa ayrıca tazminata hükmedilmelidir. Bir başka deyişle, tazminat sadece gerçekten iç hukukun giderimi tamamen karşılmasının mümkün olmadığı durumlarda eksikliği tamamlamak için düşünülebilecektir.¹⁷⁸

Zupancic'in yaklaşımına uygun bir tavrın uzunca bir süre AİHM'de onay görmediği açıktır. AİHM, 41. maddeyi bir tazminat hükmü olarak okumuştur. AİHM'nin bu tutumunun, Sözleşme'nin

172 Genel olarak bkz. Valerio Colandrea (2007), On the Power of the European Court of Human Rights to Order Specific Non-monetary Measures: Some Remarks in Light of the Assanidze, Broniowski and Sejdic Cases, 7 Human Rights Law Review 396; Juan Carlos Upegui Mejia, "Remedies in the International Human Rights Law: A comparative approach between the case law of both the Inter-American Court and the European Court of Human Rights", <http://www.eplo.eu/alfall/docs/Grant%20Holders/JCUpegui.pdf>, s. 3.

173 Selçuk ve Asker/Türkiye, no. 23184/94 ve 23185/94, 24.4.1998, para. 125.

174 Montserrat Enrich Mas (1993), "Right to Compensation under Article 50", Macdonald vd. (yay. haz.), The European System for the Protection of Human Rights, (Martinus Nijhoff: Dordrecht), 775, 777-778. Hazırlık görüşmeleri sırasında ihlali gerçekleştiren kişiye idari ve cezai yaptırım uygulanması, ulusal kararların iptaline karar verilebilmesi gibi öneriler reddedilmiştir.

175 Council of Europe (1975), Collected Edition of the "Travaux Préparatoires" of the European Convention on Human Rights, volume I, (The Hague: Martinus Nijhoff), s. 212.

176 Luca/İtalya, no. 33354/96, 27.2.2001, Zupancic'in kısmi farklı oy gerekçesi.

177 1921 German-Swiss Treaty on Arbitration and Conciliation; Geneva General Act for the Pacific Settlement of International Disputes of 1928.

178 Zupancic, aynı yerde.



giderim yöntemleri açısından gelişimini engellediği ileri sürülmüştür.¹⁷⁹ Mahkeme'nin yerleşik içtihadına göre, davalı devlet, AİHM'nin bulduğu ihlali gidermek konusunda, kararın gereğini yerine getirmek şartıyla, seçeceği yöntemde serbesttir. Mahkeme bu konuda bağlayıcı bir karar almadığı gibi açıklayıcı bir beyanda da bulunmaz. Bu nedenle, çeşitli davalarda başvuruçuların köye dönmelerini sağlayacak tüm önlemlerin alınıp binaların onarılmasına ilişkin talepleri¹⁸⁰, çocuklarının kamu okullarında bedensel cezaya tabi olmamasını sağlama yönündeki talepleri¹⁸¹, başvuruçunun yakınının ölümünü araştırması ve faillerinin tespitine ilişkin¹⁸² istemleri karşılanmamıştır.

AİHM'nin yakın tarihe kadar devam eden bu tutumu, diğer insan hakları mekanizmalarının kabul ettiği giderim yöntemlerinin çok gerisindeydi. AİHM'nin Sözleşmeyi yaşayan bir belge olarak yorumladığı ve diğer insan hakları koruma mekanizmalarını birçok kararında dikkate aldığı düşünüldüğünde, insan hakları hukukunda örnekleri bulunan diğer giderim yöntemlerinin Sözleşme içtihadına taşınma olasılığının her zaman açık olduğunu akılda tutmak gerekir. Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin¹⁸³ yorum organı İnsan Hakları Komitesi, Sözleşme sisteminde asıl giderim aracının tazminat olduğunu kabul etmekle birlikte, şartların uygun olması halinde giderimin iade (*restitution*), ıslah (*rehabilitation*) ve kamuoyu önünde özür dileme, kamusal anıtlar inşa etme, ihlalinin tekrar gerçekleşmemesi için güvenceler verme, ilgili mevzuat ve uygulamada değişiklikler gerçekleştirme ve insan hakları ihlallerini gerçekleştirenlerin adalete teslimi gibi başka tatmin araçlarını da içerebileceğini belirtmektedir.¹⁸⁴

AmeİHM kararları bu açıdan ışık tutucu niteliktedir.¹⁸⁵ AmeİHM, *restitutio in integrum*'a en yakın sonucu sağlamak için, tazminat yanında çeşitli parasal olmayan giderim araçlarının kullanılması yönünde kararlar vermiştir.¹⁸⁶ Bu yaklaşım, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Devlet Sorumluluğu'na ilişkin geliştirdiği genel ilkelerle uyum içerisindedir. AmeİHM, hem mağdurlara hem de toplumun çeşitli kesimlerine ilişkin giderim kararları vermiştir. Mağdura ilişkin olarak eski hale iade, ıslah, sorumluluğun kabulü gibi önlemleri içeren, topluma ilişkin olarak ise mevzuat ve uygulama değişikliği ile kamu görevlilerinin eğitimi hakkında hükümler verilmiştir.¹⁸⁷ AmeİHM, davalı Devletin adil yargılanma hakkına aykırı bir şekilde hüküm giyen kişiyi serbest bırakmasına¹⁸⁸, bu kişinin ilgili ceza davası nedeniyle ilişkisi kesilen kamu kurumlarındaki görevine geri dönmeye, başvuruçunun alıkonulduğu dönem de dahil olmak üzere tüm emeklilik haklarının sağlanmasına¹⁸⁹, ilgili kararın Sözleşme'ye aykırı bulduğu iç hukuk kurallarının değiştirilmesi

179 Mahkeme'nin bu tutumu öğretilerde eleştirildiği gibi Mahkeme içinde de daha geniş yetkiler kullanılmasını savunanlar vardır. Dinah Shelton (2005), *Remedies in International Human Rights Law*, (Oxford: OUP, 2nd ed.), s. 195. Bu konuda etkili bir görüş için bkz. Yargıç Zupancic'in Luca/İtalya davasındaki kısmi farklı oy gerekçesi.

180 Akdivar ve Diğerleri/Türkiye (Madde 50) 1998-II RJD 711, para. 45-7, Selçuk ve Asker/Türkiye, 1998-II RJD 891, para. 123-5; Menteş ve Diğerleri/Türkiye (Madde 50) 1998-IV RJD 1686, para. 22-4; Orhan/Türkiye, no. 25656/94, 18.6.2002, para. 450; Yöyler/Türkiye, no. 26973/95, 24.7.2003, para. 122.

181 Campbell ve Cosans/Birleşik Krallık (50. madde), Series A no. 60, para. 16.

182 Ülkü Ekinci/Türkiye, no. 27602/95, 16.7.2002, para. 179. Daha yakın tarihli olarak bkz. Kukayev/Rusya, no. 29361/02, 15.11.2007, para. 131-134.

183 Bakanlar Kurulu'nun 5851 sayılı Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin İlişik Beyanlar ve Çekince ile Onaylanmasına Dair Kararı, RG: 21 Temmuz 2003, Sayı 25175.

184 Bkz. Komite'nin "Sözleşme'ye Taraf Devletlere Yüklenen Genel Hukuksal Ödevin Niteliği" başlıklı 31 Nolu Genel Yorumu, para. 16. (The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13.) Komite'nin karar örnekleri için bkz. Dinah Shelton (2005), *Remedies in International Human Rights Law*, (Oxford: OUP, 2nd ed.), s. 178 vd.

185 Amerikalılararası İnsan Hakları sisteminde giderim yöntemleri ile ilgili olarak şu sempozyum notlarına bakılabilir: "Reparations in the Inter-American System: A Comparative Approach" (2007), 56 Am. U. L. Rev. 1375

186 Parasal olmayan giderim türleri için bkz. Shelton, s. 271 vd.

187 Ayrıntılı bir sınıflandırma ve inceleme için bkz. M. Antkowiak (2007-2008); "Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond", 46 Colum. J. Transnat'l L. 351; Judith Schonsteiner (2007-2008), "Dissuasive Measures and the "Society as a Whole": A Working Theory of Reparations in the Inter-American Court of Human Right", 23 Am. U. Int'l L. Rev. 127.

188 Loayza Tamayo/Peru, 17. 9.1997, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 33 (1997), para. 84.

189 Loayza Tamayo/Peru, Reparations, 27.11. 1998, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 42 (1998).



için gerekli önlemlerin alınmasına ve başvuru sahiplerinin aleyhine sonuçlanan ve Sözleşme'yi ihlal eden usul sonucu verilen mahkumiyet kararının geçersizliğine¹⁹⁰, ihlalden sorumlu olanların tespit edilip cezalandırılabilmesi için şikayetin soruşturulmasına, ölüm cezasının geçersiz sayılmasına¹⁹¹, sabıka kaydının silinmesine¹⁹², para cezalarının iptaline¹⁹³, psikolojik tedavi sağlanmasına¹⁹⁴, geçmişte alıkonulanlar için öğretim ve mesleki eğitim desteğinin sağlanmasına¹⁹⁵, kararın günlük gazetelerde yayınlanmasına¹⁹⁶, bir kamu binasına mağdurların isminin verilmesine¹⁹⁷ karar vermiştir.¹⁹⁸ AmeİHM daha da ileri giderek, haksız alıkonulma nedeniyle öğrenciliğini sürdüremeyen başvurucuya burs sağlanması ve davalı devletin kamuya açık bir şekilde özür dilemesine¹⁹⁹, zararların karşılanması için fon kurulmasına²⁰⁰ karar vermiştir.

Şüphesiz, dava konusu hakkın veya özgürlüğün ihlaline sebep olan önlem veya durumun doğrudan sonuçların giderilmesine ve zarar gören tarafa adil bir tazminatın ödenmesine de karar verilebileceğini ifade eden AmeİHS'nin 63. maddesi, bu içtihadın oluşmasını kolaylaştırmaktadır.²⁰¹ Yine AK'den farklı olarak Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sisteminde, kararların icrasının denetimini siyasi bir organ değil AmeİHM yapmaktadır. Ancak, AİHS'nin 41. maddesinin de, Sözleşme'nin 46. maddesi de dikkate alındığında tazminat dışı önlemlere ilişkin kararlar almayı imkânsız kıldığı söylenemez. Gerçekten de AmeİHM, AmeİHS'nin 63. maddesinin uluslararası hukukun temel kurallarından birini kodifiye ettiğini, uluslararası sorumluluk hukuku gereğince ihlal tespitinin devlete ihlali durdurma ve ihlalin sonuçlarını onarma ödevini yüklediğini belirtmektedir.²⁰² AİHS'nin 41 ve 46. maddenin de bu temel kurala uygun yorumlanması gerekir. Eğer ihlal öncesi duruma dönmek mümkün değilse en azından en yakın duruma dönülebilmelidir. Çünkü nihayetinde, onarım araçlarının hedefi ihlalin yol açtığı zararların silinmesidir.²⁰³

AİHM'nin yeni kararları, bu genel kuralın yavaş bir şekilde de olsa Strazburg içtihadına da yansıdığını göstermektedir.

3. AİHM İçtihadında Bireysel Önlemler

AİHM içtihadında bireysel önlemler yeni gelişen bir alandır. *Restitution in integrum*'u sağlamaya yönelik ödevlerin çoğu bireysel niteliktedir. İhlal öncesi duruma dönmeyi sağlayan önlemler, bazı durumlarda ulusal hukuklardaki iptal davasına benzer sonuçlar doğurur. Bir kamu görevlisinin, AİHS'ye aykırı bir şekilde görevden çıkarılmasında, göreve iade yanında, görevde olmadığı dönemde uğradığı mali zararın ödenecek tazminatta hesap edilmesi bunun tipik örneğidir.²⁰⁴ İhlal öncesi hale dönmeyi sağlamaya yönelik araçlar bazı durumlarda devam eden ihlalin sonlandırılmasında kullanılan araçlarla benzerlik gösterebilir. Örneğin, haksız bir şekilde kamu-

190 Castillo Petruzzi vd/Peru, 30. 5. 1999, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 52 (1999); Cantoral Benavides/Peru, 3.12. 2001, Inter-Am Ct. H.R. (Ser. C) No. 88 (2001).

191 Fermín-Ramírez/Guatemala, 2005 Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 126.

192 Acosta-Calderon/Ekvator, 2005 Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 129.

193 Berenson-Mejía/Peru, 2004 Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 119.

194 Barrios Altos/Peru, 2001 Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 87.

195 Juvenile Reeducation Institute/Paraguay, 2004 Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 112

196 Yatama/Nikaragua, 2005 Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 127.

197 Villagrán-Morales (The Street Children Case)/Guatemala, 2001 Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 77.

198 El Amparo Case, Reparations, 14. 9. 1996, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 28 (1996)

199 Cantoral Benavides/Peru, 3.12. 2001, Inter-Am Ct. H.R. (Ser. C) No. 88 (2001), para. 80-81.

200 El Amparo Case, Reparations, 14. 9. 1996, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 28 (1996), para. 46-47.

201 AmeİHS'de de ilk başta sadece tazminata ilişkin bir hüküm koyulması düşünülmüş, ancak daha sonra Guatemalalı delegenin girişimiyle geniş kapsamlı bir giderim hükmü kabul edilmiştir. Jo M. Pasqualucci (2003), *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, (Cambridge: CUP), s. 233.

202 Cesti Hurtado/Peru, 31.5. 2001, Inter-Am Ct. H.R. (Ser. C) No. 78 (2001), para. 35; Blake/Guatemala, Reparations. 22.1. 1999. Series C No. 48, para. 34-35.

203 Cantoral Benavides/Peru, 3.12. 2001, Inter-Am Ct. H.R. (Ser. C) No. 88 (2001), para. 42

204 Vogt/Almanya, 26.9.1995 Series A-323 ve BK Resolution DH (97) 12, 28.1997; Abelgawad, s. 13.



laştırılan bir gayrimenkulün sahibine iadesi²⁰⁵ hem devam eden ihlali durdurur hem de ihlal öncesi duruma en yakın çözüme ulaşılması açısından gereklidir. Ancak aksi örnekler bulmak da mümkündür. Örneğin, adil yargılanma ilkelerine aykırı bir şekilde mahkûm edilen bir kişinin yeniden yargılanma talebinin yerine getirilmesinde süregelen bir ihlale son verilmemektedir ama yargılamanın yeniden açılması ihlal öncesi döneme dönmeyi sağlama amaçlıdır.

a) Yargılamanın İadesi veya Yargı Sürecinin Yeniden Açılması

AİHS sisteminde ihlal nedeniyle tazminat ödenmesi yanında alınacak bireysel önlemler arasında en yaygın hale gelen önlem yargılamanın iadesi veya yargılamanın yeniden açılmasıdır. Bakanlar Komitesi, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Hükümlerinin Verilmesinin Ardından Belli Davaların Ulusal Düzeyde Yeniden İncelenmesi ya da Yeniden Görülmesi Hakkında" tavsiye kararında²⁰⁶; "Mahkeme hükümlerinin icrasının denetlenmesine ilişkin Bakanlar Komitesi uygulamasının, *restitutio in integrum*"u gerçekleştirmedi, eğer tek yol olarak addedilmeyecek ise, en etkili yolun, istisnai hallerde bir davanın yeniden incelenmesi yahut davanın yeniden görülmesi olduğunu gösterdiği"ni belirterek taraf devletin "şikayete konu ulusal kararın(ın) esas bakımından Sözleşmeye aykırılık oluşturduğu" veya "tespit edilen ihlalin, şikayete konu ulusal yargılamanın neticesi hakkında ciddi kuşku uyandıran vahamette usuli hatalara ya da aksaklıklara dayalı olduğu sonucuna varıldığı takdirde" davanın yeniden incelenmesini tavsiye etmiştir. Karara göre, bu yola gerek görülmesi için zarar gören tarafın söz konusu ulusal karar nedeniyle maruz kaldığı çok ciddi nitelikli olumsuz sonuçlardan mağduriyeti devam etmelidir. Gerek Komite'nin gerekse daha sonra Mahkeme'nin burada geliştirdiği mantık, ihlalle giderim araçları arasındaki ilişki açısından önemlidir. İhlal tespitinde asıl hedef *restitution in integrum* olduğu için Sözleşmesel hakları ihlal edilmiş kişi bu ihlalin sonuçlarını çekmeye devam ederken sadece tazminat ödenmesi, ihlalin veya sonuçlarının devamına belirli bir meblağ karşısında onay vermek anlamına gelecektir.

Bu karar sonrasında; ilk önce Bakanlar Komitesi adil yargılanma hakkının açık ve ağır bir şekilde ihlal edildiği davalarda, tazminatın yanında davaların yeniden görülmesi gerektiğini belirtmiştir.²⁰⁷ Bireysel önlem niteliğinde yerine getirilmesi gereken bu ödevin yerine getirilmediği dosyalar izlenmeye devam edilmiş, bazı vakalar yargılama yenilenemediği için ciddi sorunlara yol açmıştır.

Yargılanmanın yenilenmesine ilişkin taleplerin yapıldığı ilk dönem içtihadta AİHM, bu yönde taleplere kararında yer vermeye yetkisi olmadığını belirtmiştir.²⁰⁸ 2000'li yılların ortasında ise AİHM, 46. maddeye ilişkin içtihadını değiştirmiş ve istisnai olarak yargılamanın yenilenmesine ilişkin olasılığın bu şekilde kararda önerilmesine imkân doğmuştur. Mahkeme'nin bu konuda karar verme gerekçesi, Öcalan davasında açıklanmıştır:

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

205 Bkz. Papamichalopoulos/Yunanistan (50. madde), yukarıda not 119148.

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

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

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



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

Diğer bazı istisnai durumlarda, tespit edilen ihlal, ihlali gidermek için alınması gereken tedbirlerle ilgili olarak seçenek bırakmayacak özellik sergileyebilir ve AİHM, sadece bir tedbir belirtmeye karar verebilir (bkz. yukarıda anılan Assanidze, § 202).

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

Büyük Daire, yukarıda anılan içtihatla benimsenen genel yaklaşımı onaylamaktadır. Mahkeme, bu davada olduğu gibi, bir kişinin AİHM'nin bağımsızlık ve tarafsızlık koşullarını yerine getirmeyen bir mahkeme tarafından mahkûm edildiği durumda, talep edilmesi halinde, yeniden yargılanmanın veya davanın yeniden açılmasının, prensip olarak, ihlali gidermenin uygun bir yolu olduğu kanısındadır.²⁰⁹

Öcalan kararı sonrasında, Türkiye'ye karşı açılan çok sayıda davada bağımsız ve tarafsız olmadığı saptanan süreçlerde verilen hükümlerin yeniden yargılama konusu edilmesi gerekliliği vurgulanmıştır.²¹⁰ Her ne kadar AİHM, davalı devlete yargılanmanın yenilenmesi konusunda bir talimat vermeye yetkili olmadığını belirtmekteyse²¹¹ de, hüküm fıkrasında yargılamanın yenilenmesinin tavsiye edildiği karar örnekleri²¹² de bulunmaktadır. AİHM, benzer bir yöntemi daha sonraki kararlarda uygulamamış olmakla birlikte²¹³ hüküm fıkrasında yargılamanın yenilenmesinin buyrulmadığı kararlar açısından da yargılamanın yenilenmesinin tek giderim aracı olduğu durumlarda Mahkeme'nin bu tavsiyesine uymamamın yeni ihlallere kaynaklık edeceğine şüphe bulunmamaktadır.

Bakanlar Komitesi, AİHM tarafından verilen yargılamanın yenilenmesine ilişkin tavsiye kararını alınması gerekli bireysel önlemler kapsamında izlemektedir. Türkiye'de de Avrupa Konseyi üyesi devletlerin çoğunda olduğu gibi davanın yeniden nasıl görüleceğine ilişkin olarakul yasalarında değişiklik yapılarak "Hükümün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması" yargılamanın yenilenmesi nedeni sayılmıştır.²¹⁴

Yargılamanın yenilenmesi durumunda, adil olmayan yargılamanın tüm sonuçları ile ortadan kalkması gerekirken bu konuda da tereddütlerin bulunduğu görülmektedir. Sadak, Zana, Dicle

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

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

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

212 Claes ve Diğerleri/Belçika, no. 46825/99 vd., 2.6.2005, hüküm fıkrası, 5; Lungoci/Romanya, no. 62710/00, 26.1.2006, hüküm fıkrası, 3 (a). Abelgawad, s. 26.

213 Yargılamanın yenilenmesine ilişkin önlemin hüküm fıkrasında yer alması talebinin yerine getirilmemesi ilgili kararlarda güçlü farklı gerekçelerin yazılmasına neden olmuştur. Örn. bkz. Salduz/Türkiye davasında yargıç Rozakis, Spielmann, Ziemele ve Lazarova Trajkovsa'nın (no. 36391/02, 27.11.2008); in Vladimir Romanov/Rusya davasında Spielmann ve Malinverni'nin (no. 41461/02, 24.7.2008) Polufakin ve Chernyshev/ Rusya davasında Spielmann'ın (no. 30997/02, 25.9. 2008); Panovits/Kıbrıs, Spielmann ve Jebens'in (no. 4268/04, 11.12.2008) farklı gerekçeleri.

214 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, md. 311 (1) (f); 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, md. 375 (1) (i); İdari Yargılama Usulü Yasası Değişikliği için bkz. 15/7/2003 gün ve 4928 sayılı yasa, 6. md.)



ve Doğan davasında verilen karar sonrasında başvuru sahiplerinin serbest bırakılmaması ve seçimlerde aday olmalarına izin verilmemesi yargılamanın yenilenmesi kararının verilen ilk hükmü tüm sonuçları ile ortadan kaldırma niteliği taşımadığı için eleştirilmiştir.²¹⁵

Bakanlar Komitesi, bireysel önlem olarak yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilmesi yanında kopya davalarında da benzer bir önlemi önermektedir. Komite'nin İç Hukuk Yollarının Geliştirilmesi Hakkında Tavsiye Kararı'nda; taraf devletler, ulusal mevzuat ya da uygulamadaki yapısal ya da genel aksaklıklara işaret eden bir hüküm verildiğinde aynı probleme ilişkin mevcut veya potansiyel başvuruları çözmek için başvuru sahiplerinin yetkili bir ulusal makam önünde etkin bir hukuk yoluna başvurmalarını sağlamaya davet edilmiştir.²¹⁶ Bir başka deyişle, Bakanlar Komitesi yapısal bir sorunun saptandığı bir öncü davadaki ihlal sonrasında diğer davaların AİHM önüne gelmeden yargılamanın yenilenmesi veya başka bir ulusal mekanizma yoluyla çözüme kavuşturulmasını tavsiye etmektedir.

Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere; bireysel önlem olarak yargılamanın yenilenmesi yoluna üç farklı durumda gidilebilecektir. Birincisi, kararın esasen bir ihlal saptamasıdır. Örneğin, yargılama sonucu verilen cezanın ifade özgürlüğünü ihlal etmesi halinde, yargılama adil bir şekilde yapılmış olsa bile *restitutio in integrum*'u sağlayacak olan önlem yargılamanın yenilenmesidir. İkinci hipotez uyarınca ise karara ulaşılmada usul açısından esaslı bir hata yapılmasıdır. İlk hipotezde sonuca ilişkin bir ödev ihlal edilmişken, ikinci durumda bir doğru davranış kuralı ihlal edilmiş, yargılama uluslararası hukuka uygun bir şekilde yapılmamıştır. Sözleşme'nin esasa ilişkin hükümlerinden birinin ihlal edildiğinin tespit edildiği durumlarda, yargılamanın yenilenmesi, kararın yerine getirilmesi açısından bir amaç değil araç rolü görmektedir. Yani yenilenen yargılama sonucunda, AİHM tarafından verilen ihlal kararını ortadan kaldıracak yeni bir karar alınması gerekir. Usul ihlali olan durumlarda ise yenilenen usule uygun yargılama sonucunda benzer bir kararın verilmesi Sözleşmeye aykırı değildir. Örneğin, adil yargılama olmaksızın mahkûm edilmiş bir başvuru sahibinin adil yargılama sonrasında benzer bir ceza alması Sözleşmeye aykırı değildir.

Üçüncü olasılık ise cezasızlık davalarına ilişkindir. Bu davalarda AİHM yaşam hakkı, işkence ve kötü muamele yasağının esas ve/veya usul bakımından ihlal edildiği sonucuna ulaşabilmektedir. Usul ihlali, şikayet konusu eylemin etkili bir şekilde soruşturulmaması ve sorumluların tespit edilip yargılanıp eylemlerine uygun ceza almamaları nedeniyle verilmektedir. Sözleşmenin 2. ve 3. maddelerinin esas bakımından ihlali durumunda da AİHM ihlale yol açan kişileri tespit etmemektedir. Bu nedenle yaşam hakkı ve işkence yasağına ilişkin başvurularda ister salt usul ihlali, isterse de hem usul hem de maddi ihlal kararı verilsin ulusal makamların bu kararın yerine getirilmesi için etkili bir soruşturma yapma ödevi doğmaktadır. Bu ödev bir sonuç değil davranış ödevidir. Bu nedenle, etkili bir soruşturma sonucunda sorumlular tespit edilemeyebilir ya da yargılanma sonucunda ceza almaları uygun görülmebilir. Ancak her hâlükârda ihlalin giderilmesi için etkili soruşturmanın hayata geçirildiğinin gösterilmesi gerekir.

(1) Anayasa Mahkemesinin AİHM Kararları Sonrası Yargılamanın Yenilenmesine İlişkin Tutumu

Anayasa Mahkemesi (AYM), AİHM kararlarının uygulanmamasından kaynaklanan şikayetlerde bu farklı olasılıkları incelemiştir. AYM'ye göre AİHM tarafından verilen bir ihlal kararının gereklerinin yerine getirilip getirilmediği Anayasa Mahkemesince incelenmelidir. Ancak Anayasa Mahkemesince yapılacak bu inceleme, olayların baştan itibaren yeniden değerlendirilmesi

²¹⁵ Bu konudaki önemli bir örnek için bkz. Kerem Altıparmak, Murat Sevinç ve Onur Karahanoğulları (2007), Zana, Doğan, Sadak ve Dicle, Radikal 2, 03.06.2007. Ayrıca yukarıda not. 173207.

²¹⁶ Rec (2004)6 Recommendation Rec(2004)6 of the Committee of Ministers to member states on the improvement of domestic remedies. Metnin Türkçe çevirisi için bkz. Gemalmaz, s. 789.



şeklinde değil; AİHM tarafından verilen ihlal kararının gereklerinin yerine getirilip getirilmediği ile ilgili sınırlı bir inceleme olacaktır.²¹⁷

AYM, ilk hipoteze ilişkin olarak esastan ihlal bulunan vakalarda yerel mahkemeler tarafından AİHM ihlal kararında saptanan hususları giderecek incelemenin yapılıp yapılmadığına bakmaktadır. Dölek ve diğerleri/Türkiye kararında AİHM, başvurucuların oğlunun askerlik hizmetine elverişli olmayan sağlık durumuna rağmen askerlik hizmetine alınması ve sonrasında da askerlik hizmetini sürdürmeye devam etmesinin ruhsal ve fiziksel bütünlüğü konusunda gerçek bir risk oluşturduğunu tespit ederek yaşam hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.²¹⁸ Başvurucuların yargılanmanın yenilenmesi konusundaki talebi, AİHM'in sadece askerliğe alım sistemindeki aksaklıklardan ihlal bulduğu ancak askerlik sırasında gösterilmesi gereken özen yükümlülüğü yönünden herhangi bir ihlalin bulmadığı ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesindeki dava'nın konusu özen yükümlülüğüne ilişkin olmadığı gerekçeleriyle reddedilmiştir. AYM, kararında "AİHM kararında distimi gibi bir rahatsızlığı bulunan ve bu hastalığı yetkililerce bilinen bir kişinin askere alınmasının ve askerlik hizmetini sürdürmeye devam etmesinin ihlal sebebi olarak gösterildiği"ni belirterek Askeri Mahkeme kararının, Anayasa'nın 17. maddesinin gerektirdiği seviyede derinlik ve özende bir inceleme içermediğini ve bu nedenle AİHM tarafından verilen ihlal kararının gereklerinin yerine getirilmediği sonucunu ulaştırmıştır.²¹⁹ Her ne kadar AYM, bu kararda Anayasa'nın 17. maddesinin gerektirdiği seviyede derinlik ve özende inceleme yapılmadığını ifade etse de kanımızca AİHM'in esastan ihlal bulduğu bu vakada, yeniden yargılama sonucunda incelenecek husus artık yetkililerin özen gösterip göstermediğinin tekrar incelenmesi değil özen gösterilmemesi sonucu doğan zararın giderilmesi olacaktır. Çünkü AİHM somut vakada esastan bir ihlal bulmuştur.

AYM'nin ikinci hipoteze, yani yargılamanın adil olmadığına ilişkin AİHM kararlarının uygulanmasına ilişkin de kararları vardır. AİHM, Yaşar ve diğerleri/Türkiye²²⁰ kararında başvurucuların gözaltında tutulduğu sırada müdafî yardımından yararlanma hakkının ve makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Başvurucular bu karara dayanarak yargılanmanın yenilenmesini talep etmiştir. Talebi inceleyen Diyarbakır 6. Ağır Ceza Mahkemesi, dosyadaki diğer deliller ışığında kararın değişmeyeceğini, uzun yargılamanın ise tazminat konusu olduğunu belirterek yeniden yargılama talebini reddetmiştir. AYM ise "Somut olayda başvurucuların diğer deliller yanında müdafî olmaksızın alınan ve daha sonra Mahkemede doğrulanmayan ifadeleri doğrultusunda isnat edilen suçtan mahkûmiyetlerine karar verildiği, gözaltında iken alınan bu ifadelerin mahkûmiyet için belirleyici biçimde kanıt olarak kullanıldığı anlaşılmaktadır. İhlalin giderimi için bu ifadelerin mahkûmiyete esas alınmaması gerekir, bu yapılmadan ihlal giderilmiş sayılamaz" diyerek diğer delillerin mahkûmiyete yeterli olup olmadığı meselesinin ancak müdafî olmaksızın verilen alınan ifadeler çıkarıldıktan sonra yargılamanın yeniden yapılması halinde anlaşılabilmesi sonucuna ulaşmıştır.²²¹ Dikkat edilirse, burada sorun başvurucuların mahkum edilmesi değildir. Sorun AİHM kararında belirlenen ihlal sebepleri giderilmeden aynı kararın verilmesidir.

AYM'nin cezasızlığa ilişkin üçüncü hipotez kararları da bulunmaktadır. Benzer ve Diğerleri vakasında AİHM, bir hava saldırısı nedeniyle yakınlarını kaybeden 34 başvurucunun şikayetini değerlendirmiş, Sözleşmenin yaşam hakkını düzenleyen 2. Maddesinin hem esas hem de etkili soruşturma yapılmaması nedeniyle usul yönünden ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.²²² Başvu-

217 Siddika Dölek ve diğerleri, B. No: 2013/2750, 17/2/2016, § 70; Nihat Akbulak [GK], B. No: 2015/10131, 7/6/2018, § 37.

218 No: 31149/09, 3.11.2011, §§ 47-56.

219 Siddika Dölek ve diğerleri, B. No: 2013/2750, 17/2/2016, § 81.

220 No: 1236/09, 28.11.2017.

221 Cahit Tamur ve diğerleri, B. No: 2018/12010, 24/2/2021, § 47.

222 Benzer ve diğerleri/Türkiye, B. No: 23502/06, 12.11.2013.



rucular vekili, karar üzerine henüz zamanaşımı dolmamış soruşturmanın yeniden canlandırılmasını talep etmiş ve fakat sorumlular tespit edilip dava açılmadan zamanaşımı dolmuştur. Buna rağmen, AİHM kararında açıkça tespit edilen deliller toplanmamış ve sorumlu kişiler yargılanamadan dosya zamanaşımına uğramıştır.²²³ AYM, “sonuç itibarıyla adli makamlarca soruşturmanın başından itibaren sorumluların tespitine yarayabilecek bütün delillerin toplanması ve hukuka aykırı eylemlere hoşgörü gösterildiği ya da kayıtsız kalındığı görünümü verilmesinin engellenmesi açısından gerekli sürat ve özenin gösterilmediği, yürürlükteki yargı sisteminde daha sonra ortaya çıkabilecek benzer yaşam hakkı ihlallerinin önlenmesinde sahip olunan önemli rolün zarar görmesine neden olabilecek şekilde makul özen ve hızla hareket edilmediği, olayın zamanaşımına uğraması sonucunda sorumluların cezalandırılmamasına sebebiyet verildiği, dolayısıyla AİHM’in ihlal kararının gereklerinin yerine getirilemediği” sonucuna varmıştır.²²⁴ Görüldüğü gibi AYM’nin ihlal kararı, bir sonuç ödevinin değil davranış ödevinin yerine getirilmediğine ilişkindir. Bir başka deyişle, AİHM kararı kimse mahkum edilmediği için değil sorumlu olabileceklerin tespiti için gereği yapılmadığı için infaz edilmemiştir.

Davranış ödevi/sonuç ödevi ayrımı AYM’nin tartışmalı olduğunu düşündüğümüz İsalet Yurtsever ve Diğerleri²²⁵ kararında daha açık görülebilmektedir. Başvuru, AİHM’in yaşam hakkının hem esas hem de usul bakımından ihlal edildiğine dair karar verdiği Yurtsever ve Diğerleri²²⁶ kararının gereği gibi infaz edilmediği iddiasıyla yapılmıştır. Olayda AİHM, başvurunun ölümünden olay yerinde bulunan kolluk görevlilerinin sorumlu olduğunu tespit etmiş ama yetkisi dahilinde olmadığı için failin kim olduğunu tespit etmemiştir. Yapılan yargılamada, Yargıtay Ceza Genel Kurulu mevcut delillere göre eylemi kimin gerçekleştirdiğinin tespit edilemediğini ve bu deliller ışığında mahkumiyet kararının “Şüpheden sanık yararlanır” ilkesi ile uyumlu olmadığı sonucuna ulaşmış ve ilk derece mahkemesi kararının bozulmasına karar vermiştir. AYM, AİHM kararında saptanan bazı usul ihlallerinin artık düzeltilmesinin de mümkün olmadığını saptayarak başvuruda AİHM kararına uygun bir sürecin yürüdüğünü bu süreç sonunda mahkumiyet kararı çıkarmasının AİHM kararının uygulanmadığı anlamına gelmeyeceği sonucuna ulaşmıştır.²²⁷

(2) Yargılanmanın Yenilenmesinin Mümkün Olmadığı Durumlar

Bununla birlikte, bazı durumlarda yargılamanın yeniden açılması mümkün veya uygun değildir. Her şeyden önce, yargılamanın yeniden açılmasını bizzat başvuru istemiyor olabilir. Bakanlar Komitesi²²⁸ de, AİHM²²⁹ de bu açıdan başvurunun talebine saygı gösterilmesi gerektiğini düşünmektedir. Kesin hüküm (*res judicata*) haline gelmiş bir ulusal kararın ortadan kaldırılması da hukuki güvenlik açısından sorun yaratacaktır. Bu husus özellikle, ihlale kaynak olan işlemin üçüncü kişileri etkilediği durumlarda görülebilir.²³⁰ Hukuk davalarında, yargılamanın iadesinin gerçekleşmesi, AİHM önündeki usule taraf olmayan üçüncü kişinin kesin hükümlerle doğan hakkının tartışılmasına neden olabilecektir. Ceza davalarında ise insan haklarının savunma amaçlı mı yoksa iddia amaçlı mı kullanıldığına bağlı olarak, yargılamanın yeniden yapılması zorlu sonuçlar doğuracaktır.²³¹ İnsan haklarının savunma amaçlı kullanılması halinde, bir suçla itham

223 Abdulaziz Bengi ve diğerleri, B. No: 2014/14048, 10/6/2020, § 138.

224 Abdulaziz Bengi ve diğerleri, para. 142.

225 İsalet Yurtsever ve diğerleri, B. No: 2015/8315, 6/3/2019.

226 Yurtsever ve diğerleri/Türkiye, B. No: 22965/10, 8.7.2014.

227 İsalet Yurtsever ve Diğerleri, para. 88. Biz her ne kadar cezasızlık vakalarında AİHM kararlarının yerine getirilmesinin bir davranış ödevi olduğu saptanmasına katılsak da bu içtihadın Yurtsever kararındaki uygulamasının isabetli olmadığını düşünüyoruz.

228 T ve C/Birleşik Krallık (ResDH) (2007) 134.

229 Duran Sekin/Türkiye, no. 41968/98, 2.2. 2006, para. 45.

230 Polakiewicz, s. 61.

231 Ceza hukuku-insan hakları ilişkisinin farklı bu iki yönü için bkz. F. Tulkens (2011), “The Paradoxical Relationship between Criminal Law and Human Rights”, 9 Journal of International Criminal Law 577.



edilen kişinin adil yargılanma ve kişi özgürlüğü haklarının ihlal edilip edilmediği tartışma konusu olacaktır. İnsan haklarının ceza hukukunda iddia amaçlı kullanılma halinde ise ağır insan hakları ihlallerinin giderilmesi için ceza muhakemesi süreçlerinin işletilmesi gerekecektir.

Her ne kadar savunma hakkının ihlal edildiği durumlarda yargılanmanın yenilenmesi daha kolay gözükse de bu halde de suça iştirak eden ama AİHM'ye başvurmayan kişilerin durumu ve delillerin kaybolması gibi sorunlar yargılamanın yenilenmesini zorlaştırabilir.²³² Ceza davalarında insan hakları argümanlarının iddia amaçlı kullanıldığı durumlarda ise durum daha da zordur. Örneğin, bir işkence soruşturması etkili soruşturulmadığı için failerin beraat ettiği bir vakada daha sonra AİHM 3. maddenin usulden ihlal edildiğine karar vermişse bu kararın uygulanması kesin hükmün değiştirilmesi sonucunu yaratacağı için ulusal hukuklar açısından sorun yaratabilir.

AİHM, yakın tarihli kararlarında zamanaşımı, aynı suçtan dolayı tekrar yargılanma yasağı, suç ve cezaların yasallığı ilkesi gibi de jure; sanığın ölmesi, delillerin toplanmasının imkansız olması gibi de facto nedenlerin bulunduğu durumlarda soruşturma açılmaksızın hükümetin tek taraflı bildirim ve tazminat ödenmesi ile dosyanın kapatılabileceğine karar vermektedir. Karaca/Türkiye başvurusunda, başvurusunun yakının ölümünden sorumlu olduğu iddia edilen köy korucuları yargılanmış ve meşru müdafaa gerekçesi ile beraat etmişlerdir. AİHM'e göre bu kişilerin iç hukuk uyarınca yeniden yargılanması mümkün olmadığı için soruşturmanın yeniden açılmasının önünde *de jure* imkansızlık vardır.²³³ Taşdemir/Türkiye vakasında da sorumlu polis memurları hakkında devam eden dava zamanaşımı nedeniyle düşmüştür. AİHM, bu durumu da soruşturmayı başlatmak için *de jure* bir engel olarak görmüş ve hükümetin tek taraflı bildiriyle tazminat ödenmesini yeterli görmüştür.²³⁴

AİHM bu sonuca ulaşırken, Bakanlar Komitesinin Jeronovičs/Letonya²³⁵ kararının uygulanmasında, soruşturmanın zamanaşımının dolması nedeniyle yeniden açılmamasına rağmen kararın infazının izlenmesini sonlandırması kararını da dikkate almıştır.²³⁶ Bir başka deyişle, Bakanlar Komitesi de AİHM gibi hukuki imkansızlık nedeniyle cezasızlık dosyalarının kapatılmasına yeşil ışık yakmaktadır. Nihayet, AYM de bir AİHM kararının uygulanmaması şikayeti ile önüne gelen Makbule Kaymaz vakasında "Ceza Muhakemesi Yasasının 314. maddesi imkân vermediğinden sanıklar aleyhine yargılamanın yenilenmesi yolu, ihlalin giderimi konusunda ulusal hukukta kullanılabilecek bir araç değildir" diye de jure imkansızlık halinde ceza soruşturmasının yeniden açılmayacağı sonucuna ulaşmıştır.²³⁷

Bununla birlikte bu yeni içtihadı, AİHM'nin yine yakın dönem kararlarında ortaya çıkan soruşturmanın canlandırılması ödevi ile bağdaştırmak güçtür. AİHM, özellikle takipsizlik kararı verilmiş soruşturmalarda; daha sonra ortaya çıkan mantıklı, güvenilir, iddiaların veya failin tespitini veya daha sonra kovuşturulmasını sağlayacak delillerin bulunması halinde yetkililerin soruşturmayı yeniden başlatma ödevinin bulunduğu belirtilmektedir.²³⁸ İstisnai olan bu önlemin, özellikle kamu görevlilerinin katıldığı ağır insan hakları ihlallerinde söz konusu olduğu belirtilebilir. Kamu görevlilerinin dâhil olduğu ağır insan hakları ihlalleri, dönemin koşulları içerisinde hoşgörülümüş, deliller karartılmış vs. olabilir. Buna dayanarak sorumluluktan kurtulan kişilerin daha sonra çıkan delillere dayanarak yargılanması veya yeni koşullarda bu yargılamanın mümkün olması

232 Abelgawad, s. 20.

233 Karaca/Türkiye, no. 5809/13, 12.3.2019.

234 Taşdemir/Türkiye, no. 52538/09, 12.3.2019.

235 Jeronovičs/Letonya [BD], no. 44898/10, 5.7.2016.

236 Resolution CM/ResDH(2017)312.

237 Makbule Kaymaz, B. No: 2015/9441, 17/4/2019, § 48.

238 Brecknell/Birleşik Krallık, no. 32457/04, 27.11.2007, para. 71.



esasen hukuki güvenilirlik ilkesine aykırı olmadığı gibi²³⁹ bazı durumlarda Sözleşme açısından bir zorunluluktur.²⁴⁰

Nitekim, Bakanlar Komitesi de 1980 ve 1990'lı yıllarda Kuzey İrlanda'da Birleşik Krallık güvenlik güçlerinin faaliyetlerine ilişkin verilen bir dizi AİHM kararının²⁴¹ icrası için bireysel önlem olarak soruşturmaların yeniden açılması ve soruşturmaların ilgili kararlarda belirtilen eksikliklerin giderilerek yürütülmesi gerektiğini belirtmiştir. İlk ara karardan itibaren Bakanlar Komitesi, taraf devletin Sözleşme uyarınca dava konusu olaylarda kullanılan gücün meşru olup olmadığını ortaya çıkarmaya ve sorumluları tespit ve cezalandırmaya uygun bir soruşturma yapma ödevi bulunduğunu belirtmiş ve kararlarda bulunan usuli eksiklikleri giderme konusunda Devletin süregelen bir ödevi olduğunu belirtmiştir.²⁴² Hükümetin aldığı genel önlemlerin çoğu Komite tarafından yeterli görülmeyle birlikte, bireysel önlem olarak etkili soruşturmaya ilişkin girişimlerin eksik kalması halen ilgili dosyanın açık kalmasına neden olmaktadır.²⁴³ Toplam altı vakanın dördünde alınan bireysel önlemler halen yeterli görülmemiştir. Ancak kapatılmasına karar verilen iki bireysel kararda da kovuşturmayla geçilmemiş olması, gerekli özenin gösterilmesinin sorumlular bulunmasa bile yeterli olacağını göstermektedir.²⁴⁴

Bakanlar Komitesi, etkili soruşturma eksikliği nedeniyle verilen diğer 2. ve 3. madde ihlali kararlarında da taraf devletlerin etkili soruşturma ödevinin süregelen bir ödev olduğunu tekrarlamıştır.²⁴⁵ Bununla birlikte, zamanaşımı nedeniyle soruşturulamayan davalarda alınacak bireysel önlem kalmadığı için dosyaların kapatıldığı görülmektedir.²⁴⁶

Kesin hüküm (*res judicata*) nedeniyle yargılamanın yeniden açılmasının mümkün olmadığı durumlarda usul ihlalleri nedeniyle başta tazminat olmak üzere başka giderim araçları öngörmek gereklidir. Eğer sorumluların saptanması ve cezalandırılması mümkün değilse en azından hakikatin ortaya çıkarılabilmesi için etkin bir soruşturma yapılması gerekir.²⁴⁷ Etkili soruşturmanın yapılmasının zamana bağlı olarak mümkün olmadığı hallerde bile hakikati ortaya çıkarmak yönünde yapılan girişimlerin karşılıksız bırakılması Sözleşme'nin ihlal edilmesine yol açabilir. Janowiec/Rusya davasında, 5. Daire, AİHM Sözleşme'nin 2. maddesi uyarınca etkili bir soruşturma yapılmadığına ilişkin iddiayı zaman bakımından (*ratione temporis*) yetkisiz olduğu gerekçesiyle kabul etmemiş; ancak hükümetin mağdur yakınlarının hakikati öğrenme konusunda yoğun çabalarına ısrarlı bir şekilde kayıtsız kalmasını 3. maddeye aykırı bulmuştur.²⁴⁸ Ancak yukarıda da belirtildiği gibi Büyük Daire, Rusya'nın Sözleşmeye 1998 yılında taraf olduğunu dikkate alarak, 1940 yılında gerçekleşen olay hakkında 58 sene sonra başvuruçuların yakınlarının kayıp olduğuna dair bir kaygılarının olmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle ihlal olmadığını

239 Örneğin bkz. Streletz, Kessler ve Krentz/Almanya, no. 34044/96, 35532/97 ve 44801/98, ECHR 2001-II; K.-H.W./Almanya, no. 37201/97, 22.3.2001, ECHR 2001-II; Kononov/Letonya, no. 36376/04, 17.5.2010.

240 İşkence davalarının suç ve ceza zamanaşımına tabi olmaması gerekliliği hakkında bkz. Abdülsamet Yaman/Türkiye, 32446/96, 2.11.2004, para.55; Ali ve Ayşe Duran/Türkiye, 42942/02, 8.4.2008, para. 69.

241 McKerr/Birleşik Krallık, no. 28883/95, 04.05.01; Shanaghan/Birleşik Krallık, no. 37715/97, 04.05.01; Hugh Jordan/Birleşik Krallık, no. 24746/94 04.05.01; Kelly ve Diğerleri/Birleşik Krallık, no. 30054/96, 04.05.01; McShane/Birleşik Krallık, no. 43290/98, 28.05.02; Finucane/Birleşik Krallık, no. 29178/95, 01.07.03.

242 Interim Resolution ResDH(2005)20.

243 CM/Inf/DH(2008)2revised 19 November 2008

244 Finucane ve McShane vakalarında sorumluların yargılanması sonucuna ulaşılmamasına rağmen bireysel önlemlerle ilgili inceleme nihayete ermiştir. Interim Resolution ResDH(2009)44.

245 Mammadov (Jalaloglu)/Azerbaycan, Annual Report (2009), s. 100; Members of the Gldani Congregation of Jehovah's Witnesses and 4 others/Gürcistan, Annual Report (2011), s. 168.

246 Jasar ve Diğer Benzer Davalar/Makedonya, Annual Report (2011), s. 112.

247 McKerr ve diğer davalarla ilgili şikayetleri gidermek için Birleşik Krallık'ta kurulan Tarihsel Soruşturmalar Takımı (Historical Enquiries Team), bu anlamda alternatif bir yöntem olarak değerlendirilebilir. Bkz. CM/Inf/DH(2008)2revised 19 November 2008.

248 Janowiec ve Diğerleri/Rusya, no. 55508/07 ve 29520/09, 16.4.2012, para. 142 ve 167.



sonucuna ulaşmıştır.²⁴⁹ Bununla birlikte, ilke olarak ceza muhakemesinin işletilemediği durumlarda dahi devletin soruşturma ödevi devam ettiği kabul edilebilir. Her ne kadar, bazı Sözleşme ihlallerinin giderilmesi için ceza hukuku araçlarının işletilmesi bir zorunluluksa da nihayetinde Sözleşme bir ceza kanunu değildir, devlet sorumluluğu hukukunu ilgilendirir. Ceza hukukunun işletilemediği durumlarda da devlet sorumluluğu devam etmektedir.

Aşağıda görüleceği gibi yargılamada karşılaşılan yapısal sorunlara ilişkin olarak pilot kararlarla²⁵⁰ oluşturulan yeni ulusal mekanizmalar, alternatif bir giderim aracı olarak görülmektedir. Anılan pilot kararlar uyarınca oluşturulan ulusal giderim mekanizmaları belirli bir hak tipinin giderilmesine yöneliktir; uzun yargılamadan kaynaklanan zararların giderilmesi örneğinde olduğu gibi. Bununla birlikte, Sözleşme'nin 13. maddesi AİHS'de korunan tüm haklar açısından etkili giderimi güvence altına aldığı için alternatif giderim yollarının belirli bir hak ihlali tipine özgülenmemesi ve fakat genel bir tazminat yolu olarak düzenlenmesi gereklidir. Bir başka deyişle, eğer yargılanmanın yenilenmesi yoluyla *restitutio in integrum* sağlanamıyorsa, etkin bir tazminat yolunun, ihlalin kaynağının idare ve yargı olduğuna bakmaksızın ve süre sınırı olmaksızın tüm AİHS ihlalleri için ulusal hukukta öngörülmesi gerekir.

b) Diğer Bireysel Önlemler

Yargılamanın yenilenmesi dışındaki diğer bireysel önlemler AİHM tarafından önerilebileceği gibi Bakanlar Komitesi tarafından da gündeme getirilebilir. Ancak belirtmek gerekir ki AİHM, her davada mutlaka bir veya daha fazla giderim yönteminin önerilebileceği düşüncesinde değildir. Hirst/Birleşik Krallık davasında; davalı hükümet tüm mahkûmların oy kullanma hakkının kısıtlanmasının Ek 1. Protokol'ün 3. maddesine aykırı olduğunu tespit eden Daire kararının²⁵¹ yol gösterici olmadığını belirtmiştir. Büyük Daire, 46. madde uyarınca kararın iç hukukta icrasını Bakanlar Komitesi denetiminde taraf devletlerin yerine getireceğini tekrar etmiş, bunun iki istisnası olabileceğini kabul etmiştir. Bu istisnaların birincisi, yapısal/sistemik sorunların tespit edildiği pilot kararlardır. Büyük Daire'ye göre, ikinci istisna ise ihlalin niteliği ihlali gidermek için gerekli önlemler konusunda gerçekten başka bir ihtimal bırakmadığı için AİHM'nin bu önlemi işaret ettiği durumlardır. AİHM, devletlerin farklı yöntemlerle Sözleşmeyle uyumlu uygulamalar geliştirdiği durumlarda ise sadece davalı devletin kendisine bırakılan takdir marjını aşmış olduğuna bakacağını ama giderime ilişkin bir öneride bulunmayacağını belirtmiştir.²⁵² Bu ayırmadan yola çıkarak, AİHM'nin giderime ilişkin tazminat dışında karar vermesi için iki koşuldun birinin gerçekleşmesi gerektiği söylenebilir: a. İhlal sistematik/yapısal bir sorunun parçasıdır; b. İhlali gidermek için tek bir yöntem mevcuttur.

Sistemik sorunlar, birden fazla kişiyi etkilediği için AİHM'nin bireysel değil genel önlem önerdiği davalara kaynak olmaktadır. Bu konu aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir. İkinci tip önlemler; yani ihlali gidermek için tek bir yöntemin mevcut olduğu durumlar ise bireysel önlem alınmasını gerektirmektedir. Bununla birlikte, yeni birçok karar örneğinde görülebileceği gibi AİHM'nin sadece ihlali gidermek için tek bir yöntem mevcut olan durumlarda bireysel önlem önereceği saptamasına sadık kalmadığı gözlenmektedir. Bazı davalarda önerilen bireysel yöntemin ihlali giderecek tek yöntem olduğu açık olmakla birlikte; birçok diğer örnekte davalı devlete geniş veya dar takdir marjı bırakıldığı görülmektedir. Bu nedenle, AİHM tarafından karar verilebilecek bireysel önlemleri dört farklı kategoride sınıflandırmak mümkün gözükmemektedir:

²⁴⁹ Janowiec ve Diğerleri/Rusya [BD], no. 55508/07 and 29520/09, 21.10.2013, para. 186

²⁵⁰ Bkz. örneğin Kudla/Polonya, no. 30210/96, 26.10.2000; Ümmühan Kaplan/Türkiye, 24240/07, 20.3.2012.

²⁵¹ Hirst/Birleşik Krallık (no. 2), no. 74025/01, 30.03. 2004.

²⁵² Hirst/Birleşik Krallık (no. 2), [BD] no. 74025/01, 6.10.2005, para. 83-84.



(1) Birinci Kategori: Tek Seçenek

Birinci kategorideki kararların çoğunluğunda ihlal, kararın verildiği tarihte devam etmektedir. Bu durumda, ihlali sonlandırmanın tek bir yolu vardır ve AİHM kararının yerine getirilmesinin tek yolu bu yöntemi izlemektir. Kişinin haksız bir şekilde özgürlüğünden alıkonulduğu durumlarda serbest bırakılması yönünde verilen karar bu kategorinin tipik örneğidir. Özgürlükten mahrumiyet devam ettiği sürece karar yerine getirilmemiş olacaktır.

AİHM 2000'li yıllarda, kişi özgürlüğünün ihlal edildiğinin saptandığı bazı davalarda bireysel önlem kararı almaya başlamıştır. Bu kararlarda da Mahkeme, kararlarının aslen açıklayıcı nitelikte olduğunu vurgulamakla birlikte, devletlere 46. madde uyarınca kararın gereğini yerine getirmelerinde yardımcı olmak amacıyla çeşitli olasılıklar sunabileceğini belirtmiştir. AİHM'ye göre, bazı davalarda ihlalin giderilmesinin tek bir yolu vardır ve Mahkeme'nin bu tek yolu göstermekten başka çaresi yoktur. Mahkemeye göre, haksız bir şekilde özgürlüğünden mahrum bırakılan bir kişinin bu mahrumiyeti devam ederken sadece tazminata hükmetmenin anlamsızlığı açıktır.

Bu düşünceden hareketle, Assanidze davasında AİHM, mülkiyet davalarındaki yaklaşımından da bir adım ileri giderek, kararın hüküm fıkrasında, Gürcistan Yüksek Mahkemesi'nin beraat kararına rağmen Acaristan'da özgürlüğünden alıkonulan Başvurucunun en kısa sürede serbest bırakılmasının sağlanması gerektiğini oybirliğiyle karara bağlamış ve hüküm fıkrasında bu gerekliliğe yer vermiştir.²⁵³ Mahkeme'ye göre, hukuka aykırılığı açıkça tespit edilmiş olan bu durumda Başvurucunun serbest bırakılması, kararın yerine getirilmesinin tek aracı haline gelmiştir, bu nedenle artık kararın ne şekilde yerine getirileceği konusunda davalı hükümetin bir takdir yetkisinden söz edilemez. Karar AİHM'nin, giderime ilişkin muhafazakar tavrından bir kopuş olarak değerlendirilmiştir.²⁵⁴ Ilascu/Moldova ve Rusya davası, bu duruşun daha net ortaya koyulduğu bir davadır. Bu davada, Mahkeme, hüküm fıkrasında, davalı Devletlerin keyfi alıkoymaya son verecek tüm gerekli önlemleri almasına ve başvurucuların **derhal** serbest bırakılmalarını sağlamasına karar vermiştir.²⁵⁵ Yukarıda anıldığı gibi son dönemde Türkiye aleyhine verilen üç karar da bu kategoride yer almaktadır.²⁵⁶

Doğrudan kişi özgürlüğünün ihlaline ilişkin olmamakla birlikte, giderim yöntemi olarak tahliyenin önerildiği ilginç bir vaka Fatullayev/Azerbaycan davasıdır. Fatullayev, iki ayrı ulusal mahkeme kararında, gazetecilik faaliyetleri nedeniyle hapis cezasına çarptırılmıştır. Her iki hükmün de ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddeye aykırı olduğunu saptayan AİHM, 10. maddenin ihlalinin saptandığı davada Başvurucunun hapisteye kalmaya devam etmesinin kabul edilemez olduğunu belirtmiştir. AİHM'e göre 10. maddenin ihlaline acilen son vermek için davalı Devletin Başvurucunun derhal tahliyesine karar vermesi gerekmektedir.²⁵⁷ Mahkeme bu talebi hüküm fıkrasında da tekrar etmiştir.²⁵⁸

Başvurucunun Yüksek Mahkeme hakimliğinden ihraç edildiği Oleksandr Volkov başvurusunda, 6. ve 8. maddelerin ihlal edildiğine karar veren AİHM, başvurucunun en kısa sürede görevine iadesinin ihlalin giderilmesinin tek yolu olduğuna karar vermiş, hüküm fıkrasında da bu kararı tekrar etmiştir.²⁵⁹

²⁵³ Assanidze/Gürcistan (BD), no. 71503/01, ECHR 2004-II, para. 202, hüküm paragrafı 14 (a). Assanidze, AİHM kararından beş gün sonra serbest bırakılmıştır.

²⁵⁴ Alexander Orakhelashvili (2005), Assanidze v. Georgia, 99 AJIL 222, 228.

²⁵⁵ Ilascu/Moldovya ve Rusya, no. 48787/99, 8.7.2004, hüküm paragrafı 22. Vurgu bize aittir.

²⁵⁶ Bkz. yukarıda anılan Şahin Alpay, Kavala ve Selahattin Demirtaş (2) kararları. Not 163-165.

²⁵⁷ Fatullayev/Azerbaycan, no. 40984/07, 22.4.2010, para. 176-177.

²⁵⁸ Aynı karar, hüküm fıkrası, para. 6.

²⁵⁹ Oleksandr Volkov, no. 21722/11, 09.1.2013.



Karanovic/Bosna Hersek davasında Başvurucunun Bosna Hersek Emeklilik Fonu'na yaptığı başvurunun reddi, Bosna Hersek İnsan Hakları Dairesi tarafından ayrımcılık olarak nitelenmesine rağmen, bu yargı kararı yetkili merciler tarafından infaz edilmemiştir. Yargı kararının yerine getirilmemesi nedeniyle Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edildiğine karar veren AİHM, hüküm fıkrasında tazminat dışında, başvurucunun Sırp Cumhuriyeti (*Republika Srpska*) Emeklilik Fonundan Bosna Hersek Emeklilik Fonu'na transferine de karar vermiştir. Mahkemeye göre, kararın icrasını sağlamanın tek yolu budur.²⁶⁰ Bu vakada, ihlalin devam edip etmediği tartışması bir yana AİHM'nin hükümetten pozitif bir edim beklemesi önemlidir. Diğer davalarda hükümetten devam eden bir edime son vermesi beklenirken Karanovic'de hükümetten yeni bir işlem tesis etmesi, Başvurucuyu Bosna Hersek Emeklilik Fonu'na kaydetmesi istenmiştir.

V.A.M./Sırbistan davasında, Başvurucu boşanma davasıyla birlikte eşi tarafından kendisine gösterilmeyen ortak çocuklarının velayetini istemiştir. Ulusal mahkeme, bir ara kararla dava sonuçlanıncaya kadar Başvurucunun ayda iki kez çocuğunu görmesine karar vermiştir. Çok uzun süre yargı süreci nihayete ermediği gibi mahkemenin ara kararı infaz edilmemiştir. AİHM, 46. maddeye ilişkin incelemesinde davanın özel bir özen gösterilerek nihayete erdirilmesi ve "uygun araçlarla" 1999 yılında verilen ara kararın infaz edilmesi gerektiğini belirtmiştir.²⁶¹ Her ne kadar, kararda uygun araçlar ifadesi kullanılmışsa da ara kararın infazı açısından hükümetin bir takdir marjının olmadığı açıktır. Davanın özel özenle sonuçlandırılması açısından ise sınırlı bir takdir marjından söz etmek mümkündür.

Mülkiyet hakkına ilişkin davalarda aşağıda görüleceği gibi ikinci kategori bireysel önlemler daha çok uygulanmaktadır. Bununla birlikte, bir davada, Başvurucunun mülkiyet hakkını kullanmasını sağlayan bir idari kararın gereğinin yerine getirilmemesi karşısında AİHM, hüküm fıkrasında tazminat yanında 3 ay süre içerisinde gayrimenkulün başvurucuya teslimini mümkün kılan Belediye kararının da icrasına hükmetmiştir.²⁶² AİHM sadece yargı kararlarının değil, sözleşme tarafından korunan hakları güvenceye alan idari kararların da infaz edilmemesi halinde 46. madde uyarınca karar verebilmektedir.

(2) İkinci Kategori: İade veya Tazminat

İkinci kategori kararlarda da yine devam eden bir ihlal söz konusudur. Bu ihlali sonlandırmak için en ideal yöntem yine tektir. Bununla birlikte, AİHM ihlal edilen hakkın niteliğini dikkate alarak hükümete ihlale son verme ve tazminat ödeme talimatını alternatifli veya kümülatif olarak vermektedir. Mülkiyet hakkının ihlal edildiği kimi davalarda bu yöntemin tercih edildiği görülmektedir. Bu kararlarda, mülkiyetin veya zilyetliğin belirli bir süre içerisinde başvurucuya devri bunun yapılmaması halinde ise tazminat ödenmesi karara bağlanmaktadır.

Mahkeme'nin ilk olarak, mülkiyet davalarında sorumluluk hukukunun tazminat dışı kavramlarına başvurmaya başladığı görülmektedir. İlk örnek olarak görülebilecek Papamichalopoulos ve Diğerleri davasında, başvurucuların 28 yıl süreyle kamulaştırmazsız olarak el koyulan gayrimenkullerinin iade edilmesi, bunun gerçekleşmemesi halinde başvuruculara maddi tazminat verilmesi karara bağlanmıştır.²⁶³

²⁶⁰ Karanovic/Bosna Hersek, no. 39462/03, 20.11.2007, para. 29-30.

²⁶¹ V.A.M./Sırbistan, no. 39177/05, 13.3. 2007, para. 166. Benzer şekilde bkz. Muzevic/Hırvatistan, no. 39299/02, 16.11.2006, para. 91.

²⁶² İliç/Sırbistan, no. 30132/04, 9.10.2007, Hüküm Fıkrası para. 6, karar para. 112. Başvurucuya ait gayrimenkul rejim değişikliği öncesinde "korunmalı kira sistemi"ne alınmış, başvurucunun mülkü üzerinde tasarrufu imkansız hale gelmiştir. 1992'de çıkarılan bir yasa ile bu kapsamdaki evlerin maliklerine teslimi ve ilgili gayrimenkullerde oturanlara alternatif konut sağlanması mümkün kılınmıştır. Başvurucunun talebi üzerine Palilula Belediyesi Konut Dairesi evin boşaltılarak başvurucuya teslimine karar vermiş ancak bu karar 10 yılı aşkın bir süre uygulanamamıştır.

²⁶³ Papamichalopoulos ve Diğerleri/Yunanistan (Madde 50) A 330-B (1995), para. 38-39.



Mahkeme, Belvedere Alberghiera/İtalya vakasında hükümetin Başvurucunun gayrimenkulüne haksız bir şekilde el koyduğunu saptamış, bu durumda en uygun giderim yolunun malın geri verilmesiyle birlikte maddi ve manevi tazminat ödenmesi olacağını belirtmiştir.²⁶⁴ Ancak Papanichalopoulos'tan farklı olarak bu kararda, tazminat iadenin alternatifi değil tamamlayıcıdır. Bununla birlikte, bu ifade hüküm fıkrasında tekrar edilmemiştir.²⁶⁵ Benzer şekilde, Romanya'ya karşı açılan bir dizi davada yargı kararlarına aykırı bir şekilde mülkiyete el koyma işlemlerine karşı AİHM, malın iadesine, aksi takdirde tazminat ödenmesine karar vermiş²⁶⁶, bu bulguyu hüküm fıkrasında da tekrar etmiştir. Şüphesiz, Mahkeme'nin hükümete iadenin mümkün olduğu durumlarda, iade etmemesi durumunda tazminat ödenmesi şeklinde bir takdir imkânı bırakması eleştiriye açıktır.²⁶⁷ Hangi durumlarda tazminatın iadeye alternatif, hangi durumlarda ek olacağına ilişkin açık ölçütler geliştirilmemiş olması keyfiliğe yol açma riski içermektedir. Muhtemelen AİHM, maddi ve fiili olarak iadenin güç olduğu durumları ayırt etme gereği duymaktadır. Yine de AİHM'nin, tazminatla yetinmeyip ihlalin devamına son verilmesi yönünde karar vermesi önemlidir.

(3) Üçüncü Kategori: Sınırlı Takdir Marjı

Üçüncü tip bireysel önlem, AİHM'nin ilk iki kategoride belirttiği kadar net bir şekilde alınacak önlemi tarif edemediği davalardır. Bu tür davalarda, AİHM ihlali gidermek için en kısa sürede kararda tarif edilen şekilde önlem alınması gerekliliğini belirtmektedir. Başvurucunun alıkonulma koşullarının kötü muamele niteliğine bürünerek 3. maddeyi ihlal ettiği durumlarda AİHM, alıkonulmanın uluslararası standartlara uygun koşullarda tutulması için en kısa sürede gerekli önlemlerin alınması gerekliliğini vurgularken hükümete sınırlı da olsa bir takdir marjı tanımaktadır.

Bireysel önlemler açısından önemli bir grup dava, alıkonulma koşulları nedeniyle sağlığı bozulan kişilerin yaptıkları başvurulardan kaynaklanmaktadır. Dybeku/Arnavutluk vakasında, paranoya hastası olan başvurucunun tutulma koşullarının 3. maddeyi ihlal edecek düzeyde olduğunu dikkate alan AİHM; Başvurucu gibi sağlık durumu nedeniyle özel bakım ihtiyacı olan mahkûmların uygun alıkonulma koşulları ve yeterli sağlık hizmetine kavuşturulmaları için acil bir şekilde gerekli önlemlerin alınması gerektiğini belirtmiştir.²⁶⁸ Slawomir Musial/Polonya vakasında, şizofreni hastası olan başvurucu sağlıklı insanlarla birlikte tutuklu tutulmuştur. Başvurucunun sağlığı, alıkonulma koşullarına bağlı olarak kötüleşmiştir. AİHM, Başvurucu açısından ihlali giderecek önlem konusunda davalı hükümetin bir tercihinin olmadığını, 3. madde ihlaline son vermek için Başvurucunun en kısa sürede gerekli psikiyatrik destek alabileceği ve devamlı tıbbi gözlem altında tutulacağı bir birimde tutulmasının sağlanması gerektiğini belirtmiştir.²⁶⁹ Mahkeme, bu talebi hüküm fıkrasında da tekrar etmiştir. AİHM içtihadına göre, sağlık koşulları her durumda kişinin serbest bırakılmasını gerektirmemekle birlikte, alıkonulan kişinin, alıkonulma koşulları nedeniyle sağlık durumunun ağırlaşması istisnai olarak AİHM'in 46. madde uyarınca kişinin serbest bırakılması yönünde karar almasına vesile olabilir.²⁷⁰

264 Belvedere Alberghiera S.r.l./İtalya, no. 31524/96, 30.5.2000, para. 69.

265 Mahkeme hakkaniyete uygun tatmin konusunda karar vermek için dosyanın karara hazır olmadığını belirtmiş, hakkaniyete uygun tatmin konusu daha sonra verdiği bir kararla sonuçlandırmıştır. Belvedere Alberghiera S.r.l./İtalya, no. 31524/96, (Madde 41 kararı).

266 Brumarescu/Romanya (Adil Tatmin) 2001-I ECHR 155, para. 19-23; Vasiliu/Romanya, no. 29407/95, 21.5.2002, para. 52-6; Hodos ve Diğerleri/Romanya, no. 29968/96, 21.5.2002, para. 70-3; Strain ve Diğerleri/Romanya, no. 57001/00, 21.7.2005, para. 80-81.

267 Loukis G. Loucaides (2008-2), "Reparation For Violations of Human Rights under the European Convention and Restitutio In Integrum", E.H.R.L.R., 182, 186.

268 Dybeku/Arnavutluk, no. 41153/06, 18.12.2007, para. 64.

269 Slawomir Musal/Polonya, no. 28300/06, 20.1.2009, para. 106.

270 Aleksanyan/Rusya, no. 46468/06, 22.12.2012, para. 240. AİHM, hem başvurucunun hastalıklarının alıkonulma mekanında iyileştirilmesinin imkansız olduğunu, hem de alıkonulma gerekçelerinin 5. madde kapsamında geçerliliklerini yitirdiğini kaydederek başvurucunun alıkonulmaya devam edilmesinin kabul edilemez olduğunu belirtmiştir.



Stanev/Bulgaristan davasında, Başvurucu rızası dışında ve 5. maddeye aykırı olarak bakım evinde tutulması tartışılmıştır. AİHM, Başvurucunun alıkonulması için 5. maddenin 1. fıkrasında sayılan koşullardan hiçbirinin mevcut olmadığını saptamış, alıkonulma konusunda Başvurucunun rızasının olup olmadığının tespit edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Başvurucunun rızasının varlığı halinde bakım evinde kalabileceğini aksi halde ise AİHM kararı ışığında başvurucunun durumunun yeniden değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.²⁷¹ Olayda Başvurucunu haksız alıkonulması 5. maddeyi ihlal ettiği gibi alıkonulma koşulları da 3. maddenin ihlaline vücut vermiştir. Görüldüğü gibi burada da aslında karar tek ve mutlak bir önlemi değil aşamalı bir değerlendirmeyi buyurmaktadır.

Gerek mülkiyete gerekse kişi özgürlüğüne ilişkin davalarda verilen özel önlem kararlarının bir özelliği dikkatten kaçmamaktadır. Bu vakaların tamamında ihlal devam etmektedir. Belvedere Alberghiera vakasında, AİHM yasal bir kamulaştırmayla kamulaştırmaz el koyma arasındaki farka dikkat çekmiş²⁷² ve ikincisinde malın iadesinin devam eden bir ihlale son vermenin bir yolu olduğunu ima etmiştir. Kişi özgürlüğü davalarında da Mahkeme, ihlalin doğası nedeniyle hükümetin tercih şansının kalmadığını belirtirken aslında ihlalin devam eden niteliğine vurgu yapmaktadır. Bu nedenle, AİHM'nin anılan vakalarda davalı hükümete belirli bir giderim yöntemini dayatmasının nedeninin eski hale iade (*restitutio in integrum*) değil, devam eden ihlali sona erdirme olduğu ileri sürülmüştür.²⁷³

Devam eden ihlali sona erdirme ödevinin bazı durumlarda giderimden bağımsız bir anlam taşımakla birlikte, bazı durumlarda da giderimin bir parçası olduğu düşünüldüğünde²⁷⁴ anılan kararlarda söz konusu bireysel önlem buyruklarının aynı zamanda giderim aracı olduğu belirtilebilir.

Dahası, üçüncü kategoride yer alan, devlete sınırlı bir takdir yetkisi tanıyan, diğer maddelere ilişkin AİHM içtihadı bireysel önlem önerilerinin sadece devam eden ihlallere yönelik olmadığını göstermektedir. Kızılay ve Sağlık Bakanlığının hataları nedeniyle çocuklarına kan nakli sırasında HIV virüsü bulaşan ve sonrasında çocukları AIDS hastalığına yakalanan ebeveynlerin açtığı Oyal/Türkiye davasında, AİHM yüksek maddi ve manevi tazminat yanında hükümetin çocuğa hayatı boyunca tam ve ücretsiz sağlık hizmeti sağlaması gerektiğine karar vermiştir.²⁷⁵ Başvurucuların sınır dışı edilme riski bulunan davalarda da AİHM, hüküm fıkrasında belirtmemekle birlikte, 46. madde uyarınca bireysel önlemler önerebilmektedir. M.S.S/Belçika ve Yunanistan davasında Mahkeme, Yunanistan'ın Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlaline yol açan, başvurucunun sürüncemede kalan sığınma talebini Sözleşme ile uyumlu bir şekilde incelemesi ve inceleme devam ederken başvurucuyu sınır dışı etmemesi gerektiğini belirtmiştir.²⁷⁶

AİHM, Scoppola/İtalya (No. 2) davasında ilk kez verilmiş bir mahkûmiyet kararındaki cezanın indirilmesini isteyerek bireysel önlem talebinin sadece devam eden ihlale son verme niteliğinde olmadığını göstermiştir. Anılan davada, eşini öldüren ve bir oğlunu yaralayan Başvurucu, hakkında açılan davada basit usulle yargılanmayı kabul etmiş ve dava tarihinde geçerli olan hüküm uyarınca suçunu kabul edip basit usulle yargılandığı için ömür boyu hapis cezası yerine, 30 yıl hapis cezasına çarptırılmıştır. Ancak hükmün ilk derece mahkemesi tarafından açıklandığı gün, yasada yapılan değişiklikle basit usulle yargılanmayı kabul etme halinde ağırlaştırılmış ömür boyu hapis cezası yerine ömür boyu hapis cezası verileceği kurala bağlanmıştır. Temyiz aşamasında karar yeni hükme dayanarak bozulmuş ve başvurucu ömür boyu hapis cezasına

271 Stanev/Bulgaristan, no. 36760/06, 17.1.2012, para. 258.

272 Belvedere Alberghiera S.r.l./İtalya, no. 31524/96, 30.5.2000, para. 68.

273 Colandrea, 402.

274 Buyse (2008), 130.

275 Oyal/Türkiye, no. 4864/05, 23.3.2010, hüküm fıkrası, 5 (b)

276 M.S.S./Yunanistan, no. 30696/09, 21.1.2011, para. 402.



çarpıtılmıştır. Daha önceki içtihadından dönen AİHM, anılan hükümlerle AİHS'nin kanunsuz suç ve ceza olmayacağına ilişkin 7. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. AİHM, kararda 46. maddeyi uygulamış ve hükümetin bireysel önlem olarak başvurucuya ömür boyu hapis cezası yerine 30 yılı aşmayacak bir hapis cezası verme yükümlülüğünde olduğunu belirtmiş, bu sonucu kararın hüküm fıkrasında da tekrar etmiştir.²⁷⁷

Bu kategoride sınıflandırılabilir son dava tipi, soruşturmadaki eksiklik nedeniyle 2 ve 3. maddenin usuli ihlaline yol açılan durumlardır. AİHM, uzunca bir dönem usul açısından ihlal bulunan davalarda soruşturmanın ne şekilde yapılması gerektiğine dair açıklama yapması istemlerini cevapsız bırakmıştır.²⁷⁸ Mahkeme, bu talepleri reddederken, üzerinden yıllar geçmiş olaylarda yeniden yapılacak soruşturmanın yetersiz kalabileceğini de dikkate almıştır. Abuyeva ve Diğerleri davasında ise ilk defa farklı bir sonuca ulaşılmıştır.²⁷⁹ Abuyeva'da, aşağıda açıklanacağı gibi²⁸⁰, Mahkemenin daha önceden soruşturmanın eksikliği nedeniyle ihlal bulunduğu bir vaka²⁸¹ tekrar Strazburg'a taşınmıştır. AİHM, daha önceki kararlardan farklı olarak, iki nedenle soruşturmanın nasıl olacağı konusunda bu olayda özel önlem önerilebileceğini belirtmiştir. Birincisi, aynı konuya ilişkin olarak verilen ve soruşturmanın etkisiz olduğunu saptayan daha önceki AİHM kararı hükümet tarafından açıkça göz ardı edilmiştir.²⁸² İkinci olarak, zaten yürütülen soruşturmada çok fazla bilgi toplanmıştır, eksikliklerin bu aşamada kolayca tamamlanması mümkündür.²⁸³ Bunun sonucu olarak, AİHM'ye göre yeni ve bağımsız bir soruşturmanın yürütülmesi zorunludur. Bu soruşturma, AİHM'nin bu davada belirttiği koşullara ve bugüne kadar yürütülen soruşturmadaki eksikliklere ilişkin kararda belirtilen sonuçlara uygun bir şekilde yürütülmelidir.²⁸⁴

Abuyeva'da AİHM bir soruşturmanın nasıl yürütüleceğine dair ilk kez bireysel bir önlem önermekle birlikte, bu öneri kararın hüküm fıkrasına girmemiştir. Nihayet Arıcı ve Diğerleri/Türkiye davasında Mahkeme ilk kez bu adımı da atmıştır. Başvurucularının yakınlarının ölümünden davalı Devletin sorumlu bulunduğu davada, AİHM, aynı zamanda etkili soruşturma yapılmamış olması nedeniyle de usuli ödevin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Başvurucular, adil tatmin başlığı altında bir talepte bulunmamıştır. Mahkeme, 46. madde incelemesinde hükümetin Başvurucuların yakınlarının hangi koşullarda öldürüldüğüne ışık tutmak için 13 yıldır devam eden soruşturmayı en kısa sürede sonuçlandırması gerektiğine ve Başvurucuların zararlarının giderilmesi için gerekli adımların atılmasına karar vermiştir.²⁸⁵ Aynı ifade kararın hüküm fıkrasında da tekrarlanmıştır.²⁸⁶ AİHM'nin ilk defa bu tür bir talimata hüküm fıkrasında yer vermesi, kısmen başvurunun 41. madde altında tazmin istememesi ile de bağlantılandırılabilir şüphesiz. Bununla birlikte, başvurucuların adil tatmin talebinde bulunmadığı birçok davada Mahkeme'nin bu yönde karar almadığı düşünüldüğünde, bu tavrın Strazburg içtihadında yeni bir adım olduğu sonucunu çıkarmak mümkündür.

AİHM, bu iki karar sonrasında da soruşturmanın eksikliğine ilişkin somut saptamalarda bulunmuştur. Beslan'daki rehine krizinin çok sayıda rehinenin öldürülmesiyle sonuçlanmasına ilişkin

277 Scoppola/İtalya (No. 2), no. 10249/03, 17.9.2009, para. 154 ve hüküm fıkrası 6 (a). Her ne kadar Mahkeme 154. maddede bu önlemin 6. ve 7. maddelerin ihlaline son vermek amacıyla alınması gerektiğini ifade etmekteyse de davada bu maddelerin uygulamasının devam eden bir ihlale vücut vermediği açıktır.

278 Örn bkz. Ülkü Ekinci/Türkiye, no. 27602/95, 16.7.2002, para. 179; Finucane/Birleşik Krallık, no. 29178/95, para. 89; Kukayev/Rusya, no. 29361/02, 15.11.2007, para. 133-34.

279 Abuyeva ve Diğerleri/Rusya, no. 27065/05, 2.12.2010.

280 Bkz. aşağıda 490-493 notlar ve ilgili metin.

281 Isayeva/Rusya, no. 57950/00, 24.2.2005.

282 Abuyeva ve Diğerleri/Rusya, no. 27065/05, 2.12.2010, para. 241.

283 Abuyeva ve Diğerleri/Rusya, no. 27065/05, 2.12.2010, para. 242.

284 Abuyeva ve Diğerleri/Rusya, no. 27065/05, 2.12.2010, para. 243.

285 Nihayet Arıcı ve Diğerleri/Türkiye, no. 24604/04 ve 16855/05, 23.10.2012, para. 176.

286 Nihayet Arıcı ve Diğerleri/Türkiye, no. 24604/04 ve 16855/05, 23.10.2012, hüküm fıkrası 6.



başvuruda AİHM, halen devam eden ulusal soruşturma için kararın infazı açısından bazı önlemlerin alınması gerektiğini saptamıştır. AİHM'e göre, kolluğun rehine operasyonunu gerçekleştirirken sivilleri ve teröristleri ayırmaksızın kullandığı ateşli gücün koşullarının ortaya çıkarılması ve eldeki diğer delillerle birlikte olayın gerçekleşme koşullarının belirlenmesi gerekmektedir. Ayrıca, bu soruşturma kapsamında, kamunun soruşturmayı yakından takip edebilmesi için mağdurların kilit önemdeki belgelere ulaşmasının sağlanması gerektiği belirtilmiştir.²⁸⁷ Abu Zubaydah/Litvanya kararında ise devletin etkili soruşturma ödevinin bu soruşturmanın yapılması mümkün olduğu sürece devam eden bir ödev olduğu belirtilerek, halen açık ve fakat atıl halde olan soruşturmanın canlandırılması gerektiği tespit edilmiştir.²⁸⁸

Nihayet Benzer ve Diğerleri/Türkiye kararında AİHM, 34 kişinin ölümüne yol açan hava operasyonunun etkili bir şekilde soruşturulmadığını saptadıktan sonra bu ihlalin giderilmesi için şu önlemlerin alınması gerektiğini saptamıştır:

Mahkeme, soruşturma dosyasının ulusal düzeyde halen açık olduğunu ve elindeki belgeleri göz önünde bulundurarak; soruşturmaya ilişkin yeni adımların Bakanlar Komitesi denetiminde atılmasının kaçınılmaz olduğu kanısındadır. Özellikle, cezasız kalma halinin önüne geçilmesi için ulusal makamlar tarafından alınacak önlemler; başvuruların köylerinin bombalanmasından sorumlu olan kişilerin tespit edilmesi ve cezalandırılması amacıyla, uçuş kayıt defterine dayanılarak (bk. Yukarıda paragraflar 83-84), etkin bir ceza soruşturmasının yürütülmesi hususunu da kapsamalıdır".²⁸⁹

Yukarıda anlatıldığı üzere²⁹⁰ Mahkemenin bu talebi yerine getirilmemiştir.

(4) Dördüncü Kategori: Belirsiz Bireysel Önlem

Nihayet, az sayıda olmakla birlikte bazı vakalarda önerilen bireysel önlemin nasıl yerine getirileceği tamamen belirsiz kalmaktadır. Al Saadoon ve Mufdhi/Birleşik Krallık davasında, AİHM İçtüzüğü'nün 39. maddesi uyarınca dava karara bağlanıncaya kadar Başvurucuların Irak'taki Birleşik Krallık güçlerince Iraklı yetkililere teslim edilmemesine karar vermiş; ancak davalı hükümet bu buyruğa uymamıştır. Büyük Daire, esasa ilişkin incelemesinde Başvurucuların ölüm cezasına çarptırılma ihtimallerine rağmen Birleşik Krallık yetkilileri tarafından gerekli önlem ve güvenceler alınmaksızın Irak makamlarına teslim edilmesini Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı bulmuştur. AİHM, hükümetin 3. madde ödevlerini yerine getirmek ve Başvurucuların ızdırabına son vermek amacıyla, en kısa sürede Iraklı makamlardan başvurucuların ölüm cezasına çarptırılmayacakları konusunda güvence almak için tüm olası adımları atması gerektiğini belirtmiştir.²⁹¹ Görüldüğü gibi bu kategoride, diğer üç kategoriden farklı olarak hükümetin hangi önlemleri alırsa kararı icra etmiş olacağını saptamak zordur. Başvurucuların infazının engellenmesi yönünde çok farklı diplomatik yöntemlerin denenmesi mümkündür. Bunların hangilerinin AİHS açısından yeterli bulunacağını kestirmek güçtür.²⁹² Bu kategorideki kararlarda, bireysel önlemlerin hüküm fıkrasında tekrar edilmediği de dikkat çekmektedir.

Sözleşme dışı bir devlete karşı diplomatik yolları kullanma konusu bir başka senaryo karşısında Savriddin Dzhurayev/Rusya başvurusunda gündeme gelmiştir. Başvurucu, Rusya'da geçici mülteci statüsüyle bulunduğu sırada Tacikistan istihbaratı tarafından ve karara göre Rus yetkililerinin dahilyle, kaçırılmış ve zorla Tacikistan götürülmüştür. Mahkeme, bu durumu dikkate

²⁸⁷ Tagayeva ve Diğerleri/Rusya, no. 26562/07, 13.4.2017, para. 641.

²⁸⁸ Abu Zubaydah/Litvanya, no. 46454/11, 31.5.2018, para. 682-683.

²⁸⁹ Benzer ve diğerleri/Türkiye, B. No: 23502/06, 12.11.2013, para. 219.

²⁹⁰ Yukarıda bkz. 222-224 nolu notlar ve ilgili metin.

²⁹¹ Al Saadoon ve Mufdhi/Birleşik Krallık, no. 61498/08, 2.3.2010, para. 171.

²⁹² Nitekim hükümet, başvurucuları iade öncesi ve sonrasında yaptığı kimi girişimleri AİHM önünde sunmuş ama bu girişimler AİHM tarafından yeterli görülmemiştir. Al Saadoon ve Mufdhi/Birleşik Krallık, para. 27-35 ve 82-89.



alarak iki spesifik karar vermiştir. Birincisi başvuru hakkının ihlali nedeniyle verilen tazminatın Tacikistan'da ödenmesi mümkün olmadığı için tazminatın başvuru adına davalı devlette oluşturulacak bir fona yatırılmasına karar verilmiştir. İkinci olarak Al Saadoon ve Mufdhi kararında olduğu gibi başvuru hakkının yaşam ve sağlığına yönelik tehditlere karşı korumak için hukuki, diplomatik ve pratik önlemlerin alınması istenmiştir.²⁹³ Benzer bir durum, başvuru hakkının CIA tarafından gizli olarak sorgulanması ve ABD'ye götürülmesi sonrasında ölüm cezası alma riski bulunan Al Nashiri/Polonya başvurusunda da söz konusudur.²⁹⁴ Başvuru hakkının gönderildiği ülkede işkence görme ihtimalinin olduğu durumlarda da taraf devlet açısından benzer bir ödev söz konusu olabilir.²⁹⁵ Ancak bu önlemlerin ne olacağı ve nasıl yerine getirileceği, Bakanlar Komitesi denetiminde davalı devlete bırakılmıştır.

Kim/Rusya başvurusunda vatansız statüsündeki Roman başvuru 2 yıl süre ile idari gözetiminde kalmıştır. AİHM bu uygulamanın başvuru hakkının kişi özgürlüğünü ihlal ettiğini tespit etmiş ve Rusya'yı başvuru hakkının bu statüsü nedeniyle benzer bir muamele ile karşılaşmaması için gerekli önlemleri almaya davet etmiştir. Ancak bu önlemlerin ne olacağının tespiti Bakanlar Komitesi denetimi altında davalı devlete bırakılmıştır.²⁹⁶

c) Bakanlar Komitesi'nde Önerilen Bireysel Önlemler

Bakanlar Komitesi, AİHM kararında açıkça dile getirilmemiş olsa bile başka bireysel önlemlerin alınmasının gerektiğine karar verebilir. Bu kararlar, AİHM kararlarından çok daha somut ve ayrıntılı önlemler önerebilir. Bazı davalarda Bakanlar Komitesi kararında belirtilen giderim doğrudan AİHM kararından çıkartılabilir. Etkili soruşturmanın yürütülmemesi nedeniyle 2. ve 3. maddenin ihlal edildiği davalarda, Komite'nin yeni soruşturma açılmasını istemesi ve soruşturma sürecini izlemesi kararın bütününden kolayca çıkarılabilecek önlemlerdir. Bu tipte çok sayıda Bakanlar Komitesi kararı bulunmaktadır.²⁹⁷

Bunun dışında, Bakanlar Komitesi kararları, ulusal makamların, şikâyetin niteliğine bağlı olarak, şu giderim araçlarını kullanmaları istenmektedir: İhlale neden olan idari kararın geri alınması; ihlal nedeniyle oluşan zararın ulusal tazminat yoluyla ile karşılanması²⁹⁸, ceza davalarında verilen cezada indirim uygulanması veya sanığın beraat etmesi²⁹⁹, başvuru hakkında çıkarılan yakalama kararının kaldırılması³⁰⁰, mahremiyet hakkına aykırı olarak elde edilmiş bilginin imha edilmesi, infaz edilmemiş ulusal yargı kararının infazının gerçekleştirilmesi, işkence-kötü muamele tehdidi altında olmasına rağmen sınır dışı edilmesine karar verilen kişiye ilişkin sınır dışı kararının geri alınması³⁰¹, işten çıkarılmış kamu görevlisinin yeniden atanması.³⁰²

293 Savridin Dzhurayev/Rusya, no. 71386/10, 25.4.2013, para. 252-255.

294 Al Nashiri/Polonya, no. 28761/11, 24.7.2014, para. 589.

295 M.A./Fransa, no. 9373/15, 01.02.2018, para. 91.

296 Kim/Rusya, no. 44260/13, 17.7.2014, para. 73-73. Bireysel önlemin bütünüyle soyut olmasına rağmen 46. madde kapsamında tartışıldığı bir diğer başvuru için bkz. Aliyev/Azerbaycan, no. 68762/14, 20.9.2018, para. 227-228.

297 Örneğin bkz. Khashiyev/Rusya ve benzer diğer davalar Annual Report 2007, s. 33, Annual Report 2008, s. 100 ve Annual Report 2009, s. 103.

298 Özellikle uzun süren yargılamalarla ilgili kurulan ulusal mekanizmalar bu uygulamanın tipik örnekleridir. Ancak başka alanlarda da tazminat mekanizmaları kurmak mümkündür. Kudla/Polonya, no. 30210/96, 26.10.2000; Ümmühan Kaplan/Türkiye, no. 24240/07, 20.3.2012; İçyer/Türkiye (kabul edilemezlik kararı), no. 18888/02, 12.1.2006.

299 Tom Barkhuysen ve Michel L. van Emmerik (2005), "A Comparative View on the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights", (Theodora A. Christou ve Juan Pablo Raymond, yay. haz.), European Court of Human Rights: Remedies and Execution of Judgments, (Londra: The British Institute of International and Comparative Law), s. 5-7.

300 Ülke/Türkiye, , Annual Report 2011, s. 57.

301 Remarks by the Director General of the Directorate General of Human Rights and Rule of Law (2012), Committee of Ministers, Supervision of the execution of judgments and decisions of the European Court of Human Rights, Annual Report 2011, s. 16.

302 Open Society Initiative, s. 40.



Şüphesiz, kararın yerine getirilip getirilmediğine ilişkin devlet dışı kaynaklardan sunulacak bilgiler, Bakanlar Komitesi'nin önerebileceği bireysel önlemlerin çeşitlenmesinde önemli bir kaynak olabilecektir. Yakın tarihte Türkiye aleyhine verilen Kavala³⁰³ ve Selahattin Demirtaş (2)³⁰⁴ kararlarında STK'ler bireysel önlemlere ilişkin olarak çok ayrıntılı sunumlar yapmış bu sunumlar Bakanlar Komitesinin kararının oluşturulmasına önemli katkı sağlamıştır.

4. Genel Önlemler ve Yeni İhlalleri Önleme

AİHM'nin ihlal kararı şüphesiz davanın taraflarını aşan bir etkiye sahiptir. Bu etki, bazı durumlarda ihlalin kaynağı olan düzenleme ve/veya uygulamanın aynı ülkede başka kişileri de etkilemesi nedeniyle davalı devlette geniş sonuçlar doğururken, bazen de benzer sorunların yaşandığı diğer ülkeleri de kapsayacak etkiler içerebilir.³⁰⁵ Her ne kadar AİHM kararı ilgili davaya ilişkin olarak verilmiş gözükse de uluslararası sorumluluk hukukunun doğal bir gereği olarak ihlalcı devlet koşullar gerektirdiği takdirde, ihlalin tekrarlanmaması için uygun güvenceler vermek durumundadır.³⁰⁶ Nitekim, AİHM de ihlalin saptanması halinde davalı devletin sadece tazminat ödeme yükümlülüğü olmadığını genel önlemler almasının da gerekli olduğunu belirtmektedir.³⁰⁷ Mahkemeye göre Sözleşmeye taraf olan devletlerin iç hukuklarını Sözleşmeyle uyumlu hale getirme yükümlülüğü bulunduğu için³⁰⁸ ihlal bulgusunun doğal sonucu yeni ihlallerin işlenmesini önleyecek önlemlerin alınmasıdır. Bu güvenceler, mevzuatı değiştirmek şeklinde olabileceği gibi benzer ihlallerin ortaya çıkmasını engelleyecek yapısal önlemler alma şeklinde de ortaya çıkabilir.

AİHM'nin genel önlemler önermesi bireysel önlemlere nazaran daha zordur. Birincisi, genel önlem gerektirecek bir sistemik sorunun saptanması çok sayıda davanın ortak bir veya birkaç yönünün bulunmasını gerektirir. Tüm bu davalara ortak uygulanabilecek önlemlerin tespiti tek bir davada saptanacak önlemden daha zordur. Genel önlemlerin uygulanması pratik açıdan da bireysel önleme göre daha zordur. Örneğin, binlerce kişiyi etkileyen mülkiyet davalarında alınması istenen genel önlemler bütçeye ciddi yükler getirdiği için uygulanması çok daha zor olabilir.³⁰⁹ Dahası, bazı yapısal bozukluklar sadece maddi kaynak aktarımıyla da kolayca çözüme ulaştırılamayabilir. Makul sürede sonuçlandırılmayan davalar bu açıdan tipiktir. Bu davalar, verili bir davada kamu görevlilerin bireysel hatalarından kaynaklanabileceği³¹⁰ gibi daha sistemik bir sorundan, örneğin yeterli kaynak aktarılmamasından veya kaynakların doğru işletilememesinden³¹¹ de kaynaklanabilir. Makul sürede sonuçlandırılmayan davaların yapısal bir sorun

303 İnsan Hakları İzleme Örgütü, Uluslararası Hukukçular Komisyonu ve Türkiye İnsan Hakları Projelerine Destek Projesinin bu davaya ilişkin sunduğu Kural 9 Sunumları https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=0900001680a17133; https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=0900001680a05218; https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016809ea760 ifade özgürlüğü Derneğinin bu davaya ilişkin sunduğu Kural 9 sunumları için bkz. https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016809eff1c; https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016809eded. Af Örgütünün bu davaya ilişkin sunduğu Kural 9 sunumu için bkz. https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016809ec281

304 İnsan Hakları İzleme Örgütü, Uluslararası Hukukçular Komisyonu ve Türkiye İnsan Hakları Projelerine Destek Projesinin bu davaya ilişkin sunduğu Kural 9 Sunumları için bkz: [Dhttps://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=0900001680a1747c](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=0900001680a1747c)

305 Örneğin; Hollanda, Belçika hakkında verilen Marckx kararını dikkate alarak aile hukukuna ilişkin mevzuatını kararın verildiği tarihe geri yürütecek şekilde mevzuatını değiştirmiştir. Barkhuysen ve Emmerik, s. 11 ve 15 vd.

306 Devlet Sorumluluğu Taslak Maddeleri, md. 30 (b).

307 Assanidze/Gürcistan [BD], no. 71503/01, 08.04.2004, para. 198; İlaşcu ve Diğerleri/Moldova ve Rusya [BD], no. 48787/99, 08.07.2004, para. 487.

308 Maestri/İtalya [BD], no. 39748/98, 17.02.2004, para. 47.

309 Bu nedenle, sistemik sorunlara ilişkin kararlarda AİHM'in bu sınırlılıkları dikkate aldığı görülmektedir. Örn. bkz. Broniowski/Polonya, para. 182-183; Maria Atanasiu ve Diğerleri/Romanya, no. 30767/05 and 33800/06, 12.10.2010, para. 169-172.

310 Örn. Reinhardt ve Slimane-Kaid/Fransa, no. 23043/93; 22921/93, 31. 3. 1998, RJD 1998-II, para. 100.

311 Georgiadis/Kıbrıs, no. 50516/99, 14. 5. 2002, para. 46; Zimmermann ve Steiner/İsviçre, 13.7. 1983, Series A no. 66, para. 30-32.



haline gelmesi halinde ülkedeki yargı sisteminin değiştirilmesi gibi örgütsel; bina, araç, malzeme gibi lojistik; yeni yargıçların atanması, bilirkişi kalitesinin yükseltilmesi gibi insan gücüne ilişkin önlemler³¹² alınması gerekebilir. AİHM, bu gibi durumların değerlendirmesinin yargı fonksiyonunun dışında olduğunu ve Bakanlar Komitesi tarafından izlenmesi gerektiğini belirtmektedir.³¹³

Son olarak, genel önlemlerin alınmasında ortaya çıkacak siyasal zorlukları da unutmamak gerekir. Kamuoyu desteği olmayan konularda genel önlem almak hükümet açısından siyasal sorunlar yaratabilir. Bu durum, bazı hallerde kararın icrasının eksik gerçekleşmesine, bazı durumlarda gecikerek hayata geçirilmesine ve nihayet bazı durumlarda ise kararın hiç icra edilmemesine yol açabilir. Azınlıklar, din, mahkûm hakları, genel ahlak konuları kamuoyu desteği de olmadığı için hükümetlerin icra konusunda olumlu irade göstermekten sıklıkla kaçındıkları alanlardır. Türkiye örneğinde düşünüldüğünde, başta Loizidou davası³¹⁴ olmak üzere Kıbrıs davalarının sürünce-medede kalması, DGM'lerin Öcalan kararına kadar kaldırılmaması³¹⁵, yargılamanın yenilenmesine ilişkin usul kurallarının süre bakımından uygulanmadığı Hulki Güneş grubu davalar³¹⁶ siyasal irade eksikliği nedeniyle genel önlem de alınmayan davalara örnek olarak gösterilebilir. Diğer Taraf Devletlerde de siyasal olarak kritik davaların genel önlem uygulamalarının sıkıntı yarattığı bilinmektedir. Çeçen davalarında ağır insan hakları ihlallerinden sorumlu olanların tespit edilip yargılanmaması³¹⁷ veya Birleşik Krallıkta mahkûmların oy kullanamaması sorunu³¹⁸ siyasal irade yokluğu nedeniyle icra edilemeyen kararlar arasında akla ilk gelenlerdir.

Bir davanın kaynağı olan yapısal sorunu tümüyle çözmek genelde Bakanlar Komitesi'nin izleme sürecinde hükümet tarafından gerçekleştirilirken, yapısal sorunun yol açtığı mağduriyetlerin ihlal sonrası giderilmesi genel önlem öneren AİHM kararı ile gerçekleşebilmektedir. İhlalin AİHM tarafından tespit edildiği tarihe kadar gerçekleşen ve bir kısmı AİHM önünde derdest olan davaların nasıl çözüleceğine bir pilot karar yol gösterebilir. İhlalin tekrar etmemesi ve yeni davalara yol açmaması için alınacak genel önlemleri ise Bakanlar Komitesi saptar. Şüphesiz her pilot karar sonrasında Bakanlar Komitesinin geleceğe yönelik düzenlemeleri takip etmesi gerekemeyebilir. Broniowski/Polonya³¹⁹, Xenides-Arestis/Türkiye³²⁰ gibi vakalarda sorun yaratan eylem ve işlemler gerçekleşip sonlanmıştır. Bu nedenle pilot kararda önerilen ulusal yöntemin uygulanması sonrasında yeni ihlallerin gerçekleşmesi ihtimali yoktur. Bu nedenle, pilot kararın uygulanması ile dosya kapatılabilecektir.

Süreklilik arz eden sistemik sorunlarda ise her iki organın farklı roller üstlenmesi mümkündür. Rusya'da mahkeme kararlarının uygulanmaması nedeniyle ortaya çıkan sistemik bozukluk

312 Dimitrov ve Hamanov/Bulgaristan, no. 48059/06 & 2708/09, 10. 5. 2011, para. 115.

313 Burdov/Rusya (no. 2), para. 137; Yuriy Nikolayevich/Ukrayna, no. 40450/04, 15.10.2009, para. 90-91; Dimitrov ve Hamanov/Bulgaristan, para. 115.

314 Interim Resolutions DH(99)680, DH(2000)105 and ResDH(2001)80). Karar icrasına ilişkin yaşanan gelişmeler için bkz. Marinella Marmo (2008), "The Execution of Judgments of the European Court of Human Rights-A Political Battle", 15 Maastricht J. Eur. & Comp. L. 235, 238 vd.

315 Sorun ilk olarak İncal/Türkiye davasında saptanmış ancak Çıraklar davasında nihai karar verilerek dosya kapatılmıştır. Çıraklar/Türkiye (Final Resolution DH99(555))

316 Öcalan'ın yeniden yargılanmasını önlemek amacıyla, CMUK'ta yapılan değişiklikle getirilen AİHM kararı nedeniyle yeniden yargılama hükmüne ilginç bir kısıtlama getirilmiştir. Buna göre, 4 Şubat 2003'e kadar kesinleşen veya 4 Şubat 2003'ten sonra başvurusu yapılan AİHM kararlarında ihlal bulunması halinde yargılamanın yenilenmesi mümkün olacaktır. Ancak başvuru bu tarihten önce yapılmış ancak yasa çıktığı sırada kesinleşmemişse yargılamanın iadesi mümkün olamayacaktır. Bakanlar Komitesi, ısrarla bu kısıtın kaldırılmasını talep etmektedir. ResDH(2005)113; CM/ResDH(2007)26; CM/ResDH(2007)150.

317 İnsan Hakları İzleme Örgütü'nün raporuna göre toplam 115 karar sonrası, Çeçenistan'da gerçekleşen ciddi insan hakları ihlallerinin bir tanesinde bile etkili bir soruşturma yürütülmemiştir. Human Rights Watch (2009), Who Will Tell Me What Happened to My Son?: Russia's Implementation of European Court of Human Rights Judgments on Chechnya.

318 Hirst/Birleşik Krallık (no. 2), no. 74025/01, 30.03. 2004.

319 Broniowski/Polonya

320 Xenides-Aristes/Türkiye, no. 46347/99, 22.12.2005, para. 40.



davalarında AİHM yapılacak kapsamlı reformun Bakanlar Komitesi tarafından izlenmesi gerektiğini belirtmekle birlikte, reform öncesinde kararların infazının gerçekleştirilmemesi nedeniyle mağdur edilenlerin zararlarının karşılanmasına ilişkin oluşturulacak mekanizmanın nasıl olması gerektiğine ilişkin pilot kararlar yol göstermektedir.³²¹ Aynı durum makul süre içerisinde yargılama yapılmamasından kaynaklanan ihlallerde de gözlenebilmektedir. AİHM, makul sürede yargılamayı gerçekleştirme amaçlı reform sürecinin siyasi bir tercih olduğunu kabul etmekte ancak sistemik sorundan kaynaklı mağduriyet için oluşturulacak yeni mekanizma açısından yol gösterici pilot karar vermektedir.

Sistemik sorunlara ilişkin kararlar genelde mevzuattaki bir eksikliğin tespitine ilişkin olduğu için AİHM'in bu yönde kesin buyruklar vermesi demokrasi ilkesi açısından da sorunlu görülebilir. Gerçekten de bu durumda AİHM Parlamento'nun yerine geçerek yasama görevini üstlenmekle suçlanmaktadır. Bunun sonucu olarak, AİHM'nin genel önlemlere ilişkin pilot kararları bireysel önlemler kadar somut olmamakta, Mahkeme davalı hükümete geniş bir takdir marjı tanımaktadır.³²² AİHM, bu davalarda amaçları belirlemekte ama bu amaçları yerine getirmek için kullanılacak araçların tercihini hükümetlere bırakmaktadır.

Genel önlemlerin hayata geçirilmesi organizasyonel açıdan bireysel önlemlerden farklılık gösterir. Genel önlemlerin alınabilmesi, devletin farklı birimleri arasında işbirliği içinde çalışmasını zorunlu kılmaktadır. Bakanlar Komitesi, taraf devletlerin AİHM kararlarının hızlı infazı için etkili ulusal kapasitesine ilişkin tavsiye kararında, ulusal düzeyde kararların icrası için kararların icrası sürecinde rol alan ilgili kamu makamları ile iletişim içinde bir koordinatör -kişi veya organ- atanmasını tavsiye etmiştir. Tavsiye kararına göre bu koordinatör; gerekli bilgileri toplayacak, kararların icrası için sorumlu kişi ve birimlerle iletişim içinde olacak ve gerekli olması halinde icra sürecini hızlandıracak ilgili önlemleri alacak ve başlatacak yetkilerle donatılacaktır.³²³

Türkiye'de, uzunca bir süre AİHM önündeki savunmalar Dışişleri Bakanlığı tarafından hazırlanmakla birlikte, kararların infazı ile ilgili koordinasyon görevinin kimin tarafından yerine getirileceği açık değildi. Adalet Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun uyarınca Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü bünyesinde bir İnsan Hakları Daire Başkanlığı kurulmasını öngören 650 sayılı KHK uyarınca bu görevin münhasıran Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Daire Başkanlığına verilmiştir. Yeni düzenleme uyarınca, İnsan Hakları Daire Başkanlığı sadece AİHM önündeki süreçte savunmanın hazırlanmasıyla sorumlu değildir, ayrıca Daire Başkanlığı "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından ülkemiz hakkında verilen ihlal kararlarının infazı ile ilgili gereken önlemleri almak, ülkemiz hakkında verilen ihlal kararlarını ilgili mercilere iletmek ve ihlalin ortadan kaldırılmasına yönelik süreçleri takip etmek"le de görevlendirilmiştir.

Kararlara ilişkin genel önlem alınması aşağıda görüleceği durumda birçok vakada yasal değişiklik yapılmasını gerektirmektedir. Bu nedenle, yürütme içinde yer alacak bir koordinasyon birimi dışında Parlamento içinde de kararların icrasının takibi çok önemlidir. Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi (AKPM), bu görevi yerine getirmek üzere ulusal meclislerde uygun yapılar oluşturulması gerektiğini düşünmektedir.³²⁴ AKPM Raportörü, üye devletlerin bazılarında -Türkiye dahil- insan hakları alanına özgü çalışma yapan özel komite ve komisyonlar olduğunu belirtmektedir. Bununla birlikte, bunların çok azı doğrudan Strazburg içtihadına uyumlu yasama faaliyetleri

321 Burdov/Rusya (no. 2), no. 33509/04, 15.1.2009. Aynı yönde Dimitrov ve Hamanov/Bulgaristan, para. 116 vd.

322 Gerards, s. 13

323 Recommendation CM/Rec(2008)2 of the Committee of Ministers to member states on efficient domestic capacity for rapid execution of judgments of the European Court of Human Rights.

324 Resolution 1823 (2011), National parliaments: guarantors of human rights in Europe.



nin gerçekleştirilmesi için yetkilendirilmiştir.³²⁵ Birleşik Krallık'ta kurulmuş bulunan Ortak Komite (Joint Committee)³²⁶ bu açıdan önemli bir örnektir. Komite, ilgili bakanlıklarla ve hükümet dışı örgütlerle ilişki kurarak AİHM kararlarının icrasını izlemeye, uygulama konusunda süreci analiz edip raporlamaya yetkilidir. Komite ayrıca, hükümet tarafından sunulan tüm yasa tasarılarını insan haklarına ve özellikle AİHS'ye uyum açısından incelemekte, öneride bulunmaktadır.³²⁷

Türkiye'de İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu 3686 sayılı Kanun ile kurulmuştur. Komisyon'un görevleri arasında "Türkiye'nin insan hakları alanında taraf olduğu uluslararası andlaşmalarla T.C. Anayasası ve diğer milli mevzuat ve uygulamalar arasında uyum sağlamak amacıyla yapılması gereken değişiklikleri tespit etmek ve bu amaçla yasal düzenlemeler önermek" bulunmakla birlikte, 2011 sonuna kadar Komisyon'un norm koyma konusunda çalışmaları çok sınırlı olmuştur. Bunda, Komisyon'un kanun tasarısı ve tekliflerine görüş bildirme yetkisinin açıkça öngörülmemesi önemli rol oynamıştır. 2011 yılında 6253 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle "Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığınca havale edilen kanun tasarısı ve teklifleriyle, kanun hükmünde kararnameleri görüşmek, Türkiye Büyük Millet Meclisi komisyonlarının gündemindeki konular hakkında, istem üzerine görüş ve öneri bildirmek" yetkisi verilmiştir. Bu vesileyle, Komisyon ilk kez yasama sürecindeki tasarısı ve teklifler konusunda görüş bildirme imkânına kavuşmuştur. Bununla birlikte, AİHM'den çıkan çok sayıda kararın etkili bir şekilde izlenip, Komisyon'un bilgilendirildiği bir sistem geliştirilmediği takdirde, yasada öngörülen yetkinin kağıt üzerinde kalacağı açıktır. Nitekim, Komisyon yasama sürecine katılmaya başladığından beri AİHS içtihadını takip ederek, ulusal mevzuatı bu içtihatla uyumlu hale getirme konusunda hiçbir önemli katkı sunmamıştır. Komisyonun etkinliğini sağlayacak bir başka yöntem, hükümetin/Cumhurbaşkanlığının Komisyonu ve/veya Meclisi AİHM kararlarına uyum konusunda bilgilendirme yükümlülüğünün olmasıdır.³²⁸ Mevzuatımızda bu tür bir görev ve sorumluluk da söz konusu değildir.

a) Mevzuatı ve Uygulamayı Değiştirme, Yeni Kural Koyma Yükümlülüğü

Strazburg içtihadı, ilk döneminde AİHM incelemesinin soyut norm denetimi niteliğinde olmadığını (*in abstracto*) kabul ettiği için ihlale neden olan ulusal mevzuatın Sözleşmeye aykırılığı konusunda genel değerlendirme yapmaktan büyük ölçüde kaçınılmıştır. Bu yaklaşıma göre bireysel davada tespit edilen ihlalin ne şekilde giderileceğine dair taraf devletlerin geniş bir takdir marjı vardır. Aşağıda açıklandığı gibi son dönemde pilot karar ve 46. madde uygulaması ile bu durum değişmiştir. Öte yandan, yine ayrıntıları aşağıda tartışılacak Bakanlar Komitesi uygulaması uzun süredir sadece ilgili davada alınan bireysel önlemleri değil ve fakat genel önlemleri de izlediği için bir AİHM kararının aynı zamanda mevzuat açısından değişiklik gerektiren bir anlamının olduğunu da söylemek mümkündür. Ovey and White'ın not ettiklerine göre bugüne kadar infazı izlenen genel önlemlerin yarısından fazlası mevzuat değişikliğine ilişkindir. Yazarlar, diğer genel önlemlerin içtihat değişikliği, idari reformlar ve polis eğitimi gibi uygulama değişiklikleri olduğunu belirtmektedir.³²⁹

Yapılacak mevzuat değişikliği bir tek hükmün kaldırılması, değiştirilmesi niteliğinde olabileceği gibi bürokraside önemli bir yapısal değişikliği de gerektirebilir. Manole ve Diğerleri/Moldova davasında, davalı hükümetin fiilen tekel durumundaki Devlet radyo ve televizyonunda çalışan basın mensupları üzerinde kurduğu baskının asıl kaynağının bu kuruluşun yasal çerçevesinden kaynaklandığı belirtilmiş ve ilgili çerçeve mevzuatın yayın kuruluşunun çoğulcu yayın yapabil-

325 Christos Pourgourides (2011), National parliaments: guarantors of human rights in Europe, Doc. 12636. İyi örnekler için bkz. Bölüm 5.3, para. 61 vd.

326 Parliamentary Joint Committee on Human Rights, <http://www.parliament.uk/jchr>.

327 Diğer ülke parlamento uygulamaları için bkz. Open Society Justice Initiative, s. 55.

328 Maria Issaeva, Irina Sergeeva ve Maria Sergeeva (2011) "Enforcement of the Judgments of the European Court of Human Rights in Russia: Recent Developments and Current Challenges", 8 (15) SUR 67, 75.

329 Clare Ovey ve Robin White (2006), The European Convention on Human Rights, (Oxford: OUP), s. 498-499.



mesini sağlayacak şekilde yasal bir reforma ihtiyaç olduğu vurgulanmıştır.³³⁰ Görüldüğü gibi bu durumda kararın infazı için bir hükmün değil ama bir kuruluşu düzenleyen bütün bir mevzuatın genel olarak değiştirilmesi gerekmektedir.

Statileo/Hırvatistan başvurusunda, başvuru ulusal mevzuattaki eksiklikten dolayı gayrimenkulünden yeterli bir kira elde edememesinden şikayetçi olmuştur. AİHM başvurucuyu haklı bulmuş ve sorunun yasadan kaynaklanan yapısal bir sorun olduğunu saptamıştır. Bu sistemik sorunun çözümünün ise ancak mal sahipleriyle toplumun genelinin arasındaki dengeyi gözeten bir yasal düzenlemenin yapılmasıyla mümkün olacağını saptamıştır.³³¹ AİHM, bu yasayı somut olarak tarif etmemekle birlikte, saptadığı eksiklikleri giderecek bir nitelik taşıdığı açıktır.

Mevzuattan kaynaklanan ihlale örnek bir başka vaka Oleksandr Volkov/Ukrayna'dır. Ukrayna Yüksek Mahkemesi hakimi olan başvuru Yargı Yüksek Konseyi'nin önerisi ve Parlamento kararıyla ihraç edilmiştir. Bu karara karşı açılan dava da Yüksek İdare Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. AİHM başvurucuya ilişkin bireysel önleme hükmetmesi dışında Ukrayna'daki kuvvetler ayrılığına ilişkin genel saptamalarda bulunmuştur. AİHM'e göre sorunun giderilmesi için sistemin yeniden yapılandırılmasını öngören yasal değişikliğe ihtiyaç vardır.³³²

İhlaller genelde yasalardan kaynaklandığı için yasaların değiştirilmesi ilk akla gelen husus olmakla birlikte, bazı durumlarda da ihlalin kaynağı yasanın hiç olmaması olabilir. Bu durumda, boşluğun yeni bir düzenleme ile doldurulması gerekir. Örneğin, mülkiyet hakkına ilişkin taleplerin uzun süre sonuçlandırılmadığı bir vakada, AİHM bu zararların karşılanması için etkili bir hukuk yolu kurulmasını önermiştir.³³³

Alınacak genel önlemin kağıt üstünde kalmaması için gerekli bütçe düzenlemelerinin yapılması da bir zorunluluktur. İtalya'da makul sürede yargılama yapılmaması nedeniyle oluşan zararların karşılanması için oluşturulan tazminat yolunun yetersizliği nedeniyle verilen ihlal kararları bu açıdan fikir vericidir. İtalya, uzun yargılamalar nedeniyle oluşan zararlar için yeni bir tazminat yolu öngörmekle birlikte, bu tazminat yolunun gereğini yerine getirecek bütçe düzenlemesi yapmamış, bu da verilen tazminatların uzun süreler ödenememesine neden olmuştur.³³⁴ AİHM, verilecek tazminat kararlarının Strazburg içtihadı ile uyumlu olmasını ve ulusal mahkeme kararının verilmesinden itibaren altı ay içerisinde ilgisine ödeme yapılması gerektiğini belirtmiştir.³³⁵ AİHM'nin bu ödemenin hangi kalemden, ne şekilde yapılması gerektiği konusunda bir saptama yapması mümkün değildir. Bununla birlikte, Strazburg içtihadına uygun ulusal kararın altı ay içinde yerine getirilmesi hükümetin sınırsız bir takdir marjının olmadığını da ortaya koymaktadır.

Bazı durumlarda ihlal hem yasadan hem de uygulamadan kaynaklanabilir. Bu gibi durumlarda AİHM alternatifli olarak yasaları değiştirmeyi veya yeni yasalar çıkarmayı, uygulamayı da ihlali giderecek şekilde uyarlamayı önermektedir.³³⁶

Türkiye'ye ilişkin davalarda verilen kararlar da hem mevzuat hem uygulama değişikliği gerekliliğini ortaya koymaktadır. Devletin alması gereken genel önlem mevzuatı değiştirmek olduğu gibi³³⁷, bir uygulama değişikliği gerekliliği de olabilir. Uygulamaya ilişkin yargı alışkanlıklarını

330 Manole ve Diğerleri/Moldova, no. 13936/02, 17.9.2009, para. 117.

331 No. 12027/10, 10.7.2014, para. 165.

332 Oleksandr Volkov/Ukrayna, no. 21722/11, 9.1.2013, para. 199-200.

333 Luli ve Diğerleri/Arnavutluk, no. 64480/09, +4.2014, para. 115-118.

334 Cocchiarella/İtalya [BD], no. 64886/01, 29.3.2006, para. 101; Musci/İtalya [BD], no. 64699/01, 29.3.2006, para. 102

335 Cocchiarella/İtalya [BD], para. 130; ; Musci/İtalya [BD], para. 130.

336 Barta ve Draško/Macaristan, no. 35729/12, 17.12.2013, para. 49.

337 Ürper ve Diğerleri/Türkiye, no. 14526/07 vd., 20.10.2009. Kararda Terörle Mücadele Yasasının 6. maddesinin 5. fıkrasının sansüre neden olduğu belirtilmektedir.



değiştirmek mevzuatta değişiklik yapmaktan daha zordur. Türkiye'deki uzun tutukluluk sürelerine ilişkin Cahit Demirel davasında, AİHM 5. maddenin 3. fıkrasının ihlal edildiğini tespit ettiği 68 davada ve halen önünde devam eden 140 vakada, mahkemelerin tutukluluğun devamına stereotip ve benzer ifadelerle karar verdiğini tespit etmiştir. Bu davalarda tutuklama "suçun niteliği, delil durumu ve dosya içeriği dikkate alınarak" uzatılmaktadır. AİHM ihlallerin Türkiye'de ceza adaleti sisteminin işleyişindeki yaygın ve sistemik sorunlardan kaynaklandığını tespit etmiştir.³³⁸ 2009 yılında verilen ve yarı pilot karar niteliğini taşıyan bu karar sonrasında Türkiye'de mahkeme uygulamalarında önemli bir değişme olmamıştır. Bu tarihten sonra da bir dizi davada, AİHM, Türkiye aleyhine uzun süreli tutuklamalar nedeniyle 5. maddenin 3. fıkrasının ihlal edildiğine karar vermiştir.³³⁹ Uygulamanın AİHM içtihadını hiç dikkate almaması üzerine kamuoyunda 3. Yargı Paketi olarak bilinen torba yasa³⁴⁰ ile Ceza Muhakemesi Yasası'nın 100. maddesinde değişiklik yapılmış ve tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya bu husustaki bir tahliye isteminin reddine ilişkin kararlarda a) kuvvetli suç şüphesini, b) tutuklama nedenlerinin varlığını, c) tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunu gösteren delillerin somut olgularla gerekçelendirilerek açıkça gösterileceği hükme bağlanmıştır. Bu değişiklik sonrasında kararların Demirel ölçütlerine uygun verilir verilmemesini tespit için erken olmakla birlikte, uygulamada çok büyük bir değişikliğin söz konusu olmadığına ilişkin şikâyetler dillendirilmektedir. Özellikle 15 Temmuz sonrası AİHM'in verdiği kararlarda ve derdest olan dosyalarda ana şikâyetlerden birinin tutuklamanın gerekçesiz olarak uzaması olduğu düşünüldüğünde bu düzenlemenin yapısal sorunu çözmediği görülebilmektedir.³⁴¹

Aynı zamanda, yargının Sözleşmeyi doğrudan uygulaması³⁴² veya idarenin gerekli önlemleri alması da genel nitelikli önlemler arasında sayılabilir. Özel ve Gözer/Türkiye kararı, her iki tipe de uygundur. Bu davada, başvuruçular Terörle Mücadele Yasası'nın 6. maddesinin 2. fıkrası uyarınca Terör örgütlerinin bildiri veya açıklamalarını bastıkları için cezalandırılmışlardır. AİHM, ilgili TMK hükmünün, ulusal hakimlere açıklamanın içeriğini ve hangi bağlamda yazıldığını AİHS 10. maddeye ilişkin Strazburg içtihadı ışığında inceleme yükümlülüğü getirmediğini hatırlatarak ihlalin kaynağının iç hukuk hükmü ve uygulaması olduğunu not etmiştir. AİHM'ye göre ilgili ulusal hukuk kuralını Sözleşme ile uyumlu hale getirmek ihlalin giderilmesi açısından uygun bir yöntem olacaktır.³⁴³ Bu karar sonrası 3713 Sayılı Terörle Mücadele Yasasında 6459 sayılı Yasanın 7. maddesi ile 11.4.2013 tarihinde değişiklik yapılmış, ilgili suçun terör örgütlerinin; **cebiri, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösteren veya öven ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik eden** bildiri veya açıklamalarını basanlar veya yayınlayanlar için uygulanabileceği kurala bağlanmıştır. Bununla birlikte, uygulama nedeniyle bu değişikliğin de yeterli olmadığı kısa sürede ortaya çıkmıştır.

Genel önlemlerin mevzuat değişikliği olmaksızın yargı pratiği ile de alınması mümkündür. Bilindiği gibi Medeni Kanunun 187. Maddesine göre kadın evlenince kocasının soyadını almakta, evlilik öncesi soyadını evlilik sonrasında tek başına kullanması mümkün olmamaktadır. AYM, bu hükmün iptali yönündeki talepleri daha önce reddetmiştir.³⁴⁴ Öte yandan AİHM, kişinin soyadını özel hayat kapsamında değerlendirerek evli kadının kocasının soyadını kullanma zorunluluğunu

338 Cahit Demirel/Türkiye, no. 18623/03, 07.07.2009, para. 44-48.

339 Fırat Can/Türkiye, no. 6644/08, 24.05.2011; Çatal/Türkiye, no. 26808/08, 17.4.2012; Yiğitdoğan/Türkiye, no. 20827/08, 16.3.2010; Tunce ve Diğerleri/Türkiye, no. 2422/06, 13.10.2009.

340 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun, 97. md.

341 Bu konuda özellikle bkz. Selahattin Demirtaş/Türkiye (no. 2).

342 Ünal Tekeli/Türkiye, 29865/96, 16.11.2004. Kadının evlilik öncesi soyadını kullanma sorununa ilişkin karar yargı tarafından dikkate alınmadığı için sorun hala Bakanlar Komitesi önünde incelenmeye devam etmektedir. Ayrıntılar için bkz. Kerem Altıparmak (2011), Kadının Soyadı: Temel Haklar Rejimini Düşünmek İçin Bir Fırsat, Bianet, 22 Temmuz 2011.

343 Gözler ve Özer/Türkiye, no. 43453/04; 31098/05, 6.7.2010, para. 76.

344 AYM'nin 10/3/2011 gün, E.2009/85, K.2011/49 sayılı kararı.



özel hayata müdahale olarak kabul ettiği birçok kararında, soyadı kullanımı ile ilgili başvurular, Sözleşme'nin 8. maddesinde yer alan "özel hayatın ve aile hayatının korunması" ilkesi kapsamında incelenmiş ve kadının evlendikten sonra yalnızca evlilik öncesi soyadını kullanmasına ulusal mercilerce izin verilmemesinin, Sözleşmenin özel hayatın gizliliğini öngören 8. maddesiyle bağlantılı olarak, ayrımcılığı yasaklayan 14. maddesine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.³⁴⁵ Anayasa Mahkemesi, konu önüne bireysel başvuru yoluyla geldiğinde iptal etmediği hükmün zımnen ilga olduğuna karar vermiştir:

"Başvuruya konu yargılama kapsamında verilen kararın 4721 sayılı Kanun'un 187.maddesine dayanarak verildiği anlaşılmaktadır. Ancak, yukarıda yer verilen tespitler ışığında, ilgili Kanun hükmünün sözü edilen Sözleşme hükümleri ile çatıştığı görülmektedir. Bu durumda, uyuşmazlığı karara bağlayan derece mahkemelerinin, AİHS ve diğer uluslararası insan hakları andlaşmaları ile çatışan 4721 sayılı Kanun'un 187.maddesini kararlarına esas almayarak, başvuru konusu uyuşmazlık açısından Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca uygulanması gereken uluslararası sözleşme hükümlerini dikkate alması gerektiği sonucuna varılmaktadır."³⁴⁶

Genel önlem olarak alınması gereken durumlar AİHM tarafından öncelikle pilot kararlarda dile getirilmektedir. Bununla birlikte, pilot karar olarak isimlendirilmemekle birlikte sistemik/yapısal veya tekrar eden davalarda da AİHM kararının benzer bir etki doğuracağını kabul etmek gerekmektedir.³⁴⁷ Aşağıda ayrıntılı açıklanacağı gibi, karar AİHM tarafından pilot karar usulüne alınmış olmasa bile açık veya örtülü olarak yapısal ve yaygın bir sorunu saptamışsa, bu durumda genel önlem alma yükümlülüğünün doğduğu kabul edilebilir. Pilot kararlarda ise AİHM alınması gerekli genel önlemi tanımladığı için hem Bakanlar Komitesi hem de AİHM alınan önlemin hüküm fıkrasıyla uyumlu olup olmadığını araştıracaktır. Tekrardan kaçınmak için bu konuda ayrıntılı bilgiye aşağıda konuya ayrılan bölümde tekrar dönülecektir.

Bakanlar Komitesi kararlarında da mevzuat değişikliği dışında önlemler önerilmiştir. Kalabalık alıkonulma yerlerine ilişkin olarak yeni alıkonulma mekânlarının inşası³⁴⁸, yargıyı hızlandırmak için yeni yargı çalışanlarının istihdam edilmesi³⁴⁹, çocuk koruma çalışanlarının eğitiminin geliştirilmesi³⁵⁰ bu yöntemler arasındadır.

b) Bireysel Önlem-Genel Önlem İlişkisi

Her ne kadar genel önlemler görülmekte olan davanın dışında genel sonuçlar açısından değerlendirilmekteyse de bazı durumlarda ihlalin bireysel düzeyde sona ermesi bizzat genel önlemlerin alınmasına bağlı olabilir. Bulgaristan'da gizli telefon dinleme mevzuatının Sözleşmeye aykırı bulunduğu The Association for European Integration and Human Rights ve Ekimdzhev/Bulgaristan vakasında Başvurucular, Mahkemeden hükümete 6 ay içerisinde ilgili mevzuatı Sözleşme ile uyumlu hale getirmesini aksi halde manevi tazminata hükmetmesini talep etmiştir. AİHM, hükümetin ihlal kararı sonrası iç hukukta uygulayacağı genel ve/veya özel önlemler yoluyla Mahkeme tarafından tespit edilen ihlali sonlandırma ve sonuçlarını giderme ödevinin bulunduğunu ve devletlerin Sözleşmeyi onaylayarak ulusal hukuklarının Sözleşme ile uyumluluğunu sağlama yükümlülüğü altına girdiğini belirtmiş ancak davalı hükümetin bunun aksi yönde davranacağını varsaymayı gerektirecek bir durum olmadığı gerekçesi ile talebi reddetmiştir.³⁵¹

345 Ünal Tekeli/Türkiye, No: 29865/96, 16.11.2004; Leventoğlu Abdulkadiroğlu/Türkiye, No: 7971/07, 28.5.2013; Tuncer Güneş/Türkiye, No: 26268/08, 3.10.2013; Tanbay Tüten/Türkiye, No:38249/09, 10.12.2013.

346 Neşe Aslanbay Akbıyık Başvurusu, B. No. 2014/5836, 16/4/2015, para 45.

347 46. maddenin farklı uygulama tipleri için bkz. aşağıda II.E.1.

348 Final Resolution DH (2007)32.

349 Final Resolution DH(99)465.

350 Final Resolution DH (2007)34. Open Society Justice Initiative, s. 41.

351 The Association for European Integration and Human Rights ve Ekimdzhev/Bulgaristan, no. 62540/00, 28.6.2007, para. 109-11.



Genel bir önlemin uygulanmamasının bireysel tazminat sonucu doğurması adil bir çözüm olmadığı için çoğu olayda böyle bir bağın kurulması da mümkün gözükmemektedir.

Ancak bir başka vaka, bu ihtimalin bazı durumlarda mümkün olabildiğini göstermektedir. L/Litvanya davasında, başvuru cinsiyet değişikliği operasyonu geçirmek istemiştir. Litvanya hukukunda buna ilişkin bir yasak bulunmamakla birlikte, cinsiyet değişikliği operasyonlarının tamamlanabilmesi için gerekli yasal düzenleme eksik olduğu için kısmi operasyonu geçiren Başvurucu, operasyonları tamamlayamadığı için medeni olarak cinsiyetini değiştirememiştir. AİHM, kısmi eksikliğin gerekli mevzuat değişikliği ile giderilebileceğini belirtmiştir. AİHM'ye göre, Strazburg kararının kesinleşmesinden itibaren 3 ay içinde gerekli mevzuat değişikliği yapıldığı takdirde Başvurucunun maddi tazminat olarak karşılığını istediği zararı karşılanmış olacaktır. Bu mevzuat değişikliğinin mümkün olmaması veya Litvanya'daki sağlık hizmetlerinin bu ihtiyacı karşılamaya yeterli olup olmadığı konusundaki belirsizliği dikkate alarak; Mahkeme, davalı hükümetin operasyonun geri kalan kısmının yurtdışında tamamlanması için gerekli mali desteği sağlaması gerektiğine karar vermiştir. AİHM'ye göre, hükümet ya gerekli mevzuat değişikliğini yapacak ya da Başvurucuya 40.000 € ödeyecektir.³⁵²

L/Litvanya davası, hem AİHM'nin pozitif ödev olarak bir yasa değişikliğini önermesi açısından hem de bireysel önlemlerle genel önlemin birbirine alternatif olarak sunulması açısından ilginçtir. Bireysel ihlalin, mevzuattaki eksiklikten kaynaklandığı durumlarda, bireysel önlemin aynı zamanda genel sonuçları olabileceği açıktır. Bireysel önlemin sistematik ve/veya yapısal sorunlara yol açması halinde pilot karar uygulaması yapılması mümkündür.³⁵³ Bununla birlikte, henüz sistemik bir sorun haline gelmemekle birlikte bireysel bir ihlal doğrudan mevzuattan kaynaklıyorsa AİHM hüküm fıkrasında mevzuatın değiştirilmesini de isteyebilir mi? Karşı yönde görüşe rağmen³⁵⁴, L/Litvanya kararı, AİHM'nin, içeriğinin ne şekilde saptanacağına takdiri taraf devlete ait olmak üzere hükümete gerekli düzenlemeleri yapma yükümlülüğü yükleyebileceğini göstermektedir. Bir başka deyişle, kararda mevzuat değişikliği yönünde bir talebin dile getirilmesi için bu sorunun mutlaka sistemik bir soruna dönüşmesine gerek yoktur. Ancak the Association for European Integration and Human Rights ve Ekimdzhev davasından da anlaşılacağı gibi bu yönde bir mevzuat değişikliğinin AİHM tarafından istenmesi için ihlalin bir çekirdek hakka ilişkin olması veya mevzuat değişikliğinin yapılmamasının giderilmesi güç zararlara yol açması gerekmektedir.

5. Adil Tatmin

Bir AİHM kararının icrasında bireysel ve genel önlemler alınmasının dayanağı olarak 46. madde gösterilirken, adil tatmin 41. maddeye dayanmaktadır. Bireysel ve genel önlemler alma yükümlülüğü 46. maddede açık bir şekilde ifade edilmemiştir. Adil tatmin ise 41. maddede ihlalin bir sonucu olarak düzenlenmiş ama içeriğinin ne olacağı net olarak belirtilmemiştir. Sözleşme'nin 41. maddesi uyarınca ilgili Yüksek Akit Tarafın iç hukuku bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, hakkaniyete uygun bir surette, zarar gören tarafın tatminine hükmedebilir. Hükümde geçen adil tatmin kavramının daha geniş anlaşılmasının önünde bir engel bulunmamakla birlikte, AİHM bugüne kadar bu hükmü maddi manevi zararın karşılanması şeklinde anlamış ve uygulamıştır.³⁵⁵ Adil tatmin kapsamında verilen tazminat yanında belgelendirilen dava ve savunma masraflarının karşılanmasına da ayrıca karar verilebilir. Mahkeme ödemeye ilişkin tüm kalemler açısından, maddi-manevi zarar yanında ödemenin süresinde yapılmaması halinde işletilecek faizi de hüküm fıkrasında belirtmektedir. Ödenecek

³⁵² L/Litvanya, no. 27527/03, 11.9.2007, para. 59-69 ve 74.

³⁵³ Bkz. aşağıda II.E.1.

³⁵⁴ Bkz. Yargıç Fura - Sandström'ün aynı karardaki karşıoyu.

³⁵⁵ Case of Housing Association of War Disabled and Victims of War of Attica ve Diğerleri/Yunanistan, No. 35859/02, 27.9.2007, para. 25.



rakam genel olarak avro olarak hesaplanmakla birlikte³⁵⁶, talep üzerine ulusal para biriminde³⁵⁷ veya avro üzerinde çevrilecek ulusal para biriminde de olabilir.³⁵⁸ Kararda belirtilen tazminat 3 ay içinde ödenmezse, yine standart olarak kararda belirtilen oranda faizin de tazminatla birlikte ödenmesi gerekir. Bu oran 2021 yılında "Avrupa Merkez Bankası tarafından marjinal kredilere uygulanan faiz oranına üç puan eklemek suretiyle elde edilecek oranda basit faiz"dir.³⁵⁹

Kural olarak, tazminat başvuru veya temsilcisine ödenir. Ancak, çeşitli nedenlerle, AİHM tazminatın hak veya fiil ehliyeti sınırlı başvuru yasa temsilcisine³⁶⁰, daha sonra başkasına ödenmek üzere başvurucuya³⁶¹, dava masrafları ve avukatlık ücretinin doğrudan başvurucuyu temsil eden hukukçulara³⁶² ödenmesine, ya da daha sonra başvurucuya ödenmek üzere bir fona yatırılmasına³⁶³ karar verebilir.³⁶⁴

Adil tatmin kapsamında, AİHM maddi ve manevi zararın karşılanmasına karar verebilir. Manevi zarar varlığına; kişinin itibarının zedelenmesi, psikolojisinin bozulması, sıkıntı ve hayal kırıklığına yol açılması, aşağılanma ve adaletsizlik duygusu gibi gerekçelerle karar verilebilir. Bunun yanında, ihlalin önemi, devletin ve başvuru yasa temsilcisine karşı tavrı da manevi zararın hesaplanmasında rol oynayabilir.³⁶⁵

Bunun yanında; bu ödemenin hangi para birimiyle, ne kadar süre içerisinde yapılacağı ve verilen süre içerisinde yapılmaması halinde ne kadar faiz uygulanacağı da hüküm fıkrasında açıkça yazılmaktadır. Bakanlar Komitesi, bu başlık altında alınan kararları da izlemekle yükümlü olduğu için ödemenin karara uygun yapıp yapılmadığı da bu organ tarafından takip edilmektedir.³⁶⁶

Yakın zamanlara kadar adil tatmin konusunda verilen AİHM kararlarının hükümetler tarafından zamanında yerine getirildiği ifade edilmekteydi.³⁶⁷ Bununla birlikte, adil tatmin ödemelerinde gecikmelerin oransal olarak arttığı Bakanlar Komitesi istatistiklerinden görülebilmektedir.³⁶⁸ İstisnai olarak bazı davalarda tazminatın ödenmesinin gecikmesi siyasi krize dönüşmektedir. Loizidou kararının infazı bu açıdan en önemli örnektir.³⁶⁹

6. AİHM Kararlarının Etkisinin Genişlemesi

AİHM kararları, ihlali tespit ve ilan eder ancak bunun dışında giderimin nasıl sağlanacağı konusundaki etkisi tartışmalıdır. Sözleşme, kararın verili olay dışındaki etkileri konusunda sessizdir. Bir başka deyişle, Mahkeme kararları *erga omnes* nitelik taşımadığı için sadece o davanın tarafları

356 Monitoring of the payment of sums awarded by way of just satisfaction: an overview of the Committee of Ministers' present practice, CM/Inf/DH(2008)7 final 15 January 2009, para. 81.

357 Sitkov/Rusya, no. 55531/00, 18.1.2007.

358 Örneğin Jelacic/Bosna Hersek davasında, başvuru yasa temsilcisine talebi doğrultusunda tazminatın Bosna markasına çevrilmesine karar verilmiştir. Jelacic/Bosna ve Hersek, no. 41183/02, 21.10.2006.

359 Örneğin bkz. Ahmet Hüsrev Altan/Türkiye, no. 13252/17, 13.4.2021.

360 Örneğin Scozzari ve Giunta/İtalya, no. 39221/98 ve 41963/98, 13.07.2000; Herczegfalvy/ Avusturya, no. 10533/83 24.09.1992.

361 İpek/Türkiye davasında çocukları kaybedilen başvuru yasa temsilcisine çocuklarının mirasçılarının ödenmek üzere her bir çocuk için ayrıca 7000 avro ödenmesine karar verilmiştir. İpek/Türkiye, no. 25760/94, 17.2.2004, para. 224.

362 Bazı davalarda, başvuru yasa temsilcisine talebi doğrultusunda bu ücretlerin doğrudan temsilcilerin hesabına yatırılmasına karar verilmiştir. Bilgin/Türkiye, no. 23819/94, 16.11.2000, para. 159; Aksakal/Türkiye, no. 37850/97, 15. 2. 2007.

363 Savriddin Dzhurayev/Rusya, no. 71386/10, 25.4.2013.

364 Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için Bakanlar Komitesi'nin hazırladığı memoranduma bakılabilir. Yukarıda not. 351.

365 Ingrid Nifosi-Sutton (2010), "The Power of the European Court of Human Rights to Order Specific Non-Monetary Relief: a Critical Appraisal from a Right to Health Perspective", 23 Harvard Human Rights Law Journal 51, 54-55.

366 Komite'nin bu alanda yaptığı çalışmalar için bkz. http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/Themes/Satisfaction_equitable/SE_EN.asp

367 Abalgawad, s. 12.

368 2008'de % 5 olan vade sonrasında yapılan ödeme oranı 2009'da % 11'e yükselmiştir. http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/Reports/Stats/Statistiques_2009_EN.pdf

369 Bkz. aşağıda III.B.3 bölümü. Ayrıca bu konuda bkz. Abalgawad (2009), s. 500.



açısından sonuç doğurur. Bunun sonucu olarak ihlal kararı sadece o vaka açısından davalı devletin gerekli önlemleri almasını gerektirir. Başka devletler için buradan bir sonuç çıkmayacağı³⁷⁰ gibi bu karara yol açan ihlalin ne şekilde giderileceği de devletin takdirindedir. Her ne kadar, taraf devletler Sözleşme'ye taraf olarak ulusal mevzuatlarını Sözleşme'ye uyumlu hale getirmeyi kabul etmişse³⁷¹ de ihlal kararı, en azından yakın zamanlara kadar, ender olarak doğrudan mevzuatın ihlalin kaynağı olduğunu saptadığı³⁷² için karardaki ihlal bulgusunun sadece o olaya özgü olduğunu düşünmek mümkün olmuştur. Yerindenlik ilkesi gereğince de AİHM kararlarının nasıl infaz edileceği konusunda taraf devletlere geniş bir takdir marjının bırakılması uygun görülmüştür. Bu açıdan, AİHM kararları sadece açıklayıcı (*declaratory*) nitelik taşımaktadır.

Sözleşme'nin 46. maddesine göre Yüksek Sözleşmeci Taraflar, taraf oldukları davalarda Mahkeme'nin verdiği kesinleşmiş kararlara uymayı taahhüt ederler, yani kararlar *inter partes* bağlayıcıdır. Buradan yola çıkarak, kararın esasen bağlayıcı kısmının hüküm fıkrası olduğu ve sadece ilgili devlete uygulanacağı düşünülebilir.³⁷³ Ancak yukarıda da belirtildiği gibi kararın yerine getirilip getirilmediğinin tespit edilmesi için sadece hüküm fıkrasına bakmak yanıltıcı olabilir. Kararın ne anlama geldiğini anlamak için hüküm fıkrası dışında gerekçenin sunulduğu 2. ve giderim yöntemlerinin sonuca bağlandığı 3. bloklara da bakmak gerekir. Birçok vakada kararın gerekçe kısmı kararın icrası için özel önem taşımaktadır. Bu nedenle, kararların sadece hüküm fıkrasına değil ve fakat gerekçe bölümünün (*obiter dictum*) gereklerine uyulmasının da gerektiği giderek daha çok dile getirilmektedir. AKPM Raportörleri³⁷⁴ tarafından ısrarla vurgulanan "*res interpretata*" ilkesi devletlerin Sözleşmeyi AİHM tarafından yorumlandığı şekliyle uygulamasını gerektirir. Bu aslında yerindenlik ilkesinin de bir gereğidir.

Nesnel ödevler yükleyen Sözleşme, öncelikli olarak ulusal makamlar tarafından ortak Avrupa standartlarına göre uygulanacaktır. Bu ortak standartların ne olduğunu söylemeye yetkili makam ise AİHM'dir. O halde taraf devletler sadece ilgili davanın hüküm fıkrasında gösterileni değil ama ayrıca kendi aleyhlerine verilen diğer kararlara ve hatta başka devletler aleyhine verilen kararlardaki ortak standartlara uyma yükümlülüğü altındadır.³⁷⁵ Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi, 2000 yılında AİHM Kararlarının İcrasına İlişkin Kararında bu hususu vurgulamıştır. Dayanışma ilkesi, Mahkeme'nin içtihat hukukunun Sözleşme'nin bir parçası oluşturduğu anlamına gelir ve bu nedenle Sözleşme'nin hukuken bağlayıcı gücünü *erga omnes* (tüm diğer taraflara) genişletir. Bunun anlamı şudur, taraf devletler sadece taraf oldukları davalarda Mahkemenin kararlarını icra etmek yükümlülüğünde değildir, ayrıca diğer davalarda verilen kararların kendi hukuk sistemleri ve uygulamaları üzerindeki olası etkilerini dikkate almak zorundadırlar.³⁷⁶

370 Eckart Klein (2000), "Should the Binding Effect of the Judgments of the European Court of Human Rights be Extended?", *Protecting Human Rights: The European Perspective-Studies in Memory of Rolv Ryssdal* (Paul Mahony, Franz Mather, Herbert Petzold & Luzius Wildhaber yay. haz. 2000), s. 705, 706.

371 *Maestri/İtalya*, 17.2. 2004, Reports of Judgments and Decisions 2004-I, para. 47.

372 Bu yönde şu kararlar hatırlanabilir: *Scozzari ve Giunta/İtalya*, no. 39221/98 ve 41963/98, 13.7.2000, para. 249; *Kudla/Polanya*, no. 30210/96, 26.10. 2000, para. 150-160.

373 R. Masterman (2005), "Taking the Strasbourg Jurisprudence into Account: Developing a Municipal Law of Human Rights Under the Human Rights Act", 54 *ICLQ* 907, 912; Ress, 'The Effect of Decisions and Judgments of the European Court of Human Rights in the Domestic Legal Order', 40 *Texas International Law Journal* (2005) 359, at 374. S. Besson, 'The Erga Omnes Effect of Judgments of the European Court of Human Rights: What's in a Name?', in S. Besson (ed.), *The European Court of Human Rights after Protocol 14: Preliminary Assessment and Perspectives* (2011) 125; Bodnar, 'Res Interpretata: The Legal Effect of the European Court of Human Rights' Judgments for Other States Than Those Which Were Party to the Proceedings', in Y. Haec and E. Brems (eds), *Human Rights and Civil Liberties in the 21st Century* (2014) 223; Gerards, 'The European Court of Human Rights', in Haec and Brems, *ibid.*, 21; Klein, 'Should the Binding Effect of the Judgments of the European Court of Human Rights Be Extended?', in P. Mahoney (ed.), *Protecting Human Rights: the European Perspective* (2000) 705.

374 Marie-Louise Bemelmans-Videc, "Effective implementation of the European Convention on Human Rights: the Interlaken process", Doc. 12221, 27.4.2010, para. 4; Pourgourides, not. 377.

375 Bu yönde uygulama örneği için bkz. yukarıda not 304.

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



Reform sürecinde önemli bir basamak olan Interlaken Zirvesi³⁷⁷ bu yükümlülüğü teyit etmiştir. Buna göre, taraf devletler, kendi hukuk sistemleri içinde aynı ilkesel sorunun varlığı halinde, başka bir devlet aleyhine verilen Sözleşme ihlaline ilişkin karardan çıkacak sonuçları dikkate alarak, iç hukuklarında gerekli düzenlemeleri yapmalıdır.³⁷⁸ Kararlarının bu nesnel değeri AİHM tarafından da tanınmıştır:

“Esasen Mahkeme’nin kararları sadece Mahkeme’nin önüne getirilen davalarda karar verme hizmetini yerine getirmez, daha genel olarak, Sözleşme tarafından düzenlenen kuralların aydınlatılması, güvence altına alınması ve geliştirilmesine de hizmet eder; bu şekilde Devletlere Sözleşmecî Taraf sıfatıyla yüklendiği taahhütlerini yerine getirmede katkı sunar.”³⁷⁹

Yukarıda açıklanan AİHS sisteminin 3. dönemini tanımlayan anayasal adalet-bireysel adalet geriliminin doğal bir sonucu olarak, Mahkeme kararlarının bir yandan bireysel adalet sağlarken bir yandan da genel insan hakları standartlarına katkı sağlaması hedeflenmektedir.³⁸⁰ Opuz/Türkiye davasında AİHM, bu gerekliliği şu şekilde vurgulamıştır:

“Bu incelemeyi yerine getirirken ve Mahkeme’nin Sözleşme’nin Birinci Bölümünde tanımlanan haklar ve özgürlüklerin nihai amir yorumunu sunduğunu akılda tutarak, Mahkeme, başka devletlere ilişkin olsa bile, ulusal yetkililerin benzer konulara ilişkin kararlarından çıkan ilkeleri yeterli düzeyde dikkate alıp almadığını inceleyecektir.”³⁸¹

AİHM’nin bu yaklaşımından anlaşılacağı üzere AİHM kararlarının sadece hüküm fıkrası değil ve fakat bu kararlardan çıkarılan ilkeler de taraf devletler açısından bağlayıcıdır. Pourgourides’in de belirttiği gibi *res interpretata* ilkesinin dayanağı, bu nedenle Mahkeme kararlarının icrasına ilişkin 46. madde değil, Devletlerin genel ödevlerini gösteren 1 ve 19. maddelerdir.³⁸² Taraf devletler, kendilerine ilişkin bir Mahkeme hükmünde belirtilsin belirtilmesin Sözleşme’ye uygun davranmak zorundadır. Sözleşme’nin hükümlerinin ne anlama geldiğini yorumlama ve açıklama yetkisi AİHM’nin inhisarında olduğuna göre AİHM tarafından verilen her karar aslında devletlerin objektif ödevlerinin ne olduğunu ortaya koymaktadır. O halde her kararın tüm taraf devletler açısından, Sözleşme hükümlerinin maddi içeriğini gösteren bir anlamı olduğunu söylemek mümkündür.

Konunun önemi, kararın infazı için yasal düzenleme yapmanın gerektiği durumda daha açık bir şekilde görülebilmektedir. Düzenlemeyi yapacak Parlamento, düzenlemeyi sadece ilgili davadaki karar ışığında değil ancak AİHM’nin genel içtihadı doğrultusunda yapmalıdır. Bir kararın doğru bir şekilde infaz edilip edilmediğinin denetlenmesinde de sadece ilgili karara değil ancak genel olarak içtihadı bakmakta fayda vardır. Bu nedenle, AKPM, ulusal meclisleri AİHM kararlarının icrasında rol almaya davet etmektedir.³⁸³

Arnardottir konuya ilişkin çalışmasında Sözleşme hukukunda giderek yükselen yerindenlik vurgusu ile kararların taraf olmayan devletleri de bağlaması anlamında *erga omnes* ve *res interpretata* ilkeleri arasında bir bağ bulunduğunu ileri sürmektedir.³⁸⁴ Gerçekten de, eğer 15. Proto-

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

378 Interlaken Eylem Planı, 4 (c).

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

380 Karner/Avusturya, no. 40016/98, 24.07.2003, para. 26.

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

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

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

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



kolde ifade edildiği gibi Sözleşmenin uygulanmasında birincil ödev ulusal mercilerin olacağı ve bu uygulamanın ortak bir hukuku temsil etmesi gerekiyorsa, bu konuda AİHM kararlarının bir bütün olarak ulusal makamlara öncülük etmesi gerekir. AİHM kararlarının hüküm bölümünden ilkeler çıkarılamayacağına göre ulusal makamların uygulayacağı ölçütler ancak gerekçe bölümünden çıkarılabilir. Bu da kararların gerekçelerinin tüm Devletler açısından bağlayıcı olması halinde mümkündür. Aksi halde yerindenlik ilkesinin uygulanamaz olması veya her ülke açısından farklı standartların uygulanması gibi bir sonuç ortaya çıkacaktır.

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

E. Karar Tipleri

AİHM'nin önüne gelen davalar ve verilen kararlar nitelik olarak birbirinden farklı olduğu için bu kararları izlemeye karar verirken de izlemeyi gerçekleştirirken de bu nitelik farkının dikkate alınması gerekmektedir. Son dönemde yaptıkları değişikliklerle AİHM davaları incelerken, Bakanlar Komitesi ise verilen kararların icrasını takip ederken davaların niteliklerini dikkate alan bir metodoloji geliştirmiştir.

1. Yapısal/Sistemik Sorun ve Pilot Karar Kavramı

Yukarıda da belirtildiği gibi reform sürecinin en önemli sorunlarından birinin kopya davalar olduğu ve bu sorunun ulusal hukukta çözülmesi gerektiği sıklıkla dile getirilmiştir. Esasen, AİHM öteden beri Mahkeme kararlarının, özellikle ihlalin kaynağının mevzuattan kaynaklandığı durumlarda, önündeki davayı aşan sonuçlarının olduğunu belirtmekteydi.³⁸⁵ Ancak bu daha geniş ödevin Bakanlar Komitesi aşamasında genel yükümlülüklerin yerine getirilmesi ile karşılanacağını kabul ediyordu. Yakın dönemde gündeme gelen kopya dava kavramı, bu gibi durumlarda konu henüz Bakanlar Komitesi'nin önüne gitmeden AİHM'nin inisiyatif almasını ve Bakanlar Komitesi'nin AİHM'nin verdiği genel nitelikli karar uyarınca izleme yapmasını gündeme getirmiştir.

Kopya davalar, Avrupa Konseyi'nin çeşitli birimleri tarafından sistemik/yapısal olarak tanımlanan sorunlardan kaynaklanmaktadır. Bu tipteki sorunların nasıl aşılması gerektiği konusunda yapılan tartışmalarda, reform sürecinin başından itibaren pilot karar uygulaması önerilmiştir. Değerlendirme grubu, İnsan Hakları Yönlendirme Komitesi³⁸⁶, akil adamlar³⁸⁷, Avrupa Konseyi

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

386 CDDH-GDR(2001)010, Reflection Group on the Reinforcement of the Human Rights Protection Mechanism (CDDH-GDR), Activity Report, Strazburg, 15 Haziran 2001, para. 6. CM(2002)146 18 Ekim 2002, Interim Report of the CDDH to the Committee of Ministers "Guaranteeing the long-term effectiveness of the European Court of Human Rights"; Guaranteeing the long-term effectiveness of the European Court of Human Rights, Final report containing proposals of the CDDH (adopted by the CDDH on 4 April 2003) CM(2003)55 - 8 Nisan 2003.

387 Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers, CM(2006)203 15 Kasım 2006 CM(2006)203, para. 105. Ayrıca AİHM'nin çalışma metodlarını incelemek üzere görevlendirilen Lord Woolf da pilot karar uygulamasını güçlü bir şekilde desteklemektedir. The Right Honourable Lord Woolf (2005), Review of the Working Methods of the European Court of Human Rights, s. 40.



Genel Sekreteri³⁸⁸ ve Mahkemenin kendisi³⁸⁹ yanında akademisyenler³⁹⁰ ve uluslararası hükümet dışı örgütler (HDÖ)³⁹¹ AİHM'nin sistemik/yapısal sorunlara ilişkin olarak pilot kararlar vermesi gerektiğini belirtmiştir. Bununla birlikte, 14. Protokol'de yer almayan³⁹² pilot karar uygulamasının hukuksal dayanağı hem literatürde hem de bizzat Mahkeme'de tartışılmıştır.³⁹³

Bakanlar Komitesi, DH Res (2004)3 sayılı "Sistemik bir sorunu ortaya koyan kararlar" hakkında hazırladığı kararında³⁹⁴, AİHM'yi "özellikle bu durum çok sayıda başvuru yapılmasına neden olarsa devletlere uygun çözüm bulma yolunda ve Bakanlar Komitesi'ne kararların uygulanmasını denetlemede yardımcı olmak amacıyla, sistemik bir sorun ve bu sorunun nedenleri olduğunu düşündüğü durumları tespit etmeye" davet etmiştir. DH Rec (2004)6 sayılı "iç hukuk yollarının geliştirilmesine ilişkin" karar³⁹⁵ ise taraf devletlerin, bir karar ulusal hukukta veya uygulamada yapısal veya genel eksikliklere işaret ettiğinde ve bu konuda Mahkeme önünde çok sayıda dava devam ettiği ve yeni başvuruların yapılması ihtimali bulunduğu hem potansiyel başvuru sahiplerinin hem de aktüel başvuru sahiplerinin kullanabileceği etkili bir iç hukuk yolu sağlamaları gerektiğini belirtmiştir. Komiteye göre böylece hem yerindenlik ilkesine uyulmuş olacak hem de mahkemenin iş yükü sorunu çözülmüş olacaktır. AKPM Hukuki İşler ve İnsan Hakları Komitesi de sistemik/yapısal sorunun ulusal hukuk sistemindeki fonksiyon bozukluğu nedeniyle Strazburg Mahkemesi'ne çok sayıda başvuru yapılan durum olarak tanımlanabileceğini belirtmiştir.³⁹⁶

AİHM Reform sürecinin önemli uğraklarından biri olan Interlaken Bildirgesi de kopya davalarla yapısal sorunlar arasında bağlantı kurmaktadır.³⁹⁷ AİHM, ilk pilot kararı olan Broniowski/Polonya davasında, sistemik/yapısal sorunu şu şekilde tanımlamıştır:

"[...] dava olguları, [iç hukuk düzeninde] bir sınıfın bütün bireylerinin [Sözleşmede korunan bir haklarından] özgürce faydalanmalarını engelleyen veya engellemeye devam etmesine yol açan bir aksaklığın var olduğunu ortaya koymaktadır. Mahkeme ayrıca, başvuru sahibinin bireysel davasında saptanan ulusal mevzuattaki ve uygulamadaki eksikliklerin bunu izleyen sağlam temelli çok sayıda başvuruya sebep olabileceğini saptamıştır."³⁹⁸

388 Terry Davis (2007), "Some Starting Points for Our Reflection on the Future of the Court", Council of Europe, Future Developments of the European Court of Human Rights in the light of the Wise Persons' Report (Council of Europe: Strasbourg) s. 9, 12

389 Mahkeme pilot karar yönteminin Sözleşmeye eklenmesini önermektedir, bkz. Opinion of the Court on the Wise Persons' Report (as adopted by the Plenary Court on 2 Nisan 2007), s. 5; Position Paper of the Court, 26 Eylül 2003, para. 13-15.

390 Alastair Mowbray (2006), "Military Judges and the Right to a Fair Trial", 6 Human Rights Law Review 176, 180-181. Pilot karar yöntemine anayasal adaletçiler kadar kişisel adaletçiler de taraftır. M. M Dembour (2002), "Finishing off Cases: The Radical Solution to the Problem of the Expanding ECtHR Caseload" 5 European Human Rights Law Review 604; Joshua L. Jackson (2006) "Broniowski v. Poland: A Recipe for Increased Legitimacy of the European Court of Human Rights as a Supranational Constitutional Court" 39 Connecticut Law Review 759; P. Leach (2005), "Beyond the Bug River- A New Dawn for Redress Before the European Court of Human Rights" 10 European Human Rights Law Review 148.

391 Amnesty International's Comments on the Interim Activity Report: Guaranteeing the Long- Term Effectiveness of the European Court of Human Rights, AI Index: IOR 61/005/2004, para. 4.

392 Bununla birlikte, 14. Protokol'ün gerekçesinde, Mahkeme'nin çok sayıda kopya dava türetmeye müsait yapısal sorunlara ilişkin öncelik verecek bir usul geliştirmesinin faydasına dikkat çekilmiştir. Explanatory Report, para. 16.

393 Bu konuda bkz. Kerem Altıparmak (2009), "Kopya Davalar ve Pilot Kararlar: Bir Kararda Bin Adaletsizlik?", Kerem Altıparmak (yay. hazı), 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı Hayal Kırıklığı mı?, (Ankara: Ankara Barosu Yayınları), s. 60-107.

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

395 Recommendation Rec (2004) 6 of the Committee of Ministers to member States on the improvement of domestic remedies

396 Committee on Legal Affairs and Human Rights (2011), States with major structural/systemic problems before the European Court of Human Rights: statistics, AS/Jur/Inf (2011) 05 rev 2, para. 8

397 Action Plan, D. Repetitive applications, 7 ii

398 Broniowski/Polonya, para. 189.



Pilot karar, genel bir sorunun spesifik bir dava üzerinden tanımlanarak çözülmesi olarak özetlenebilir. Buna göre, aynı mevzuat ve/veya uygulamadan kaynaklanan birbirini tekrar eden vakanın kaynağındaki sorunun bir vakada tespit edilip, genel önlem alınmasının istenmesi pilot karara vücut vermektedir. Bu saptamanın gerçekleşmesi için mutlaka çok sayıda başvurunun Strazburg'da devam etmesine gerek yoktur.³⁹⁹ Pilot karar, bir yönüyle geçmişe yönelik olmakla birlikte esasen gelecekte ortaya çıkacak çok sayıda ihlali önlemeyi hedeflemektedir.⁴⁰⁰

Uzun süre, Bakanlar Komitesi kararlarına atıfla ve kararlarında yaptığı tanımla pilot karar yöntemini uygulayan AİHM, Interlaken Bildirgesi'nde de tekrarlanan tanım taleplerini içtüzüğünü değiştirerek cevap vermiştir.⁴⁰¹ Mahkeme içtüzüğünün 61 (1) maddesine göre "Mahkeme bir başvuruya ilişkin olgular ilgili Taraf Devlette benzer başvurularda neden olan veya olabilecek yapısal veya sistemik bir sorun veya benzer bir işlev bozukluğunun varlığını ortaya çıkarırsa pilot-karar usulünü başlatıp bir pilot karar verebilir." Aynı maddenin 3. fıkrasına göre; Mahkeme kararın hüküm bölümünde, pilot kararında yapısal veya sistemik sorunun veya diğer işlev bozukluğunun niteliğini ve ilgili taraf devletin ulusal düzeyde alması gereken giderici önlem tiplerini belirleyecektir. AİHM kararın gereği olarak ulusal giderim mekanizmalarının kurulması için belirli bir süre verebileceği gibi hüküm fıkrasında yapısal/sistemik sorundan kaynaklı benzer başvuruların incelemesinin ertelenmesine de karar verebilir. Ancak, davalı hükümetin hükmün gereğini yerine getirmemesi halinde ertelenen başvuruların incelenmesine tekrar başlanabilir.⁴⁰²

Pilot karar sonrasında, hükümete kararın gereğini yerine getirmesi için süre verildiğinde veya diğer başvuruların incelenmesinin ertelenmesi durumunda, kararın infazının incelenmesi büyük önem taşımaktadır. Bu döneme ilişkin olarak hükümet, yaptığı yeni düzenlemenin yeterliliğini yeni düzenlemenin uygulandığı az sayıda dosya ile göstermek isteyecektir. Durumun gerçekten hükümetin sunduğu dosyalarda gösterildiği gibi olup olmadığının saptanması önce AİHM, sonrasında da Bakanlar Komitesi önünde büyük önem taşımaktadır. Örneğin, İçyer/Türkiye davasında, Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun uyarınca kurulan tazminat komisyonlarının kararda sunulan örneklerden daha düşük tazminatlar ödediği iddia edilmiştir.⁴⁰³ Eğer sahadaki gerçek durumla hükümetin sunduğu uygulama arasında farklılık varsa bu ancak iyi bir raporlama ile tespit edilebilir.

Mahkeme, pilot dava uygulamasını ilk defa gerçekleştirdiği Broniowski davasında, davalı hükümetin ya Başvurucuların haklarına ulaşma konusunda önlerindeki engelleri kaldırması ya da buna eş bir giderim sağlaması gerektiğini belirtmiştir.⁴⁰⁴ Benzer ifadeler Hutten-Czapska/Polonya kararında da rastlanmaktadır.⁴⁰⁵ AİHM'nin kararında daha somut önlemler önermesi de mümkündür.⁴⁰⁶

399 Kuriç ve Diğerleri/Slovenya, no. 26828/06, 26.6.2012, para. 414.

400 Wildhaber, s. 74; Buyse (2009), 1921.

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

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

403 Bkz. aşağıda not 521-523 ve ilgili bölüm.

404 Aynı yerde, para. 194.

405 Hutten-Czapska/Polonya, no. 35014/97, 19.6.2006.

406 Genel değerlendirmenin çok daha ayrıntılı olduğu bir karar için bkz. Ananyev ve Diğerleri/Rusya, no. 42525/07 ve 60800/08, 10.1.2012.



Bununla birlikte, AİHM sistemik sorun bulunan her davayı pilot dava olarak nitelememektedir. Bu nedenle, bu tür davaların üç farklı kategoride sınıflandırıldığı görülmektedir.⁴⁰⁷ Leach'ın yaptığı ayrıma göre "tam pilot kararlar" şu özellikleri göstermektedir: a. Pilot karar usulünün açıkça uygulandığının belirtilmesi; b. Mahkeme'nin AİHS'nin sistemik ihlalini tespit etmiş olması; c. hüküm fıkrasında davalı devletin sistemik sorunu çözmek için alması gereken genel önlemleri (bazı durumlarda süre sınırını da göstererek) saymış olması.

Yazarlar ikinci tip grubu, yarı pilot karar (*quasi-pilot*) olarak nitelemektedir. Bu kararlar, tam pilot kararlardan iki temel ölçütle ayrılmaktadır. Birincisi, AİHM bunları 46. madde başlığı altında incelemekle birlikte, pilot karar kavramını kullanmamaktadır. İkincisi olarak, yarı pilot kararlarda diğer benzer davalar ertelenmemektedir.⁴⁰⁸ Bu karar tipi sayıca pilot kararlardan çoktur.⁴⁰⁹

Bu kararların bazılarında önerilen çözüm hüküm fıkrasında yer alırken, bazılarında 46. madde kapsamında yapılan değerlendirmeler hüküm fıkrasında yer almamaktadır. Her ne kadar hüküm fıkrasında yer alan kararların bağlayıcılığı daha güçlü olmakla birlikte, bu hüküm fıkrasında sayılan hükmün her zaman çok açık olması anlamına gelmemektedir. McCaughey ve Diğerleri başvurusunda, AİHM Kuzey İrlanda'da kolluk güçlerinin sorumluluğu olan vakalara ilişkin yürütülen soruşturmalara ilişkin sistematik gecikmeler bulunduğunu saptamıştır. Kararın hüküm fıkrasında, mevcut davada ve soruşturmanın devam ettiği benzer davalarda 2. madde uyarınca gerekli usuli önlemlere uygun şekilde soruşturmanın hızla tamamlanmasına karar verilmiştir.⁴¹⁰ Hüküm fıkrasına yazılan bu koşulun, kararın bütününden çıkan dışında ek bir ödev yüklediğini söylemek güçtür. Bununla birlikte, hüküm bölümüne yazılan bu tür ifadelerin kararın Bakanlar Komitesi önündeki takibini kolaylaştırdığını söylemek mümkündür.⁴¹¹

Bununla birlikte, hüküm fıkrasında yazılmayan bazı değerlendirmelerin de daha somut olduğu görülmektedir. Başvurucuların tecritte tutulduğu Harakchiev ve Tolunov/Bulgaristan başvurusunda AİHM, İşkenceye Karşı Komite'nin (CPT) 1999 yılından beri tavsiyeleri tekrar ederek; (a) tüm müebbet hapis cezası alan mahkumlara ilk beş yıl yüksek kısıtlayıcılık içeren hapisane rejiminin otomatik uygulanmasına son verilmesi ve (b) özel güvenlik rejiminin her bir müebbet hapis cezasına ilişkin olarak risk değerlendirmesi yapılarak uygulanmasını öngören düzenlemeler yapılması yönünde görüş bildirmiştir.⁴¹²

Benzer bir şekilde jandarmanın Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Yönetmeliği'nin 39. maddesindeki yetkisini kullanarak başvuru yapıldığı Atıman/Türkiye vakasında AİHM, genel önlem olarak hüküm fıkrası dışında çok somut bir giderim önermiştir:

"Mahkeme, yukarıdaki tespitleri göz önünde bulundurarak, mevcut kararı Sözleşme'nin 46. maddesi kapsamındaki yükümlülükleri doğrultusunda icra etmek için Taraf Devletin bu tür ihlalleri gelecekte önlemek amacıyla gerekli yasal değişiklikleri yapması gerektiğini değerlendirmektedir. Bu maksatla, Mahkeme, Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Yönetmeliği'nin 39. maddesinin değiştirilerek ilgili hükümlerin 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 22. maddesi ile uyumlu hale getirilmesi gerektiği görüşündedir".⁴¹³

407 Philip Leach, Helen Hardman ve Svetlana Stephenson (2010), "Can the European Court's Pilot Judgment Procedure Help Resolve Systemic Human Rights Violations? Burdov and the Failure to Implement Domestic Court Decisions in Russia", 10 Human Rights Law Review 346, s. 351; Antoine Buyse (2009), "The Pilot Judgment Procedure at the European Court of Human Rights: Possibilities and Challenges", 57 Nomiko Vima 1913.

408 Leach vd., s. 25.

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

410 McCaughey ve Diğerleri/Birleşik Krallık, No. 43098/09, 16.7.2013, hüküm fıkrasının 4 (c) bendi.

411 Alastair Mowbray, "An Examination of the European Court of Human Rights' Indication of Remedial Measures", (2017) 17 HRLR 451, 474.

412 Harakchiev ve Tolunov/Bulgaristan, no. 15018/11, 8.7.2014, para. 280.

413 Atıman/Türkiye, no. 62279/09, 23.9.2014, para. 47.



Türkiye hakkında verilen 46. madde kararlarının büyük çoğunluğu yarı pilot karar niteliğindedir. Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye davası tipik bir yarı-pilot karar uygulamasıdır. Bu davada, başvuru-rucuların zorunlu din dersinden muaf tutulmaması ve “din kültürü ve ahlâk bilgisi” konusunda verilen eğitimin nesnellik ve çoğulculuk ölçütlerini karşılamadığı göz önünde tutularak AİHS’ye Ek. 1. Protokol’ün 2. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir. Ancak AİHM davada sadece Başvurucuların bireysel durumuna ilişkin saptama yapmakla yetinmemiş, sorunun geneline ilişkin de şu saptamaları yapmıştır:

“[b]u davada, Türk eğitim sisteminde, din dersleriyle ilgili tarafsızlık ve çoğulculuk koşullarının yerine getirilmemesi ve ebeveynlerin inançlarına saygı gösterilmesini sağlayacak uygun bir yöntem sunulmaması nedeniyle, sistemin yetersiz olmasından ötürü AİHS’nin ihlal edildiğini gözlemler. Bu sonuçlar, AİHS’ye Ek 1 No’lu Protokol’ün 2. maddesi’nin ikinci cümlesinde teminat altına alındığı üzere, başvuruların haklarının ihlalinin, bu sınıfa ders programı uygulanması ile ilgili sorundan ve ebeveynlerin inançlarına saygı gösterilmesini sağlayacak uygun yöntemlerin bulunmayışından kaynaklandığını göstermektedir. Sonuç olarak, AİHM, Türk eğitim sistemi ile iç mevzuatını AİHS’nin yukarıda belirtilen maddesine uygun hale getirmenin, tespit edilen ihlali sona erdirecek uygun bir tazmin şekli teşkil ettiği kanısına varmıştır.”⁴¹⁴

Görüldüğü gibi burada Mahkeme, hüküm fıkrasına hükümetin neler yapması gerektiği konusunda açık bir ifade eklememekle birlikte, sorunun mevcut müfredattan kaynaklandığını saptamış, bu aksaklığın giderilmesi gerektiğini belirtmiştir. Yarı-pilot karar uygulamasına yakın tarihli başka Türkiye davalarında da rastlanmaktadır. Altınok/Türkiye davasında, tutukluluğun devamına ilişkin Cumhuriyet Savcısından alınan görüşün tutuklu veya vekiline gönderilmemesi ve bu uygulamadan doğan zarara karşı etkili bir giderim yolunun olmaması yapısal bir sorun olarak nitelenmiştir. AİHM, aynı gerekçeyle önünde devam etmekte olan çok sayıda başvuruyu dikkate alarak, Sözleşme denetim mekanizmasının etkinliğini sağlayabilme amacıyla kararın infazı için ulusal düzeyde genel önlemler alınmasının gerekli olduğunu belirtmiştir.⁴¹⁵ Ancak bunun için nasıl bir düzenleme yapılması gerektiği konusu hükümetin takdirine bırakılmıştır.

Pulatlı/Türkiye davasında, 46. madde uygulamasında genel önlemlere ilişkin daha ileri bir aşama söz konusudur. Anılan davada başvuru icazetli bir şekilde garnizonu terk ettiği için disiplin cezası olarak 7 gün hapis cezasına çarptırılmıştır. 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu’nun 21. maddesi uyarınca disiplin amirleri tarafından verilen cezalar yargı denetimi dışında bırakıldığı için bu cezaya karşı yargı yoluna başvurmak mümkün olmamıştır. Mevzuattan kaynaklı yapısal sorunu tespit eden AİHM; sorunun çözümü için en uygun çözümün, Türk hukukunda kişiyi özgürlüğünden mahrum bırakacak kararı alan veya bu kararı kontrol eden yetkilinin yargısal güvencelerle donatıldığı bir mekanizmanın kurulması ile sağlanacağını belirtmiştir.⁴¹⁶ Yarı pilot karar uygulamasının mülkiyet hakkına ilişkin davalarda da uygulandığı görülmektedir.⁴¹⁷

Üçüncü tip olarak genel nitelikte sorunlara cevap olmakla birlikte, 46. madde incelemesi yapılmayan bu nedenle çözümün Mahkeme tarafından açık bir şekilde tartışılmadığı kararlar gelmektedir. Ancak yukarıda da belirtildiği gibi bu kararlarda da alınacak genel önlemlerin kararın gerekçesinden (*obiter dictum*) çıkarılmasına hiçbir engel bulunmamaktadır. Bu tip kararların bir kısmı henüz 46. madde ve pilot karar uygulamasının olmadığı döneme ilişkin olmakla birlikte,

414 Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye, no. 1448/04, 9.10.2007, para. 84.

415 Altınok/Türkiye, no. 31610/08, 29.11.2011, para. 72 ve 74.

416 Pulatlı/Türkiye, no. 38665/07, 26.4.2011, para. 32 ve 39.

417 Kamulaştırmaz el koyma davalarında eksik tazminat verilmesinin Ek Protokol’ün 1. maddesini ihlal ettiğine karar verilen Sarıca ve Dilaver kararı da yarı pilot niteliği taşımaktadır. Sarıca ve Dilaver/Türkiye, no. 11765/05, 27.5.2010. Aynı şekilde kamulaştırma bedeline işletilen faizin düşüklüğü nedeniyle uğranılan zararın konu edildiği Yetiş ve Diğerleri kararı da bir yarı pilot karardır. Yetiş ve Diğerleri/Türkiye, no. 40349/05, 6.10.2010.



yeni kararların bazılarında da 46. madde uygulaması yapılmamakla birlikte AİHM'nin genel nitelikli önerilerde bulunduğu görülebilmektedir.

2. Bakanlar Komitesi Sınıflandırması

Bakanlar Komitesi, davaların izlenmesi sırasında AİHM'in aynı konuda verdiği kararların tekrar edip etmediğine bakarak farklı bir sınıflandırmaya gitmektedir. Buna göre; izlenecek karar öncü, kopya veya izoledir.⁴¹⁸ Öncü dava (*leading case*), davalı devlette yeni bir sistemik/yapısal sorunu ortaya çıkaran ve bu nedenle yeni genel önlemler alınmasını gerektiren davadır. Öncü kararlar, tanımı itibarıyla pilot kararları da içermektedir. Şüphesiz tüm öncü davalar aynı önemde olmayabilir. Ancak öncü olmaları nedeniyle bireyselden çok genel nitelikli önlemleri ilgilendirdikleri açıktır.

Bakanlar Komitesi İçtüzüğü, AİHM'nin sistemik sorun olduğunu saptadığı kararların icrasına öncelik verileceğini ancak bu durumun başvuru aleyhine ağır sonuçları olan ihlalleri içeren kararların icrasının öncelik kazanmasına engel olmayacağını belirtmiştir.⁴¹⁹

Bakanlar Komitesi'nin sınıflandırmasındaki ikinci tür olan kopya (*clone*) ve tekrar (*repetitive*) davalar, "Bakanlar Komitesi önünde bir veya birkaç öncü davada ileri sürülmüş bir sistemik veya genel sorunla ilgili davalardır".

Son olarak, Bakanlar Komitesi tarafından izole olarak tanımlanan bir grup dava daha bulunmaktadır. Bu davalarda, ihlale yol açan olay sadece bu davaya özgü vakalardan kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte, başta izole olarak nitelenen bir dava daha sonra öncü davaya dönüşebileceği gibi öncü bir davanın arkasından çok sayıda kopya dava gelmeyebilir de.

3. Kararların İzlenmesinde Öncelik İlkesi

Bu konudaki bir diğer önemli gelişme AİHM'nin davalara ilişkin yeni öncelik politikasıdır (*priority policy*). Haziran 2009'da, AİHM, Mahkeme İçtüzüğü'nün 41. maddesini değiştirerek davaları kronolojik olarak giriş sırasına göre değil ve fakat geliştireceği ölçütlere göre aciliyet ve önem önceliğine göre inceleyeceğini kurala bağlamıştır.⁴²⁰

Bu tarihe kadar, AİHM, bazı acil vakalar istisna tutulursa, kronolojik olarak hazır olan ilk başvurudan başlayarak karar veriyordu. Ciddi insan hakları ihlallerinin yıllarca incelenmemesine neden olan bu yöntemi değiştiren yeni öncelik politikasına göre davaların nasıl bir sıralama ile inceleneceği aşağıdaki tabloda gösterilmiştir:⁴²¹

418 Kavramların tanımı için bkz. Committee of Ministers (2010), 3rd Annual Report of the Committee of Ministers 2009, s. 32.

419 Kurallar, md. 4, bkz aşağıda not. 417

420 İçtüzük, md. 41.

421 Mahkeme'nin öncelik politikasına ilişkin broşürüne şu adresten ulaşılabilir: https://www.echr.coe.int/documents/priority_policy_eng.pdf



- I. Acil başvurular (özellikle başvurucunun hayat ve sağlığının risk altında olduğu, başvurucunun doğrudan Sözleşme tarafından korunan hakkının ihlal edilmesi sonucu özgürlüğünden mahrum kaldığı iddiasının bulunduğu⁴²², özellikle bir çocuğun durumunun konu edildiği kişilik ve aile durumuna ilişkin diğer koşulların ve İçtüzüğü'nün 39. maddesinin⁴²³ uygulanmasının söz konusu olduğu durumlar)
- II. Sözleşme sisteminin etkinliği üzerinde etkili olabilecek sorunları içeren başvurular (özellikle Mahkemenin daha önce incelemeyeceği yapısal veya yaygın durumlara ilişkin olanlar, pilot karar usulü) veya genel yararı ilgilendiren önemli sorunları ilişkin başvurular (özellikle ulusal hukuk sistemleri veya Avrupa sistemi ile ilgili önemli etkileri olabilecek ciddi bir sorun), Devlet başvuruları
- III. Tekrar dava olsun olmasın, ilk bakışta esas şikayet olarak Sözleşmenin 2, 3, 4 ve 5 (1). maddelerine ("çekirdek haklar") ilişkin sorunları içeren başvurular ve fiziksel bütünlüğe ve insan onuruna doğrudan tehdide yol açan başvurular.
- IV. Diğer maddelere dayanan potansiyel olarak sağlam temelli başvurular
- V. Daha önce bir pilot/öncü kararda çözümlenmiş sorunlara ilişkin başvurular ("tekrar davalar")
- VI. Kabul edilebilirlik açısından sorun içerdiği saptanmış başvurular.
- VII. Açıkça kabul edilemez nitelikte başvurular.

Genel olarak bu öncelik sırasına göre izlenmekle birlikte Daire veya Başkanı alt kategoride yer alan bir davanın öncelikli olarak incelenmesine karar verebilmektedir. AİHM'nin karar verme sürecinde dikkate aldığı bu sınıflandırmanın izleme yapılacak kararların belirlenmesinde de dikkate alınmasının faydalı olacağına şüphe yoktur. Asıl hedef genel önlemlerin uygulanmasının takibine özgülendiği için Mahkeme'nin öncelik sıralamasında ikinci sırada yer alan genel yararı ilgilendiren kararların izlenmesine öncelik verilecek olmakla birlikte acil kararların izlenmesi de simgesel nitelikleri nedeniyle genel sonuçlar doğurma potansiyelini her zaman taşımaktadır.

422 Bu kategori öncelik politikasına 22 Mayıs 2017 tarihinde eklenmiştir.

423 İçtüzüğü'nün 39. maddesi uyarınca, Daire veya gerekiyorsa Daire Başkanı, bir tarafın veya ilgili herhangi bir kişinin talebi üzerine veya doğrudan kendisi, tarafların menfaati veya önündeki davanın gereği gibi görülebilmesi için alınması gerektiğini düşündüğü geçici tedbirleri taraflara bildirebilir. Sonuçları itibarıyla giderilmesi güç veya imkansız zararlar doğacağı durumlarda Mahkeme'nin bu yola başvurusu mümkündür. Bu yola en çok sınırdışı ve suçluların iadesi uygulamalarında kişinin gönderildiği ülkede işkence-kötü muamele görme ihtimali varsa başvurulduğu söylenebilir.

III. AİHM KARARLARININ İNFAZI



III. AİHM KARARLARININ İNFAZI

A. Bakanlar Komitesi ve Kararların İnfazının İzlenmesi

AİHM, kesinleşmiş bir yargı kararının, taraflardan birinin zararına, ulusal hukuk sistemi yüzünden infaz edilememesi halinde mahkemeye başvurma hakkının aldatıcı olacağını bu nedenle herhangi bir mahkeme tarafından verilen bir kararın 6. madde anlamında “yargılamanın” ayrılmaz bir parçası olduğunu belirtmektedir. Kararların uygulanmasına ilişkin hak bu nedenle hukukun üstünlüğü ilkesinin bir gereğidir.⁴²⁴ Ulusal mahkeme kararlarının icrası için ifade edilmiş bu sözlerin, Strazburg Mahkemesi için de geçerli olduğuna şüphe yoktur.⁴²⁵ AİHM kararlarının icrası sistemin işleyişi açısından ilkesel anlamda büyük önem taşımaktadır. Öte yandan, kararların icrasının, özellikle genel önlemlerin icrasının gecikmesi ayrıca pratik açıdan da kritik bir anlama sahiptir. İcra edilmeyen kararlar yeni başvurulara kaynak olduğu için Avrupa Denetim Sistemi'nin geleceği açısından da hayati bir öneme sahiptir. Bu nedenle, kararların icrası sorunu reform sürecinin her aşamasında önemli bir yer tutmuştur.

Bununla birlikte, insan haklarını koruma mekanizmasının en önemli halkası olan icra süreci esasen ulusal makamların kontrolündedir. AİHM tarafından da kabul edilen bu yöntem, kaçınılmaz olarak ulusal siyaset gerilimi ile uluslararası hukuk gerekliliklerini karşı karşıya getirmektedir. İcra sürecinde yaşanan bu gerilim, zaman zaman devletlerin Sözleşme sisteminden ayrılma yönünde iradeler açıklamasına, bazen de koruma mekanizmasını baskı altına almaya çalışmalarına neden olmaktadır. Resmi kayıtlara geçmeyen pazarlıkların var olduğunu ileri sürmek de sanırız, fazla kötü niyetli bir yaklaşım değildir. Bu nedenle, gerekli siyasal iradenin varlığının olmadığı yerde uluslararası baskının oluşturacağı atmosfer kararların layıkıyla icrası için yeterli olmayacaktır. Öte yandan, siyasal iradenin varlığı halinde dahi kararların icrasının teknik bir yönünün de bulunduğuna şüphe yoktur.

Kararların uygulanmasını 46. maddenin ikinci fıkrası uyarınca siyasal bir organ olan Bakanlar Komitesi denetlediği için alınacak genel ve kişisel nitelikli önlemlerin ne derecede ihlalin sonuçlarını gidermeye yeterli olduğu da bu siyasi organ tarafından değerlendirilecektir. Kararların uygulanması için yetkili olan organın adı Bakanlar Komitesi ise de kararların infazına ilişkin toplantıların büyük kısmı daimi temsilcilerin katılımı ile yapılmakta; çok istisnai olarak devlet başvurularında bakanlardan oluşan bir heyet sürece müdahil olmaktadır.⁴²⁶ Her ne kadar Bakanlar Komitesi siyasal bir organsa da, kararların uygulanması hukuksal bir süreç olduğu için Komite'nin bu faaliyetinin melez bir nitelik taşıdığını ileri sürmek mümkündür.

Kararların birçoğunda, sadece ihlal saptanıp, kararın ne şekilde yerine getirileceği belirli olmadığı için bu husus davalı devlete bırakılmıştır. 46. madde Bakanlar Komitesi'nin kararların infazını inceleme görevini ne şekilde yerine getireceğine dair bir açıklık içermemektedir. Bu eksikliği doldurmak üzere Bakanlar Komitesi, icra sürecinin ne şekilde gerçekleştirileceğini göstermek üzere güncellenen bir Kurallar bütünü hazırlamıştır.⁴²⁷ Bakanlar Komitesi, yıllık 4 toplantısını insan hakları başlığına ayırmaktadır. Kararların infazına ilişkin inceleme bu dönemde yapılmakla

424 Hornsby/Yunanistan, no. 18357/91, 19.3. 1997, Reports 1997-II, para. 40; ve Burdov/Rusya, no. 59498/00, 7.5.2002, para. 34; Ülger/Türkiye, no. 25321/02, 26.6.2007, para. 38.

425 Elisabeth Lambert Abdelgawad (2009), “The Execution of the Judgments of the European Court of Human Rights: Towards a Non-coercive and Participatory Model of Accountability”, 69 ZaöRV, s. 471, 472.

426 Greer, s. 156.

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



birlikte, acil davalar olağan Bakanlar Komitesi toplantılarında da incelenebilir.⁴²⁸ İzleme görevini yerine getirirken, Bakanlar Komitesi, İnsan Hakları ve Hukuki İlişkiler Genel Müdürlüğü'nde kurulmuş olan Mahkeme Kararları İnfaz Dairesi tarafından desteklenmektedir.

Bakanlar Komitesi Kuralları uyarınca AİHM tarafından verilen kararların icrasını Bakanlar Komitesi üç başlık altında incelemektedir:

- a. Mahkeme tarafından hükmedilen adil tatmin ve gerekiyorsa faizinin ödenmesi;
- b. gerektiğinde ve Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın kararın yerine getirilmesi için zorunlu olan araçları seçme hususunda takdirini dikkate alarak:
 - i. İhlalin sona erdirilmesini güvenceye alan ve zarara uğrayan tarafın, mümkün olduğu ölçüde, Sözleşme'nin ihlalinin gerçekleşmesinden önceki aynı duruma koyulmasını sağlayan bireysel önlemlerin alınması;
 - ii. Bulunan ihlal veya ihlallere benzer yeni ihlalleri engelleyen veya devam eden ihlallere son veren genel önlemlerin alınması.⁴²⁹

Her ne kadar AİHM kararlarının icrası, davanın iki tarafı olduğu akılda tutulduğunda davanın iki tarafını da ilgilendiren bir nitelik taşısa da Bakanlar Komitesi, icra sürecinin bir soruşturma (*inquisitorial*) değil işbirliği (*co-operative*) görevi olduğunu belirtmektedir.⁴³⁰ Bu amaçtan yola çıkarak, sürecin her kararın bireysel sonuçlarından daha fazla bir anlamının olduğunu görmek mümkündür. Öte yandan bu yaklaşımın bir sonucu olarak kararların infazı ağırlıklı olarak hükümet ile Komite arasında bir süreç olarak kurgulanmıştır. Şüphesiz, alana ilişkin hükümetlerin vereceği doğru ve zamanlı bilginin yerini hiçbir izleme mekanizması tutamaz. Bu nedenle, gerek Bakanlar Komitesi'nin gerekse AİHM'nin hükümetten doğru bilgi alması kararların infazı açısından çok önemlidir.⁴³¹

Bakanlar Komitesi; zarar gören taraf, STK ve Ulusal İnsan Hakları Kurumları tarafından sunulan bilgileri dikkate alma yetkisine sahip olmakla birlikte⁴³², bu hüküm hem bir zorunluluk olarak düzenlenmemiştir hem de bu kapsamda Bakanlar Komitesi'ne sunulan bilgiler oldukça sınırlı olmaktadır. Ayrıca, Kuralların 9. maddesi başvuruçunun tazminat ve bireysel önlemlerle ilgili sunuş yapabildiğini mümkün kılarken genel önlemler konusunda belirsizdir ve eleştiriye açıktır.⁴³³ Genelde hükümet tarafından sunulan bilgiler eksik ve yanlış olmakla birlikte, STK'ler bu imkanı etkin bir şekilde kullanmamaktadır.⁴³⁴ Bakanlar Komitesi'nin de hükümetin yerine getirdiğini ifade ettiği değişiklikleri etkin bir şekilde izlemeye uygun bir yapısı olmadığı⁴³⁵ için dosyalar davalı hükümetin sunduğu bilgiler üzerinden sonuca bağlanmaktadır.

428 Osman Kavala hakkında verilen kararın infaz edilmemesi ve başvuruçunun AİHM kararına rağmen tahliye edilmemesi üzerine Bakanlar Komitesi Mart 2021 toplantısında, düzenli ve insan hakları toplantılarının tamamında bu kararın gündeme alınmasına karar vermiştir. Bkz. CM/Del/Dec(2021)1398/H46-33, 1398th meeting, 9-11 March 2021 (DH), H46-33 Kavala v. Turkey (Application No. 28749/18).

429 Kararlar, md. 6 (2).

430 Human rights working methods--Improved effectiveness of the Committee of Ministers' supervision of execution of judgments, CM/Inf(2004)8 Final (April 7, 2004), para.1.3

431 Remarks by the Director General of the Directorate General of Human Rights and Rule of Law (2012), Committee of Ministers, Supervision of the execution of judgments and decisions of the European Court of Human Rights, Annual Report 2011, s. 13.

432 İçtüzük, md. 9 (1) ve (2). Aynı durum dostça çözüm kararları için de geçerlidir. Bkz. md. 15 (1) ve (2).

433 Leach, "The effectiveness..", s. 452.

434 Leach, s. 732. Şüphesiz bu durumun istisnaları vardır. Örneğin Salduz/Türkiye davasının infazıyla ilgili olarak Açık Toplum Enstitüsü, Adalet Girişimi etkin bir rol üstlenmektedir: <http://www.soros.org/sites/default/files/salduz-turkey-20120306.pdf>

435 Fredrik Sundberg (2009), Control of Execution of Decisions Under the European Convention on Human Rights- A Perspective on Democratic Security, Inter-Governmental Cooperation, Unification and Individual Justice in Europe, G. Alfreddsson vd., International Human Rights Monitoring Mechanisms: Essays in Honour of Jakob Th. Möller, (Martinus Nijhoff: Leiden) 321, 334.



Bununla birlikte, Bakanlar Komitesi Kuralları uyarınca, kararların icrasının izlenmesi daha şeffaf bir hale getirilmiştir. İliki 2008 yılında yayımlanan Kararların İcrasının İzlenmesine İlişkin Yıllıkta, kararların icrasına ilişkin şeffaflık taleplerinin hem Avrupa Konseyi içinden hem de ulusal makamlar ve sivil toplumdan artarak geldiği ifade edilmiş, Yılığın bu talebi karşılamaya yönelik olduğu belirtilmiştir.⁴³⁶ İçtüzüğe göre, aksi öngörülmediği takdirde Bakanlar Komitesi'ne ulaşan şu bilgiler kamuya açık olacaktır: Sözleşmeci Tarafın Komite'ye ulaştırdığı bilgi ve belgeler; zarar gören taraf, STK'ler ve Ulusal İnsan Hakları Kurumları tarafından Komite'ye ulaştırılan bilgi ve belgeler.⁴³⁷ Bakanlar Komitesi'nin karar icra sürecini İnternet'ten takip etmek mümkündür.⁴³⁸ Bakanlar Komitesi'nin bu amaçla kurulan sitesinden kararları ülkesine veya konusuna göre taramak mümkündür. Ayrıca Komite, 2007'den itibaren ayrıntılı yıllık faaliyet raporları⁴³⁹ ve rehberler yayımlamaktadır. İnsan Hakları ve Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'ne bağlı olarak kurulan Mahkeme Kararlarının İnfazı Dairesi (*The Department for the Execution of Judgments*), kararların icrası konusunda, Bakanlar Komitesi'ne destek olmakta ve önemli bir yükü üstlenmektedir. Davanın taraflarının ve STK'lerin İcra Bölümü ile iletişime geçerek kararın icrası ile bilgileri paylaşması mümkündür.

Bununla birlikte, artan STK katılımına rağmen halen sürecin esasen hükümetlerle Bakanlar Komitesi arasında yürüdüğünü de vurgulamak gerekir. Avrupa İzleme Ağı (European Implementation Network) verilerine göre 2019 yılında 1250'si 5300 derdest karar hakkında ortalama 70-90 STK raporu sunulmaktadır. Hükümetler tarafından sunulan yıllık 750-850 arası eylem planı ve raporu karşısında bu sayının ne kadar kısıtlı olduğu görülebilir.⁴⁴⁰

2006'da yürürlüğe giren Kararlar uyarınca sadece mahkeme kararları (*judgments*) değil ve fakat dostça çözüm kararları (*friendly settlement terms*) da Bakanlar Komitesi gözetiminde icra edilecektir. AİHS 39 (4) uyarınca, bu kararların icrasını denetlemeye de Komite yetkilidir. Bakanlar Komitesi, 14. Protokol öncesi sadece AİHM hükmüyle (*judgment*) sonuçlanan dostça çözüm kararlarını izlemeye yetkiliyken artık tüm dostça çözüm kararlarını izleme yetkisi ile donatılmıştır. Bunun yanında, hükümetin tek taraflı bildiri ile sonuçlanan davaların⁴⁴¹ da Bakanlar Komitesi tarafından izleneceği kabul edilmektedir.⁴⁴²

Bakanlar Komitesi'nin izleme süreci içerisindeki rolü ve etkinliği artmakla birlikte, kararların infazının öneminin artışının ve izleme yöntemindeki değişikliklerin doğal sonucu olarak, AİHS sisteminin bu bölümünde de ciddi bir yığılma ortaya çıkmıştır. Her ne kadar, kararların hiç infaz edilmemesi sık rastlanan bir durum değilse de geç infazı olağan bir uygulama haline gelmiştir. Gecikme bazen siyasi nedenlerden bazense teknik sebeplerden kaynaklanmaktadır. AKPM, icra sorunlarının en az 7 farklı nedenden kaynaklanabildiğini not etmektedir: Siyasi nedenler, yapılması gerekli reformlara ilişkin nedenler, ulusal yasama sürecine ilişkin pratik nedenler, bütçeye bağlı nedenler, kamuoyu eğilimlerine bağlı nedenler, kazuistik veya belirsiz şekilde kaleme alınmış kararlar, diğer kurumlardan kaynaklanan ödevlerin ihlalinin kaynaklı nedenler.⁴⁴³

436 European Court of Human Rights (2008), 1st Annual Report 2007, (Strasbourg: CoE), s. 9.

437 İçtüzük, md. 8 (2).

438 http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/default_EN.asp

439 İçtüzük, md. 5. www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/Documents/Publications_en.asp

440 EIN (2020), Implementation of Judgments of the European Court of Human Rights A Handbook for NGOs, injured parties and their legal advisers, s. 2.

441 Sözleşme'nin 37 (1) (c) hükmü uyarınca "Mahkeme'nin saptadığı herhangi bir başka gerekçeden ötürü, başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden görülmezse" başvuru kayıttan düşürülebilir. Her tek taraflı bildirim bu kapsamda kayıttan düşmeye neden olmaz. Tek taraflı bildirim taşıması gereken koşullar için bkz. Tahsin Acar/Türkiye [BD] (İlk itiraz kararı), no. 26307/95, 6.5.2003.

442 Department for the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights (2010), Entry into force of Protocol No. 14: consequences for the supervision of the execution of judgments of the European Court by the Committee of Ministers, DH - DD(2010)278, para. 5.

443 Resolution 1226 (2000), Execution of judgments of the European Court of Human Rights



Reform sürecinin asli hedefi AİHM önündeki davaları eritmek olmakla birlikte, Bakanlar Komitesi'nin önünde hızla artan dava sayısı da göz ardı edilememektedir. Bakanlar Komitesi önünde bekleyen başvuru sayısı 2006 yılı sonunda 5,636 iken bu sayı 2009'da 8,614'e⁴⁴⁴, 2011'de ise 10689'a ulaşmıştır.⁴⁴⁵ Ağır iş yükü, kaçınılmaz olarak Komite'yi bazen olgunlaşmamış dosyaları kapatmaya sevk etmektedir. Son dönemde, Bakanlar Komitesinin nihai kararla izlemeyi sonlandırdığı dosyaların sayısında radikal bir artış söz konusudur. Örneğin, 2010 yılında 141'i öncü toplam 455 dosya kapatılmışken, 2011'de 322'si öncü toplam 816 dosya sonlandırılmıştır. Bu toplamda % 128'lik bir artışa denk gelmektedir.⁴⁴⁶ Bununla birlikte, bu trend 2017'ye kadar artış göstermiş, bu tarihten sonra kapatılan dosya sayısında ciddi bir azalma gerçekleşmiştir. 2017'de toplamda 3691'i bulan kapatılan toplam dosya sayısı, 2020 yılında 983'e kadar düşmüştür.⁴⁴⁷ Öte yandan bu düşüşte AİHM'den Bakanlar Komitesine gelen yeni karar sayısındaki azalma da etkilidir. 2011 yılında 252'si öncü 1606 karar Komite sistemine girmişken, bu sayı 2020 yılında 195'i öncü olmak üzere 983'tür.⁴⁴⁸

Kapatılan ne kadarının gerçekten kapatılmayı hak ettiğinin tespiti sivil katılım olmaksızın çok zordur. Bununla birlikte, Bakanlar Komitesinin yeni yöntemi izlenen davaların sayısının azalmasında önemli bir rol oynamaktadır. Bakanlar Komitesi genel önlemlerin tamamlanmadığı grup davalarında bireysel dosyaları kapatmakla birlikte bir öncü dava başlığında dosyayı açık tutmaktadır. Böylece toplam izlenen karar sayısı azalmakla birlikte, genel önlemlerin takibine devam edilmektedir.

Davalarda olduğu gibi izleme sürecinde de iş yükünün önemli bir nedeni önde gelen ihlalcı devletlerin icra sürecinde etkili önlemler almamasıdır. AİHM tarafından bir öncü davada alınan karar sonrası genel önlemlerin alınmaması, bu kararı takip eden yüzlerce yeni kararın Bakanlar Komitesi önünde birikmesine yol açmaktadır. Aşağıda görüleceği gibi yeni Bakanlar Komitesi'nin yeni infaz izleme yöntemi, izlenecek kararlar arasında nitelik farkını dikkate alarak yapısal sorunları nitelikli izleme ile çözüme ulaştırmaya çalışmaktadır.

Bu süreçte, Bakanlar Komitesi-Hükümet trafiğine sivil müdahalenin önemi açıktır. İnfaz bekleyen davaların sayısının çokluğu dikkate alındığında, müdahalenin hangi aşamada ve ne tür kararlara yönelik olarak yapılacağına saptanması özel öneme sahiptir. Bu açıdan, Bakanlar Komitesi'nin yeni izleme metodunun sunulması faydalı olacaktır.

B. Bakanlar Komitesi'nin Yeni İzleme Sistemi

Interlaken Toplantısı sonrasında Bakanlar Komitesi, Interlaken Eylem Planında öngörülen şekilde iki düzeyli (*twin track*) bir izleme sistemin hazırlanması için Komite Sekreteriyasını görevlendirmiştir.⁴⁴⁹

Yeni düzenlemeye göre izleme iki farklı yöntemle yapılacaktır: standart ve nitelikli izleme. Nitelikli izlemeye tabi olması için özel bir neden olmayan tüm kararlar standart izleme usulüne göre

444 Committee of Ministers, Supervision of the execution of judgments of the European Court of Human Rights: Second Annual Report (2008), Table 1.b of Appendix 1: Statistical data, April 2009, 33; Herta Däubler-Gmelin, The Future of the Strasbourg Court and Enforcement of ECHR Standards: Reflections on the Interlaken Process, Document AS/Jur (2010)06, para. 8.

445 Committee of Ministers (2012), Supervision of the execution of judgments and decisions of the European Court of Human Rights, Annual Report 2011, s. 34. Bununla birlikte, açılan dosya sayısı bir önceki yıla oranla ilk kez 2011 yılında azalma göstermiştir. 2010'da 1710 olan bu sayı 2011'de 1606'ya düşmüştür.

446 Aynı yerde, s. 35.

447 Committee of Ministers (2021), Supervision of the execution of judgments and decisions of the European Court of Human Rights, Annual Report 2020, s. 38.

448 Aynı yerde, s. 38-39.

449 CM/Del/Dec(2010)1090, item 1.10.



takip edilecektir. Buna göre; acil bireysel önlem gerektiren kararlar, pilot kararlar, devlet başvuru-
rularında verilen kararlar ve Mahkeme veya Bakanlar Komitesi tarafından yapısal ve karmaşık
sorunlar içerdiği saptanan kararlar nitelikli izleme kapsamındadır.⁴⁵⁰ Bunun yanında standart
biir izleme Komite Sekreteryası veya üye devletin talebiyle de nitelikli izlemeye dönüştürülebilir.

Yeni yöntemeye göre Bakanlar Komitesi, Mahkeme kararı önüne geldiği andan itibaren hangi
yöntemeye göre izleme yapılacağına karar verecektir.

1. Eylem Planı ve Eylem Raporu⁴⁵¹

Eylem planı, davalı hükümetin bir AİHM kararını yerine getirmek için almayı öngördüğü önlem-
leri zaman belirteçlerini de içerecek şekilde sunduğu plandır. Plan, mümkünse, kararın infazı
için gerekli tüm önlemleri içermelidir. Tüm önlemleri belirlemenin mümkün olmadığı durum-
larda, alternatif olarak, bu adımların zamanlamasını da içerecek şekilde, gerekli önlemleri tespit
için atılacak adımları belirlemelidir.

Eylem raporu ise davalı hükümetin AİHM kararının icrası için aldığı tüm önlemleri ve/veya neden
daha başka önlem almanın gerekli olmadığını açıklayan rapordur. Bir başka deyişle hükümet
eylem raporu sunduğunda Sözleşme'nin 46. maddesi uyarınca yükümlülüklerini yerine getirdi-
ğini ileri sürmektedir. Eylem raporu eylem planının sunulması ve planın hayata geçirilmesinden
sonra da sunulabilir. Bu durumda hükümet kararının icrası için alınacak önlemleri sıraladığı
eylem planını hayata geçirdiğine dair bir eylem programı hazırlayacak ve programı Bakanlar
Komitesine sunacaktır.⁴⁵²

a) Standart Usul⁴⁵³

Taraf devletin kararın verilmesinden hemen sonra ama her ihtimalde en geç 6 ay içerisinde
karara ilişkin eylem planını veya eylem raporunu sunması beklenmektedir.

Standart usulde Bakanlar Komitesi'nin rolü hükümetin eylem plan/programını sunup sunmadı-
ğını denetlemekle sınırlıdır.⁴⁵⁴ Bu nedenle standart olarak kararın yerine getirilip getirilmediğine
ilişkin eylem ve raporlar Sekreteryaya tarafından incelenmektedir. Standart incelemede eylem
raporu veya eylem planı sunulması halinde incelemenin nasıl yapılacağı aşağıdaki şemalarda⁴⁵⁵
açıklanmıştır:

a. Eylem Raporunun Sunulması ve Kabul Edilmesi

Eylem Programı Örneği
Kararın kesinleşmesi
(01/01/2020)

Eylem Planı Sunulması ve Web Sitesinde Yayımlanması
(en geç 01/07/2020)

Dosyanın kapatılmasının önerilmesi
(İzleyen ilk Bakanlar Komitesi İnsan Hakları Toplantısı⁴⁵⁶ veya en geç 01/01/2021)

450 Department for the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights (DG-HL) (2010), Supervision
of the execution of judgments and decisions of the European Court of Human Rights: implementation of the
Interlaken Action Plan – Modalities for a twin-track supervision system, CM/Inf/DH(2010)37, para. 8.

451 CM/Inf/DH(2010)37, Appendix 1, para. 5-7.

452 EIN, s. 4

453 Aynı yerde, para. 12-19.

454 Aynı yerde, para. 12.

455 Şemalar Mahkeme Kararları İcra Dairesi Tarafından Hazırlanan Rapordan alınmıştır. Bkz. yukarıda no. 436

456 Bakanlar Komitesi'nin İnsan Hakları gündemi ile toplandığı toplantılar.



Bu örnekte hükümetin sunduğu rapor Sekretarya tarafından kabul edilmiş ve dosyanın kapatılması talebiyle Bakanlar Komitesi'nin dikkatine sunulmuştur.

b. Eylem Planının Sunulması ve Kabul Edilmesi

Eylem planında rapordan farklı olarak henüz herhangi bir önlem uygulanmadığı için alınması planlanan önlemler Sekretarya'nın dikkatine sunulur. Sekretarya önerilen önlemler ve bunların zamanlaması açısından ek bilgi sunulmasını veya planın açıklığa kavuşturulmasını gerekli görürse hükümetten ek bilgi isteyebilir. Daha sonra eylem planı Bakanlar Komitesi'ne sunulur ve Komite tarafından takip eden İnsan Hakları toplantısında veya en geç altı ay içerisinde, sunulan planın izlenmesine dair hükümetin Bakanlar Komitesi'ne bilgi sunması gerektiğine dair bir karar alınır. Hükümet, eylem planında sunulan tüm bu bilginin sunulmasından itibaren 6 ay içerisinde bu rapora ilişkin nihai kararını Bakanlar Komitesi'ne bildirir. Eğer, Sekretarya ve hükümet alınan önlemler konusunda mutabıksa Bakanlar Komitesi'nden dosyayı kapatması istenir.

Eylem Planı Örneği

Kararın Kesinleşmesi
(01/01/2020)

Eylem Planının Alınması
(en geç 01/07/2020)

Bakanlar Komitesi Web sitesinde yayımlanan eylem planını kayda almaya davet edilir.

Eylem planı uygulandığında veya değiştiğinde:
Bakanlar Komitesi gelişme ve değişikliklerden
web sitesi aracılığıyla bilgilendirilir.

Tüm önlemler alındı: Eylem planı eylem raporuna dönüştü. Dosyanın kapanması teklifi
(izleyen ilk Bakanlar Komitesi İnsan Hakları Toplantısı veya en geç 6 ay içinde)

b) Nitelikli İzleme⁴⁵⁷

Nitelikli izlemede, Bakanlar Komitesi Sekretarya'nın daha aktif bir rol oynamasını beklemektedir. Bu rol üç farklı şekilde gerçekleşebilir:

- Eylem planlarının hazırlanması ve uygulamasında yardım;
- Alınması öngörülen önlemlerde uzman yardımı;
- Karmaşık ve esaslı sorunlarda iki ve çok taraflı işbirliği programları (örn. Seminerler, yuvarlak masa toplantıları)

Nitelikli izleme usulünde izlenen kararlar; tatmin edici, teşvik edici endişeyi dile getiren spesifik/ ara kararlar alınabilmesi ve uygun infaz önlemlerine ilişkin öneri ve tavsiyeler almak için Bakanlar Komitesi tarafından insan hakları toplantılarında düzenli olarak gündeme alınır.⁴⁵⁸ Daha önce de

457 Aynı yerde, para. 20 vd.

458 Kural 17.



ifade edildiği üzere Bakanlar Komitesi yılda 4 kez insan hakları gündemli olarak toplanmaktadır. Nitelikli izleme altındaki kararlar bu toplantıların tamamında değil ama konunun önemine göre periyodik olarak izlenmeye alınır. Örneğin, Türkiye hakkında verilmiş cezasızlığa ilişkin Erdoğan ve Diğerleri Grubu ile Kasa Grubu, kişi özgürlüğüne ilişkin Mergen Grubu, ev içi şiddete ilişkin Opuz Grubu, toplantı özgürlüğüne ilişkin Oya Ataman Grubu, ifade özgürlüğüne ilişkin Öner ve Türk, Taner Akçam ve Nedim Şener Grupları 1-1,5 yıllık periyotlarda Bakanlar Komitesi toplantılarına girmektedir. Bakanlar Komitesi bunun dışında, Komitenin Başkanının açıklama yapması, basın açıklamaları ve üst düzey toplantılar yoluyla da sürece müdahale edebilir.⁴⁵⁹

İzlemenin, nitelikliden standarda geçirilmesi mümkün olduğu gibi standarttan nitelikliye geçirilmesi de mümkündür. Nitelikli izlemedeki bir karar, Bakanlar Komitesi sunulan eylem planından ve/veya uygulamasından tatmin olduğunda; kararın infazı önündeki engellerin kalmaması; gerekli acil bireysel önlemlerin alınması veya başka bir nedenle izlemeyi nitelikliden standarda çevirebilir. Aynı şekilde hükümetin 6 aylık süre içerisinde eylem planını veya programını sunmaması ve bunun üzerine Sekreteryası'nın yapacağı uyarı üzerine 3 ay süreyle eylem plan/programının tekrar sunulmaması halinde standart izleme nitelikli izlemeye dönüşebilecektir. Sekreteryası ile hükümetin sunulan eylem planı/programı konusunda anlaşamaması üzerine de taraflardan birinin isteği ile izleme nitelikli izlemeye dönüştürülebilir. Nihayet hükümetin eylem planında önerdiği önlemleri ciddi bir süre hayata geçirmemesi halinde de Komite izlemeyi nitelikliye çevirmeye davet edilebilecektir.

2020 yılı sonu itibariyle nitelikli izlemeye tabi 1258 kararın 149'u Türkiye'ye ilişkindir, yani yaklaşık %12'si Türkiye'ye ilişkindir. Bunun yanında 475 adet de kopya dava izleme altındadır.⁴⁶⁰ Bu veriler Türkiye'de, AİHM kararlarının infazına ilişkin yapısal bir sorun olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Her ne kadar, AİHM önündeki nitelikli izleme yerel aciliyetlerle her zaman örtüşme bile Bakanlar Komitesi'nin bu dosyalara verdiği dikkatin daha yoğun olduğu hesaba katıldığında bu sınıflandırmanın izleme sürecinde akılda tutulması zorunluluk olarak gözükmektedir.

c) Acil Bireysel Kararların İzlenmesi

Buraya kadar anlatılan süreç AİHM kararlarından çıkan genel önlemlerin izlenmesine ilişkin sürece ilişkindir. Ancak bir önceki bölümde anlatıldığı üzere istisnai bazı durumlarda AİHM hüküm fıkrasında bireysel önlemlere ilişkin hususları da eklemektedir. Özellikle, özgürlüğünden mahrum bırakılan bir kişinin en kısa sürede serbest bırakılmasına karar verilen durumlarda bu uzun sürecin beklenmesi gerçekçi olmayacaktır.

Bu gibi istisnai durumlarda Bakanlar Komitesi, dosyaya ilişkin bireysel önlemlerle genel önlemleri ayrı ayrı incelemekte ve Taraf Devletin eylem planı veya eylem programı sunmasını beklemeden ilk insan hakları oturumunda bireysel önlemlere ilişkin incelemeyi başlatmaktadır. Türkiye'ye ilişkin yakın tarihli iki karar bu uygulamanın çok bilinen örnekleridir. Kavala/Türkiye ve Selahattin Demirtaş/Türkiye (no.2) kararlarında AİHM başvuru sahiplerinin en kısa sürede serbest bırakılmasını talep etmiştir. Bakanlar Komitesi bu kararların *kesinleşmesinden* hemen sonra gerçekleşen ilk insan hakları oturumunda bu kararların icrasına ilişkin inceleme kararlarını yayınlamıştır.⁴⁶¹

Bu tür kararlardaki tek özellik bireysel önleme ilişkin hususun sadece ilk toplantıya hızlı dahil edilmesi değildir. Aynı zamanda diğer kararlardan farklı olarak bu kararların infazı, bireysel

459 Remarks by the Director General of the Directorate General of Human Rights and Rule of Law (2012), Committee of Ministers, Supervision of the execution of judgments and decisions of the European Court of Human Rights, Annual Report 2011, s. 20.

460 Committee of Ministers (2021), Supervision of the execution of judgments and decisions of the European Court of Human Rights, Annual Report 2020, s. 47.

461 Kavala kararı ilk olarak 1-3 Eylülde 1377bis oturumunda Mergen grubuyla birlikte izlenmeye alınmıştır. CM/Del/Dec(2020)1377bis/H46-38. Selahattin Demirtaş kararı ise kararın verildiği 22 Aralık 2020 tarihinden sonraki ilk oturumda 9-11 Martta gündeme alınmıştır. CM/Del/Dec(2021)1398/H46-40



önlem hayata geçirilinceye kadar düzenli olarak Bakanlar Komitesinin her insan hakları toplantısında gündeme alınmaktadır. Hatta yukarıda belirtildiği üzere Kavala kararı, Bakanlar Komitesinin sadece insan hakları toplantılarına değil ve fakat tüm oturumlarına dahil edilmiştir.

2. Kararlar

Bakanlar Komitesi Kuralları'na göre izleme sürecinde karar alınması mümkündür. İzleme sürecinde alınan ara kararlar (*interim resolutions*) infaza ilişkin gelişmeler konusunda bilgi sağlama amacı güdebileceği gibi gerektiğinde kararın infazına ilişkin endişe ve önerileri dile getirme niteliğinde de olabilir. (Kural 16)

Ara kararlar 3 farklı tipte hazırlanmıştır: Hiçbir önlemin alınmadığının tespit edildiği ve hükümetin kararın icrasına davet edildiği kararlar; belirli bir gelişmenin not edildiği ve hükümetin bu yönde cesaretlendirilmesine ilişkin kararlar⁴⁶² ve istisnai olarak kullanılan ve durumun önemi ve geçen sürenin uzunluğu nedeniyle devleti daha ciddi önlemlerle tehdit eden ara kararlar.⁴⁶³

Bunun dışında Bakanlar Komitesi oturuma giren dosyalara ilişkin olarak hükümetin eylem planı veya programı ve başvuru ve/veya sivil toplum örgütlerinin sunumları ışığında kararlar (decisions) almaktadır.

Son yıllarda, Bakanlar Komitesi yapısal ihlallere ilişkin olarak bildirimler (*memorandum*) yayımlama yoluna da gitmektedir.⁴⁶⁴ Bu bildirimler, Karar İcra Bölümü tarafından Bakanlar Komitesinin yapısal sorunlara ilişkin kararların icrasını izlemesini desteklemek üzere hazırlanmaktadır. Bildirimler birden fazla karara ilişkin, hem bireysel hem de genel alınan önlemlerin özetini sunan ve kararlarda ortaya çıkan sistematik sorunun çözümüne katkı sunmayı amaçlayan metinlerdir. Türkiye'ye ilişkin ifade özgürlüğü davalarını konu alan bildirim⁴⁶⁵ ve Çeçen Cumhuriyeti'nde gerçekleşen ihlalleri konu alan bildirim⁴⁶⁶ sistemik ve ağır ihlallere ilişkin alınan önlemleri özetleyen ve yapılması gerekenleri gösteren önemli örneklerdir. Ara kararlardan farklı olarak bildirimler daha ayrıntılı ve davalı hükümete yardım niteliği taşıyan belgelerdir. Bu metinlerin aynı zamanda kamuoyunu bilgilendirme açısından şeffaflığa da katkı sunduğu düşünülmektedir.⁴⁶⁷

Son olarak; ilgili Yüksek Sözleşmecî Tarafın, karar veya dostça çözümde sayılan şartlarla uyumlu olmak için gerekli tüm önlemleri aldığı tespit edildikten sonra Bakanlar Komitesi, Sözleşmenin 46. maddesinin 2. fıkrası veya 39. maddesinin 4. fıkrasında öngörülen görevlerinin yerine getirildiğini belirten bir nihai karar (*final resolution*) alır. Nihai karar verilen dosyaların izleme süreci sona erer.

3. Yaptırım

Bakanlar Komitesi'nin kararların uygulanmaması karşısında alabileceği önlemler sınırlıdır. En kolay alınabilecek önlem, kararı uygulamayan devletin siyasi olarak kınanmasıdır. Bunun dışında, yetkililere mektup yazılması, uygulanmayan kararların Bakanlar Komitesi toplantılarında izlenme sıklığını artırma gibi ara önlemler de söz konusu olabilmektedir. Nihayet bu önlemlerin hiçbirin işlememesi halinde ihlal prosedürünün (infringement procedure) başlatılması söz konusu olabilir. Bakanlar Komitesi AIHS 46/4 hükmünde düzenlenen bu yola bugüne

462 Resolution DH (99) 434 of 9 June 1999. See also Interim Resolution ResDH (2002) 98 of 10 July 2002, Action of the Security Forces in Turkey: Progress Achieved and Outstanding Problems.

463 Abdelgawad (2009), s. 502.

464 Open Society Justice Initiative, s. 47.

465 Freedom of expression in Turkey: Progress achieved - Outstanding issues, CM/Inf/DH(2008)26 23 May 2008

466 Violations of the ECHR in the Chechen Republic: Russia's compliance with the European Court's judgments, CM/Inf/DH(2006)32 revised 2, 12 Haziran 2007.

467 Abdelgawad (2009), s. 504.



kadar sadece Ilgar Mammadov/Azərbaycan kararının uygulanmaması üzerine gitmiştir.⁴⁶⁸ Yakın bir tarihte ise Kavala/Türkiye kararının gereğinin getirilmemesi halinde bu yola başvurulabileceğini belirtmiştir.⁴⁶⁹

Sorunun daha derinleşmesi ve Konsey ilkelerine aykırı bir hal alması durumunda ise Bakanlar Komitesi'nde oy hakkının askıya alınması ve nihai olarak Avrupa Konseyi Şartı'nın 3 ve 8. maddeleri uyarınca taraf devletin üyeliğinin askıya alınması ve düşürülmesidir.⁴⁷⁰ Son yönetme başvurulma ihtimalinin çok yüksek olmadığını söylemek mümkündür. Bakanlar Komitesi, taraf devletlerin kararların infazı için gereğini yapmaması halinde endişelerini dile getirmekle birlikte, bu yola başvurmayı son yol olarak düşünmektedir.

İstisnai olarak, genel ifadelerle ihraç ve askıya alma ihtimallerinin hatırlatıldığı görülmektedir. Loizidou kararı sonrasında, Türkiye uzunca bir süre kararda öngörülen tazminatı başvuruya ödemeyi reddetmiştir. Komite ilk aldığı ara kararda hükümetin kararın gereğini yerine getirmemesinin uluslararası hukuktan doğan sorumluluğunu açıkça hiçe sayması olduğunu belirtmiştir.⁴⁷¹ Konuya diplomatik yollardan çözüm bulunamaması sonrasında Komite bir sonraki ara kararında daha açık bir şekilde Bakanlar Komitesi'nin Örgüt'ün elinde bulunan tüm imkanları kullanarak, Türkiye'nin karardan kaynaklanan sorumluluklarına uygun davranmasını sağlamaya ilişkin kararlılığını ifade etmiş ve üye devletleri bu amaca uygun önlemler almaya davet etmiştir.⁴⁷² Bahsedilen imkanların neler olduğu, Bakanlar Komitesi tarafından açıklığa kavuşturulmamıştır. Bununla birlikte, ara kararların Kıbrıs davalarının çözümünde önemli bir rol oynadığı söylenebilir. Türkiye, Bakanlar Komitesi kararı sonrasında Loizidou'ya tazminat ödemiş ve diğer başvurular için genel nitelikli bir Tazminat Komisyonu, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Meclisi tarafından kurulmuştur.⁴⁷³

Osman Murat Ülke kararının infazı da hem genel hem de bireysel önlemler açısından önemlidir. Bakanlar Komitesi'nin bu karara ilişkin aldığı iki ara karar⁴⁷⁴ ve Bakanlar Komitesi Başkanı tarafından yazılan iki mektuba⁴⁷⁵ rağmen, başvuruçunun tekrar yargılanmayacağına ilişkin bir güvence sunulmadığı gibi vicdani retle ilgili genel nitelikli bir adım da atılmamıştır. Kararın uygulanmaması nedeniyle Aralık 2011'de alınan Bakanlar Komitesi kararında hükümetin somut bir plan sunması ve bunun için açık bir takvim öngörmesi istenmiştir. Mart 2012'de ise başvuru hakkında yakalama emrinin kaldırılması veya ihlalin sonuçlarını ortadan kaldıracak alternatif bir çözüm bulması ve alınacak genel önlemler için açık bir takvim sunması talep edilmiştir.⁴⁷⁶ Bununla birlikte, Türkiye'de vicdani ret konusundaki tartışmaların canlanmasında AIHM'nin Erçep kararı⁴⁷⁷ kadar Bakanlar Komitesi'nin baskısının da rol oynadığını söylemek yanlış olmayacaktır.

Benzer bir şekilde, Hulki Güneş grubu davalarda başvuruçuların yeniden yargılanmasını mümkün kılacak düzenlemeler yapılmadığı için Bakanlar Komitesi bir dizi karar vermek zorunda kalmıştır.⁴⁷⁸

468 Ilgar Mammadov /Azərbaycan (46/4 Kararı), no. 15172/13, 29.5.2019.

469 CM/Del/Dec(2021)1406/H46-31, 10.6.2021

470 P. Leach, " The effectiveness of the Committee of Ministers in supervising the enforcement of judgments of the European Court of Human Rights" , [2006] Public Law 443, 448.

471 ResDH(2000)105.

472 ResDH(2001)80.

473 Bkz. aşağıda 518 ve 519 no'lu notlar.

474 Resolution CM/ResDH(2007)109, CM/ResDH(2009)45.

475 DD(2009)556, DD(2010)107.

476 Bkz. Bakanlar Komitesinin 1128 ve 1136 nolu toplantılarında alınan kararlar.

477 Erçep/Türkiye, no. 43965/04, 22.11.2011.

478 CM/ResDH(2005)113, CM/ ResDH(2007)26, CM/ResDH(2007)150, DH-DD(2005)148, DH-DD(2005)494.



4. Kural 9 Sunumları

Yeni İzleme Yönteminin en önemli özelliklerinden biri kararın başvurusunun (Kural 9.1) ve STK'lerin (Kural 9.2) kararların infazına ilişkin aktif bir şekilde katılımına izin vermesidir. Her ne kadar bu sunumların sayısı hala istenenden uzaksa da Türkiye de dahil olmak üzere bir çok ülkeye ilişkin olarak sivil toplum örgütlerinin artan bir şekilde hükümetlerin eylem planları ve eylem programlarına cevap verdiği görülmektedir. Bu sunumların hazırlanmasını, sunulmasını kolaylaştıran ve Avrupa Konseyi makamları ile ulusal STK'lerin arasındaki ilişkiyi güçlendiren Avrupa İzleme Ağı (EIN) yeni bir uluslararası STK de kurulmuştur.

Başvurucular Bakanlar Komitesi önünde esasen bireysel önlemlere ilişkin sunumlar yapabilirken STK'ler Kural 9.2 uyarınca hem bireysel hem de genel önlemlere ilişkin sunumlar yapabilmektedir. STK sunumları, hükümetin sunduğu bilgilere alternatif bilgiler sunabileceği gibi hükümet tarafından sunulmayan bilgilerin sorgulanmasına veya bu bilgilerin sıhhatinin sorgulanmasına ilişkin olabilir.

Hükümetler genel önlemlerin işlemediği alanlarda istatistik sunmamakta ve/veya yanıltıcı veriler sunmaktadır. Bu açıdan STK katkısı ve sorgusunun hayati önemde olduğu vurgulanmalıdır. Örneğin İfade Özgürlüğü Derneği, Türk hükümetinin farklı ceza hükümlerine ilişkin sunduğu verileri alternatif verilerle sorgulamış⁴⁷⁹, bunun sonucunda Bakanlar Komitesi açıkça hükümetten açık istatistikler sunmasını talep etmiştir.⁴⁸⁰ Hükümet STK'lerden gelen 9.2 bildirimlerine cevap verebilir.

Kural 9.2 sunumlarının, ülkedeki o alandaki tüm sorunlara çözüm üretmeyi amaçlamaması gerektiği hatırlanmalıdır. Bakanlar Komitesinin yetkisi AIHM'in verdiği kararla sınırlıdır. Kararda hüküm fıkrasında belirtilmeyen veya gerekçe bölümünde ifade edilmeyen hususların 9.2 sunumunda yer alması anlamlı olmayacaktır. Hükümet bu sunuma itiraz etmese bile bu şekilde yapılan sunumların Bakanlar Komitesi tarafından dikkate alınmaması ihtimali yüksektir. Bakanlar Komitesinin hangi hususlara değineceğinin tespiti açısından Komitenin web sitesinde yer alan veri tabanındaki (HUDOC-EXEC veritabanı) karar sunumu bu anlamda yol gösterici olabilir.⁴⁸¹

Her ne kadar STK'ler açık olan dosyalara her aşamada Kural 9 sunumu yapabilirse de, insan hakları toplantılarına giren nitelikli izleme altındaki kararlar için Bakanlar Komitesinin takvimine uygun hareket etmek gerekmektedir. Bakanlar Komitesi her insan hakları toplantısını takiben bir sonraki toplantıya girecek kararların neler olduğunu ilan etmektedir. Mahkeme Kararlarının İnfazı Dairesi Kural 9 sunumlarının Bakanlar Komitesi toplantısından 6 hafta önce sunulmasını tavsiye etmektedir. Ancak Hükümet temsilcilerine sunumların ulaştırılabilmesi için gerekli minimum 4 haftadır. Kural 9 sunumu Bakanlar Komitesine sunulduğunda taraf devletin beş çalışma günü içinde bu sunuma cevap vermesi mümkündür. Cevap verilmesi halinde STK raporu hükümet cevabı ile birlikte yayınlanmaktadır.⁴⁸²

C. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin İzlemeye Katkısı

Sözleşme uyarınca, kararların icrasını izlemeden sorumlu Konsey organı Bakanlar Komitesi olmakla birlikte, AKPM ve özellikle AKPM'nin Hukuki İşler ve İnsan Hakları Komitesi de kararların

479 Bkz. İFÖD'ün Öner ve Türk, Akçam, Şener ve Artun ve Güvener Grup davalarına ilişkin sunumu: [http://hudoc.exec.coe.int/eng?i=DH-DD\(2021\)497revE](http://hudoc.exec.coe.int/eng?i=DH-DD(2021)497revE)

480 Anılan 4 grup davaya ilişkin ara kararında Bakanlar Komitesi hükümetten ayrıntılı istatistik istemiştir. Bkz. CM/ResDH(2021)110

481 EIN, s. 12.

482 EIN, s. 14



icrası konusunda önemli bir rol oynamıştır.⁴⁸³ AKPM, ilk olarak 1993 yılında Hukuki İşler ve İnsan Hakları Komitesi'ni AİHM kararlarının uygulanması da dahil insan hakları konusunda bir sorun yaşandığında konuyu AKPM'ye bildirmekle görevlendirmiştir.⁴⁸⁴ Bu kararı takiben 1997 yılında mekanizma yenilenmiştir. Bu yeni izleme mekanizması, Avrupa Konseyi Üye Devletlerin Ödev ve Taahhütlerini Yerine Getirmesine İlişkin Meclis Komitesi (İzleme Komitesi)⁴⁸⁵ ismini almıştır. Yaptırım yetkisi de olan İzleme Komitesi'nin üye devletler üzerinde çok sınırlı ölçüde etki gösterdiği görülmektedir.⁴⁸⁶ AKPM'nin yılda dört kez gerçekleşen oturumlarından birinde, AİHM kararlarının icrası bir gündem maddesi olarak yer almaktadır.⁴⁸⁷

AKPM'nin, İzleme Komitesi dışındaki AİHM kararlarını izleme yöntemleri farklı karar tipleri ile şekillenmektedir. AKPM, Bakanlar Komitesi'ne soru yönelmek, icra sürecinde anormal bir uzama görüldüğünde Bakanlar Komitesi'ne yönelik tavsiye kararları almak veya bir devlet bir kararı kasıtlı bir şekilde icra etmediğinde veya icrayı ihmal ettiğinde acil toplantı örgütlemek imkanlarına sahiptir.⁴⁸⁸ AKPM, 2000'den itibaren konuya ilişkin çok sayıda rapor⁴⁸⁹ hazırlamış, karar⁴⁹⁰ ve tavsiye kararı⁴⁹¹ almıştır.

Son dönemde de Hukuki İşler ve İnsan Hakları Komitesi, AİHM önünde büyük yapısal/sistemik sorunları olan devletleri izlemek üzere bir usul başlatmıştır.⁴⁹² Türkiye'nin de içinde bulunduğu devletler iki ölçüte göre belirlenmiştir: i. Özellikle Bakanlar Komitesi'nin ara kararlarında önemli icra sorunlarına neden olan AİHM kararlarının bulunduğu saptanmış olması; ii. Çok ciddi nitelikte ihlallere ilişkin kararlar bulunması. Hukuki İşler ve İnsan Hakları Komitesi tüm kararları değil ve fakat 5 yılı geçkin bir süredir icra edilmeyen ve bireysel veya genel nitelikli, icra konusunda önemli sorunlar içerdiği özellikle Bakanlar Komitesi ara kararları ve diğer belgelerde saptanan kararları izlemektedir. Bir başka deyişle, AKPM açısından sistemik/yapısal veya ağır insan hakları ihlalleri öncelikli inceleme konusudur.

İzleme sırasında Hukuki İşler ve İnsan Hakları Komitesi, üye devlet parlamenterlerinden yerine getirilmeyen kararlar hakkında bilgi alabileceği gibi Bakanlar Komitesi'ne tavsiye de gönderebi-

483 Andrew Drzemczewski ve James Gaughan (2010), "Implementing Strasbourg Court Judgments: the Parliamentary Dimension", European Yearbook on Human Rights, Benedek vd. (ed.), (Intersentia), s. 233, 235 vd.

484 Order No. 485 (1993).

485 The Assembly Committee on the honouring of obligations and commitments by member States of the Council of Europe (Monitoring Committee). Resolution 1115 (1997).

486 Bkz. Committee on the Honouring of Obligations and Commitments by Member States of the Council of Europe (Monitoring Committee), AS/Mon/Inf(2011)07rev, 7 September 2011.

487 Abdelgawad (2009), s. 484.

488 Open Society Justice Initiative, s. 50.

489 Execution/Implementation of judgments of the European Court of Human Rights: PACE Doc 8808, Execution of judgments of the European Court of Human Rights, Committee on Legal Affairs and Human Rights, Rapporteur: Mr Erik Jurgens, 12.07.2000; PACE Doc 9307, Implementation of decisions of the European Court of Human Rights, Committee on Legal Affairs and Human Rights, Rapporteur: Mr Erik Jurgens, 21.12.2001; PACE Doc 9537, Implementation of decisions of the European Court of Human Rights by Turkey, Committee on Legal Affairs and Human Rights, Rapporteur: Mr Erik Jurgens, 5.09.2002; PACE Doc 10192, Implementation of decisions of the European Court of Human Rights by Turkey, Committee on Legal Affairs and Human Rights, Rapporteur: Mr Erik Jurgens, 01.06.2004; PACE Doc 10351, Implementation of decisions of the European Court of Human Rights, Committee on Legal Affairs and Human Rights, Rapporteur: Mr Erik Jurgens, 21.10.2004; PACE Doc 11020, Implementation of judgments of the European Court of Human Rights, Committee on Legal Affairs and Human Rights, Rapporteur: Mr. Erik Jurgens, 18.09.2006.

490 Execution/Implementation of judgments of the European Court of Human Rights: PACE Resolution Res 1226 (2000); PACE Resolution Res 1268 (2002); PACE Resolution 1297(2002); PACE Resolution Res 1381(2004); PACE Resolution Res 1411(2004); PACE Resolution Res 1516(2006); Resolution 1787 (2011)

491 PACE Recommendation 1477 (2000); PACE Recommendation 1546 (2002); PACE Recommendation 1576 (2002); PACE Recommendation 1684 (2004); PACE Recommendation 1764 (2006); Recommendation 1955 (2011).

492 Resolution 1787 (2011), para. 3-4. Bu kapsamda değerlendirilen devletler şunlardır: Bulgaristan, Yunanistan, İtalya, Moldova, Polonya, Romanya, Rusya Federasyonu, Türkiye ve Ukrayna.



lir.⁴⁹³ Son dönemde, AKPM temsilcileri sorunlu ülkelere yaptıkları ziyaretlerde infaz edilemeyen kararlar konusunda görüş de almaktadır. Konuya ilişkin olarak AKPM'nin ilk aldığı kararda⁴⁹⁴; belirli kararların icrasında anormal gecikmeler görülmüşse Bakanlar Komitesi'ne ve Komite aracılığıyla ilgili devletlere tavsiyelerde bulunulmasına, gerekliyse acil tartışma tertiplenmesine, ilgili devletin kararı icra etmeyi ihmal etmesi veya kasıtlı olarak icrasından kaçınması halinde izleme sürecinin başlatılmasına karar verilmiştir. Aynı kararda, Parlamenter Meclisin, bu önlemlerin başarısız olması halinde, özellikle kendi İçtüzüğünde gösterilen ve/veya Avrupa Konseyi Statüsü'nün 8. maddesinde belirtilen yetkileri kullanması için Bakanlar Komitesi'ne tavsiyede bulunma başta olmak üzere diğer imkanları kullanmayı düşünmesi gerektiği belirtilmiştir. İçtüzükte gösterilen önlemler arasında vekillerin temsilinin askıya alınması da vardır.⁴⁹⁵

Bu nedenle, ulusal izleme girişimlerinin sadece Bakanlar Komitesi'ni değil ve fakat AKPM'yi dikkate alması bir zorunluluk olarak gözükmemektedir.⁴⁹⁶

AKPM'nin kararların icrasının izlenmesinde oynadığı rolün öneminin giderek artmasının önemli bir sonucu, ulusal meclislerle AKPM arasındaki ilişkiyle ilgilidir. Parlamenter Meclis, ulusal meclislerden gelen temsilcilerden oluşmaktadır. Bir başka deyişle AKPM üyeleri, AİHM kararları açısından ikili bir görev yürütmektedir.⁴⁹⁷ Bu ikili görev, ulusal parlamenterlerin temsil ettikleri hükümete ilişkin kararların icrası konusunda bilgi sahibi olmasını ve sürece müdahale etmesini mümkün kılma potansiyeli taşımaktadır. Özellikle, kararın icrası için yasal düzenleme yapılması gereken durumlarda bu düzenlemenin neleri gerektirdiği AKPM sürecine katılan vekiller tarafından izlenebilecektir. Bu açıdan, sürece müdahale edecek aktörlerin ve ulusal meclisin AKPM'deki temsilcilerle kararın icrası konusunda kuracağı iletişim özel önem taşımaktadır.

D. İcra Sürecinde AİHM

AİHM, ısrarlı bir şekilde kararların icrası konusunda yetkili merciin Bakanlar Komitesi olduğunu belirtmesine rağmen, hem 14. Protokolle getirilen değişikliklerin sonucu olarak hukuken hem de ihlal bulunan davaların iç hukukta tekrar görülmesinin doğal sonucu olarak fiilen icra sürecine katılmak zorunda kalmaktadır.⁴⁹⁸

1. 14. Protokol

14. Protokol uyarınca AİHM tarafından verilen bir karar, Bakanlar Komitesi önüne geldikten sonra Komite infaz sorununu iki şekilde tekrar AİHM'nin önüne sunabilir. 14. Protokol'ün Açıklayıcı Notu'na göre her iki yöntem de istisnai olarak uygulanacaktır.⁴⁹⁹ AİHS 46 (3) uyarınca Bakan-

493 Implementation of judgments of the European Court of Human Rights—Supplementary Introductory Memorandum (revised), Committee on Legal Affairs and Human Rights, Mr Erik Jurgens, para. 1-5. AS/Jur (2005) 55 rev, December 20, 2005, para. 2.

494 Resolution 1226 (2000) on "Execution of Judgments of the European Court of Human Rights"

495 AKPM İçtüzüğü, Resolution 1202 (1999) adopted on 4 Kasım 1999

496 AKPM'nin son iki raporu için bkz. PACE (2015), Implementation of judgments of the European Court of Human Rights, Doc. 13864, 09.09.2015; PACE (2017), Implementation of judgments of the European Court of Human Rights: 9th report, Rapporteur: Mr Pierre-Yves LE BORGNE.

497 Committee on Legal Affairs and Human Rights (2009), Parliamentary scrutiny of the standards of the European Convention on Human Rights, AS/Jur/Inf (2009) 02, 16 Ekim 2009, Sec. B., para. 8.

498 Bu konudaki geniş literatür arasında bkz. Lize R. Glas, "The European Court of Human Rights Supervising the Execution of its Judgments" (2017), 37 NQHR 228; H. Keller ve C. Marti, "Reconceptualizing Implementation: The Judicialization of the Execution of the European Court of Human Rights' Judgments" (2016) 25 EJIL 929; L. Sicilianos, "The Involvement of the European Court of Human Rights in the Implementation of its Judgments: Recent Developments Under article 46 ECHR", 20 NQHR 234; A. Donald ve A. Speck, "The European Court of Human Rights' Remedial Practice and its Impact on the Execution of Judgments" (2019) 19 HRLR 83.

499 Explanatory Report to Protocol No. 14, para. 98 and 100. Bu konuda Bakanlar Komitesi'nin Rusya Federasyonu'na verdiği cevap da usule ender olarak başvurulacağını göstermektedir. 1073. Toplantıda verilen cevabın metni için bkz. 9 and 14 December 2009, CM/Del/Dec (2009)1073.



lar 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. Bu karar; Komite toplantılarına katılma hakkına sahip temsilcilerin üçte iki oy çokluğu ile alınır.

İkinci olarak; Bakanlar Komitesi, bir Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın, taraf olduğu bir davada verilen kesin karara uygun davranmayı reddettiği görüşünde ise, ilgili tarafa ihtarda bulunduktan sonra, Komite toplantılarına katılmaya yetkili temsilcilerin üçte iki oy çokluğu ile alınacak bir kararla, ilgili Taraf'ın 1. fıkrada öngörülen yükümlülüğünü yerine getirmediği meselesini Mahkeme'ye intikal ettirebilir. (AİHS, md. 46 (4)). Ancak yeni 46. madde "Bakanlar Komitesi bir Yüksek Akit Taraf'ın, taraf olduğu davada verilen kesin karara uymayı reddettiği görüşünde ise" ifadesini kullandığından bu yola sadece uymamanın resmi olarak açıklandığı durumlarda mı başvurulabileceği, yoksa fiilen uymama veya eksik uyma durumlarında da 46 (4) usulünün işletilmesinin mümkün olup olmayacağı belirsizdir. Devletlerin kesin olarak karara uymayacaklarını açıkça deklare edecekleri durumların oldukça nadir olacağı düşünülecek olursa her iki durumda da 46 (4) usulüne başvurmanın mümkün olduğu varsayılabilir.⁵⁰⁰

Bunun için aksi Bakanlar Komitesi tarafından öngörülmediği surette ilgili taraf devlete başvuru yapılmadan en az altı ay öncesinde resmi uyarının yollanması gerekmektedir. Bu uyarı, bir ara karar niteliğinde olacaktır. Verilen süre içerisinde ara kararının yerine getirilmemesi halinde, yine ancak 2/3 çoğunlukla alınacak bir ara kararla AİHM'ye başvurulabilecektir. AİHS'nin 31 (b) hükmü uyarınca, bu başvuru Büyük Daire tarafından karara bağlanacaktır. Açıklayıcı Not'a göre, Büyük Daire tekrar daha önce verilen ihlal kararını tartışmaya açmayacak, davalı hükümetin mali bir cezaya çarptırılmasına neden olmayacaktır. Amaç, Büyük Daire'nin hukuksal saptamasıyla davalı devlet üzerindeki siyasi baskıyı artırmaktır.⁵⁰¹ İlgar Mammadov vakasında, Azerbaycan uzun süre başvurucuyu AİHM kararına rağmen tahliye etmemiş, konunun ihlal prosedürü ile Büyük Daireye gönderilmesi sonrasında nihayet başvuru serbest kalmıştır.⁵⁰²

2. AİHM'nin İcra Sürecine Fiili Dahli

14. Protokolle getirilen bu iki yöntem henüz Bakanlar Komitesi tarafından kullanılmamıştır. Bununla birlikte, AİHM birçok davada fiilen icra sürecinin parçası haline gelmektedir. Fiili müdahalenin iki şekilde ortaya çıkması mümkündür. Birincisi, Strazburg kararı ile ihlal bulunan vakanın başvurusunun, ihlal bulunan vakayı yeniden incelenmek üzere ulusal makamların önüne götürmesidir. Gerçi, aynı konuda başvurunun tekrar yapılamayacağına ilişkin kural (Md. 35 (2) (b)) nedeniyle bu durumun gerçekleşmesi güç gözükse de, aynı vakayla ilgili başvuruların Mahkeme tarafından tekrar incelenmesi birkaç şekilde gerçekleşebilir.

Birinci ihtimal, AİHM'nin 41. madde ile ilgili kararını ulusal hukuktaki kararın kesinleşmesine kadar ertelediği durumlardır.⁵⁰³ Bu ihtimalde, AİHM esastan ihlal bulmakla birlikte adil tatmine karar vermek için ulusal hukuktaki gelişmelerin tamamlanmasını beklemekte, bu sürecin sonunda Sözleşmeye uygun giderimin bulunup bulunmadığını değerlendirmektedir.

İkinci ihtimalde, AİHM kararı sonrasında yukarıda açıklandığı gibi ulusal hukukta yargılamanın yenilenmesine karar verilmiş olabilir. Bilindiği gibi yakın zamana kadar AİHM yargılamanın yenilenmesi konusunda talimat veremeyeceğini belirtiyordu.⁵⁰⁴ Son dönemde ise Bakanlar Komitesi

500 Marmo, s. 250.

501 Aynı yerde, para. 99.

502 HRW, "Freed at Last from Prison, but Not Free in Azerbaijan" <https://www.hrw.org/news/2018/08/13/freed-last-prison-not-free-azerbaijan>

503 Bkz. örneğin Schuler-Zraggen/İsviçre (eski 50. madde) 31.1. 1995, Series A no. 305-A; Barberà, Messegué ve Jabardo/İspanya (eski 50. madde) 13.6. 1994, Series A no. 285-C.

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



tavsiyesine uygun olarak kararın hüküm bölümünde yer almamakla birlikte, giderimin başka türlü sağlanamayacağı durumlarda yargılamanın yenilenmesine karar vermektedir. AİHM'nin son dönemde verdiği kararlar dikkate alındığında bir konunun tekrar AİHM önünde incelenme ihtimali değerlendirilirken iki hususa dikkat etmek gerekmektedir. Birincisi, ihlal bulgusunun usul kurallarına mı yoksa esas kurallarına mı ilişkin olduğudur. İkinci husus ise karar sonrası ulusal hukuktaki yargılamanın yenilenmesi talebinin reddedilmesinin yeni bir müdahale sayılıp sayılmayacağıdır. AİHM'nin daha önce adil yargılanma ilkesinin ihlal edildiğini saptadığı Lyons ve Diğerleri davasında, başvuruçular AİHM kararına dayanarak mahkumiyetlerinin iptal edilerek yeniden yargılanmaları gerektiğini ileri sürmüşler ancak bu talepleri reddedilmiştir. AİHM bu durumun yeniden incelenmesi gereken yeni bir ihlale vücut vermediğine karar vermiştir.⁵⁰⁵ Her ne kadar bu karar, AİHM'nin kararlarında yargılanmanın yenilenmesine ilişkin tavsiyede bulunmasından önceki bir döneme rastlamışsa da görülebildiği kadarıyla bu dönemde dahi söz konusu karar esasa ilişkin olunca AİHM'nin tavrı değişmektedir.

Bu dönemde verilen Mehemi ve Hertel davalarında, AİHM daha önceki tarihlerde verdiği esastan ihlal kararlarının ulusal hukukta ne şekilde yerine getirildiğine bakmış ve yeni durumun Sözleşme ile uyumlu olduğuna karar vermiştir. Hertel davasında AİHM, ilk başvuruda⁵⁰⁶ Hertel'in ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiş, ikinci başvuruda ise ulusal makamlarca ilk karar dikkate alınarak ihlal bulunan müdahalenin hafifletilmesini Sözleşme açısından yeterli görmüştür.⁵⁰⁷ Mehemi'de de, ilk başvuruda⁵⁰⁸ Başvurucunun süresiz sınır dışı edilmesi nedeniyle 8. madde ile korunan aile hayatının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Kararın uygulanması aşamasında Başvurucu ülkeye yeniden kabul edilmiş; ancak fiilen uygulanmasa da hakkında bu kez on yıllık bir sınır dışı kararı verilmiştir. AİHM, ulusal makamların Başvurucuyu hem ülkeye tekrar kabul etmelerini hem de verilen ikinci sınır dışı kararının uygulanmamasını dikkate alarak ilk kararda tespit edilen Sözleşmeye aykırılığın yeterince onarıldığına karar vermiştir.⁵⁰⁹ Her iki kararda da AİHM yeni bir durumun değerlendirildiğini belirtmişse de şu gözlemi yapmak mümkündür; AİHM'nin esasa ilişkin ihlal bulması halinde bu ihlal devam ediyorsa, devam eden ihlali sonlandırma dışındaki önlemler süregelen ihlalin tekrar tekrar tespitine neden olacaktır.⁵¹⁰

Bu durum en net olarak Verein Gegen Tierfabriken Schweiz/İsviçre davasında görülebilir. Bu davada, Başvurucunun yayımlanmasını istediği reklam ulusal makamlar tarafından yasaklanmış, bu yasak AİHM tarafından AİHS'nin 10. maddesine aykırı bulunmuştur.⁵¹¹ Başvurucu dernek, kararın infazı ve yasağın kaldırılması için ulusal makamlara tekrar başvurmuş ama yargılamanın yenilenmesi talebi reddedilmiş, reklam üzerindeki yasak devam etmiştir. AİHM, esasa ilişkin bir ihlalin tespit edildiği durumlarda, yargılamanın yenilenmesinin kendisinin amaç değil araç olabileceğini, asıl amacın AİHM kararını tam olarak infaz edilmesi olduğunu belirtmiştir.⁵¹² Bu örneğin açıkça gösterdiği gibi esastan ihlal bulunan vakalarda ihlal devam eden nitelikteyse bu ihlalin giderilmemesi halinde durumun tekrar değerlendirilmesi aynı vakanın tekrar incelenmesi olarak değerlendirilmeyecek, yeni bir vaka gibi görülecektir. Bu durumda yeni olan vaka aslında ulusal mercilerin AİHM kararının yerine getirmemeleridir.

AİHM'nin icra sürecine fiili müdahalesini mümkün kılan üçüncü ihtimalde; Mahkeme'nin daha önce karar verdiği bir konuda benzer bir dava önüne geldiğinde ilk karar ile ikinci karar arasında

505 Lyons ve Diğerleri/Birleşik Krallık, no. 15227/03, 8.7.2003 tarihli kabul edilemezlik kararı. Benzer yönde bkz. Olsson/İsveç, no. 13441/87, Series A no. 250, para. 94

506 Hertel/İsviçre, no. 25181/94, 25.8.1998, ECHR 1998-VI.

507 Hertel/İsviçre, no. 53440/99, 17.1.2002 tarihli kabul edilemezlik kararı.

508 Mehemi/Fransa (no.1), ECHR 1997-VI.

509 Mehemi/Fransa (no. 2), no. 53470/99, 10.4.2003.

510 Wasserman/Rusya (No. 2), no. 21071/05, 10.4.2008, para. 33.

511 Verein gegen Tierfabriken (VgT)/İsviçre, no. 24699/94, ECHR 2001-VI.

512 Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (VgT)/İsviçre (no. 2), no. 32772/02, 30.6.2009, para. 90.



ulusal hukukta bir önlem alınmışsa bu önlemin Sözleşme'ye uygun olup olmadığının değerlendirilmesi söz konusu olacaktır. Bu değerlendirme, aynı zamanda kararın doğru icra edilip edilmediğinin denetimi anlamına gelmektedir. Alınan önlem çoğu durumda genel önlem niteliğinde olmakla birlikte, bireysel önlemlerin yeterliliğinin de sonraki bir kararda irdelenmesi mümkündür.

a) Bireysel Önlemin Denetlenmesi

İlk karar sonrası alınan bireysel önlemin yetersizliğinin denetlenmesine ilk örnek, Avrupa Konseyi makamlarını bir süre daha meşgul etmesi beklenen 2. Çeçen Savaşı'na ilişkindir. Isayeva/Rusya davasında AİHM, Çeçenistan'ın Katyr-Yurt köyünde 4-7 Şubat 2000 tarihlerinde yürütülen ve çok sayıda kişinin hayatını kaybetmesine yol açan askeri operasyonun yaşam hakkını koruyan 2. maddeyi hem esas hem de usul açısından ihlal ettiğine karar vermiştir. Çok sayıda sivilin öldüğü olaylarda Rus yetkililer, AİHM'ye yapılan başvuru hükümete bildirilinceye kadar bir soruşturma açmamış daha sonra açılan soruşturma da çok eksik ve sonuca götürmeyecek şekilde yürütülmüştür.⁵¹³ Aynı operasyona ilişkin olarak, Isayeva kararının verilmesinden hemen sonra 29 ayrı başvuru yapılmıştır. Olayın üzerinden uzunca bir süre geçtikten sonra yapıldığı için Rus hükümeti başvurunun 6 ay kuralı uyarınca reddedilmesi gerektiğini ileri sürmüştü ancak başvuru AİHM tarafından kabul edilebilir bulunmuştur.⁵¹⁴ Bir başvurunun kabul edilebilir bulunması için iç hukuk yollarının tüketilmesinden itibaren 6 ay içinde yapılması gerektiği için aynı olayların AİHM tarafından 5 yıl sonra incelenmesi çok olası değildir. Ancak AİHM, 3 günlük bir operasyonda onlarca sivilin hayatını kaybetmesini dikkate alarak, izole bir olaydan farklı olarak, Başvuruların etkili bir soruşturma için daha uzun süre beklemelerini makul görmüştür.⁵¹⁵ Başvurunun kabul edilmesi, AİHM'nin 2005'te verdiği Isayeva kararı sonrası yürütülen soruşturmanın etkili olup olmadığını denetleme imkanını da doğurmuştur. Gerçekten de Isayeva sonrasında, 14 Kasım 2005 ve 14 Haziran 2007 tarihleri arasında yeni bir soruşturma açılmış, yeni tanıklar dinlenmiştir. Ancak AİHM'ye göre, yeni soruşturma da ilk soruşturmanın temel yanlışlarını devam ettirmiştir. Soruşturma, sivillerin güvenli şekilde köyü terk etmesini sağlama konusunda kimin sorumlu olduğunu ortaya çıkaracak adımları atmamış ve saldırının sivillere yönelik bir misilleme olma ihtimalini de tartışmamıştır. Askeri savcılık, yargı makamlarının incelemesine imkan vermeden soruşturmayı kapatmıştır. Böylece, onlarca sivilin öldüğü olaya ilişkin soruşturmanın sonunda da kimse hiçbir suçla itham edilmemiştir.⁵¹⁶ Bu bulgular, Mahkeme'nin 2. maddenin usuli olarak ihlal edildiği sonucuna ulaşması yanında 46. madde uygulamasında da dikkate alınmıştır. AİHM, Isayeva davasında belirtilen eksikliklerin, imkan olmasına rağmen, bireysel önlem olarak Abuyeva davasında düzeltilmediğine işaret etmiş ve ilk defa bu davada, kararda gösterilen spesifik önlemleri dikkate alacak şekilde tarafsız ve bağımsız yeni bir soruşturma açma talimatını Rus hükümetine yöneltmiştir.⁵¹⁷ Bir başka deyişle, AİHM sadece bireysel önlemin yerine getirilip getirilmediğini tespit etmekle yetinmemiş daha somut olarak bu ödevin ne şekilde yerine getirileceğini de tanımlamıştır.

Aynı olaydan kaynaklı soruşturma eksikliğinin saptanmasından sonra başlatılan usulün yeterliliğine ilişkin bir diğer örnek, F Tipi Cezaevlerini protesto etmek için başlatılan ölüm oruçlarını sona erdirmek üzere yürütülen "Hayata Dönüş" operasyonunda zarar görenlerin açtığı davalardır. Bu konuda verilen ilk karar İsmail Altun/Türkiye davasıdır. Bayrampaşa Cezaevine 19 Aralık 2000 tarihinde yapılan operasyonda çok sayıda kişinin hayatını kaybetmiş ve yaralanmış olmasına rağmen olayın gerçekleşmesinden uzunca bir zaman geçene kadar (8 Mayıs 2003), güvenlik

513 Isayeva/Rusya, no. 57950/00, 24.2. 2005, para. 215-224.

514 Abuyeva ve Diğerleri/Rusya, no. 27065/05, 2.12.2010, para. 172-182.

515 Abuyeva ve Diğerleri, para. 179. (Varnava ve Diğerleri/Türkiye davasına atıfla)

516 Abuyeva ve Diğerleri, para. 204-216.

517 Abuyeva ve Diğerleri, para. 238-243.



güçleri hakkında soruşturma izni istenmemiştir. Bu tarihten sonra ise İstanbul Valiliği daha sonra farklı gerekçelerle soruşturma izni talebini defalarca reddetmiştir (25 Ağustos 2003, 2 Nisan 2005, 10 Nisan 2006). Bu kararlar her seferinde idari yargı tarafından bozulmuştur. İsmail Altun kararı verildiğinde son iptal kararının üzerinden 3 yıldan fazla zaman geçmiş olmasına rağmen henüz açılmış bir ceza davası söz konusu değildir, hükümet soruşturmanın akıbeti konusunda da bilgi verememektedir.⁵¹⁸ AİHM bu kadar uzun bir süre sorumluları ortaya çıkarmak üzere hiçbir girişimde bulunulmamış olmasının 2. maddenin ihlaline vücut verdiği karar vermiştir.⁵¹⁹ Aynı operasyona ilişkin başka şikayetler, daha sonraki tarihlerde AİHM tarafından karara bağlanmıştır. Ancak İsmail Altun kararı sonrasında Bakırköy Cumhuriyet Savcısı 20 Nisan 2010 tarihinde 39 jandarma eri hakkında dava açmıştır. AİHM bu davanın açılıp duruşmalarının yapılmasından 1 ila 1,5 yıl sonra, açılan davanın olayın açıklığa kavuşması ve sorumluların cezalandırılması açısından yeterli olup olmadığını tartışma imkanı bulmuştur. AİHM'ye göre, ceza davası operasyonun planlaması hakkında daha fazla bilgi elde edilmesini sağlamış olmakla birlikte, operasyonun nasıl yönetildiği ve Başvuranların hangi koşullarda yaralandığı konusunda açıklık sağlamaktan uzaktır.⁵²⁰ Mahkemeye göre, Hükümet, ilgilinin maruz kaldığı yaraların kaynağını yeterli biçimde izah edememekte, Sözleşmenin 2. maddesi kapsamında meşru güç uygulandığını kanıtlayamamaktadır.⁵²¹ Olayın üstünden on yıldan fazla bir süre geçmesine rağmen operasyona katılan Ankara Jandarma Komando Özel Asayiş Birliği mensuplarının kimlikleri bilinmemekte, askeri merciler bu konuda bilgi vermeyi reddetmektedir.⁵²² Başvuruculardan yanarak yaralanan Hacer Arıkan'ın bulunduğu hücrede yangın çıkmasının nedenini açıklığa kavuşturacak araştırma yürütülmemiştir.⁵²³

Her iki örnek davanın da gösterdiği gibi etkili soruşturma yapma devam eden bir ödev niteliğini taşıdığından ilk kararın verilmesinden sonra etkili bir giderim yolunun sağlanıp sağlanmadığı aynı olayın konu edildiği başka davalarda tekrar incelenebilmektedir.

Bir diğer devam eden ihlal örneği, AİHM'in hüküm fıkrasında serbest bırakılmasını talep ettiği kişinin serbest bırakılmamasıdır. Ilascu ve Diğerleri/Moldova ve Rusya⁵²⁴ başvurusunda AİHM başvuru sahiplerinin kişi özgürlüğünün ihlal edildiğine ve ayrıca başvuru sahiplerinin tahliye edilmesi gerektiğine karar vermiştir. Ne var ki, başvuru sahipleri karar sonrasında 3 yıl daha tutuklu kalmıştır. AİHM, aynı başvuru sahiplerinin yaptığı başvuruda daha önce tutukluluğun hukuka aykırı olmasına ilişkin karar vermiş olmasına rağmen, tutukluluğun devam etmesi halini yeni bir olay olarak incelemiş ve Ivantoc ve Diğerleri⁵²⁵ başvurusunda bu kez tutukluların devam eden kısmı açısından yeni bir ihlal kararı vermiştir. Bu yeni bir başvuru olmakla birlikte, bir yandan da aslında ilk kararın hüküm fıkrasının uygulanıp uygulanmadığının denetlenmesi niteliğini taşımaktadır.

Türk hükümeti Demirtaş/Türkiye (no.2) olayında başvuru sahibinin tahliye edilmemesi nedeniyle yeni bir başvuru yapıldığına dayanarak, başvuru sahibinin devam eden tutukluluğunun artık Bakanlar Komitesi tarafından izlenemeyeceğini ileri sürmüştür.⁵²⁶ Bu itirazın AİHM'in devam eden ihlal doktrini kapsamında reddedilmesi gerektiğini ayrıntılı olarak başka bir çalışmamızda tartıştık.

518 İsmail Altun/Türkiye, no. 22932/02, 21.9.2010, para. 35-39 ve para. 82.

519 Aynı karar, para. 85.

520 Düzova/Türkiye, no. 40310/06, 5.6.2012, para. 89; Şat/Türkiye, no. 14547/04, 10.7.2012, para. 79.

521 Düzova/Türkiye, para. 91; Şat/Türkiye, para. 81;

522 Erol Arıkan ve Diğerleri/Türkiye, no. 19262/09, 20.11.2012, para. 87-88.

523 Erol Arıkan ve Diğerleri/Türkiye, para. 90.

524 Ilascu ve Diğerleri/Moldova ve Rusya, no. 48787/99, 08.07.2004

525 Ivantoc ve Diğerleri/Moldova ve Rusya, no. 23687/05, 15.11.2011.

526 Communication to the Committee of Ministers of the Council of Europe in the Execution of the Judgment of Demirtaş v. Turkey (no. 14305/17), 02.02.2021, DH-DD(2021)121, para. 59-62.



Bir tahliye talebinin hem Bakanlar Komitesinin izlemesine tabi olması, hem de devam eden ihlal nedeniyle AİHM'in denetimine tabi olması mümkündür.⁵²⁷

b) Genel Önlemlerin Denetlenmesi

AİHM'nin genel önlemlerin Sözleşmeye uygunluğunu denetlemesi iki halde söz konusu olabilir. Birinci ihtimalde, Mahkeme bir pilot veya yarı-pilot kararlarla hükümete gerekli düzenlemeyi yapması konusunda süre verip, benzer davaları askıya alabilir. Verilen sürenin sonunda alınan önlemin Sözleşmeye uygun olup olmadığı yeni bir kararla değerlendirilir. Bu durumda icranın Sözleşmeye uygunluğunu denetleyen doğrudan Bakanlar Komitesi değil AİHM olur. AİHM bu kararlarda, iç hukukta alınan önlemleri Sözleşmeyle uyumlu bulabileceği gibi aksi de mümkündür.

Xenides-Arestis/Türkiye davasında, AİHM, hükümeti Kuzey Kıbrıs'taki gayrimenkul ihlalleri için etkili bir mekanizma kurmaya davet etmiştir.⁵²⁸ AİHM, daha sonra verdiği ve Xenides-Aristes kararı uyarınca kurulan tazminat komisyonlarının dayanağı olan Taşınmaz Malların Tazmini, Takası ve İadesi Yasası'nı incelediği kabul edilemezlik kararında, söz konusu komisyonlarca sunulan giderim yolunun sözleşmeye uygun olduğuna karar vererek benzer durumdaki davaları iç hukuk mekanizmalarına yönlendirmiştir.⁵²⁹

Yuriy Nikolayevich Ivanov/Ukrayna davasında, AİHM, davalı devlette ulusal mahkeme kararlarının uygulanmamasının sistemik bir sorun haline geldiğini saptamış ve hükümete sorunu çözmek üzere Sözleşme içtihadı ile uyumlu giderim araç(lar)ı oluşturması için bir yıl süre vermiştir.⁵³⁰ AİHM, aynı zamanda bir yıllık süre içerisinde benzer davaların incelenmesini askıya almıştır.⁵³¹ Bu süre içerisinde gerekli önlemlerin alınmadığını düşünen AİHM, beklemeye aldığı 2500 davayı incelemeye karar vermiştir.⁵³² Broniowski pilot kararında sistemik sorunu saptayan AİHM daha sonra verdiği dostça çözüm kararında infazda oynayacağı rolün niteliğini de göstermiştir. Mahkeme, kararların infazını izlemekle Bakanlar Komitesinin yetkili olduğunu ama Sözleşme'nin 37 (1) (b) ve 39. madde hükümleri uyarınca başvurunun kayıttan düşürülmesi gerekip gerekmediğine karar verebilmek için hükümetin yasal düzenleme yapmak suretiyle sistemik bozukluğu onarma konusunda etkin bir girişimde bulunup bulunmadığını denetlemesi gerektiğini belirtmiştir.⁵³³

Bununla birlikte, yukarıda da belirtildiği gibi AİHM'nin henüz uygulamanın ne yönde gelişeceği belirli olmayan dosyalarda karar vermesi eleştiri konusu yapılmıştır. Mahkeme'nin sadece hükümetin konuya ilişkin yeni mevzuatı veya mevzuat çalışmasını yeterli görmesi halinde etkili bir izleme yapılması zordur.⁵³⁴ Bununla birlikte, AİHM Sözleşme sistemi içinde paylaşılan rollerin pilot davalar açısından da geçerli olduğunu düşünmektedir. Bir pilot davada, esasta karar verildikten sonra adil tatmin ve 46. madde gereklerinin yerine getirilip getirilmediği ayrı bir karara bırakılırsa Mahkeme genel önlemler açısından sınırlı bir inceleme yapmaktadır. Eğer hükümet,

527 K. Altıparmak ve B. Çalı, "AİHM'in Demirtaş Kararının Uygulanmamasına Kılıflar: İçeriye Farklı, Dışarıya Farklı", (2021) İnsan Hakları Okulu Çalışma Metinleri No. 25, s. 18.

528 Xenides-Aristes/Türkiye, para. 40.

529 Takis Demopoulos vd./Türkiye, no. 13751/02 vd., 1.3.2010 (kabul edilemezlik kararı). Bununla birlikte, kabul edilemezlik aşamasından geçmiş başvurular hakkında esastan karar verilmeye devam etmiştir. Bkz. Kyriakou/Türkiye, no. 18407/91, 27.1. 2009.

530 Yuriy Nikolayevich Ivanov/Ukrayna, no. 40450/04, 15.10.2010, para. 94.

531 Aynı yerde, para. 97-101.

532 Court decides to resume examination of applications concerning non-enforcement of domestic decisions in Ukraine, ECHR 086 (2012), 29.02.2012.

533 Broniowski/Polonya (Dostça Çözüm), para. 42.

534 Hutten-Czapska/Polonya, no. 35014/97, (Dostça Çözüm), 28.4.2008, para. 43, Korenjak /Slovenya, no. 463/03, 15.5. 2007 kararlarına ilişkin Açık Toplum Girişimi'nin eleştirisi. Open Society Justice Initiative, s. 43.



ilk kararla ikinci karar arasında sistemik sorunu gidermek için gerekli iradeyi göstermiş, yasal değişiklik için adım atmışsa AİHM bunu başvuruyu kayıttan düşürmek için yeterli görmektedir. Bununla birlikte, Mahkeme yeni düzenlemenin uygulamada istenen sonucu verip vermediğini Bakanlar Komitesi'nin izlemeye devam edeceğini belirtmektedir.⁵³⁵ Bir başka deyişle pilot kararlarda AİHM genel önlemi izleyeceğini ancak bunun doğurduğu pratik sonuçların takibinin Bakanlar Komitesi tarafından karara bağlanması gerektiğini düşünmektedir.

Ne var ki, pilot karar sonrasında belirli bir sürenin geçmesi AİHM'nin somut uygulamayı gözden geçirmesini de zorunlu kılabilir. AİHM'yi uzun süredir meşgul eden İtalya'daki uzun yargılama sorunu bir yarı pilot kararla sonuca bağlanmış, bu amaçla İtalya'da çıkarılan yasa AİHM tarafından da uygun bulunmuştur.⁵³⁶ Ancak yasanın uygulanmasında Sözleşme standartlarına aykırı sonuçlar ortaya çıkması üzerine AİHM'nin yeni bir pilot karar alması zorunlu hale gelmiştir.⁵³⁷ Bu nedenle kararların izlenmesi açısından, kararın gereğinin yerine getirilip getirilmediği AİHM kararları ve Bakanlar Komitesi kararlarına rağmen takip edilmelidir. Pilot kararı takip eden uygulama, mevzuat Sözleşmeye uygun gözükse bile Sözleşmeyi ihlal edebilir.

Daha önce bir kararda verilen ihlalin AİHM önüne gelmesinin tek yolu, ilk kararın pilot karar olması değildir. İlk karar pilot karar olmasa bile öncü karar niteliğini taşıyorsa benzer bir sonuca ulaşılabilir. Bu gibi durumlarda, AİHM kararların icrasının izlenmesinden kendisinin değil ve fakat Bakanlar Komitesi'nin sorumlu olduğunu belirtmektedir. Dimitrov ve Hamanov/Bulgaristan davasında, AİHM uzun süren ceza yargılamalarına ilişkin daha önce verdiği kararların uygulanmasının Bakanlar Komitesi tarafından izlendiğini not etmiştir. Yapısal bir sorundan kaynaklanan uzun yargılamaları sonlandırmak için Bulgar hükümeti yasal ve örgütsel önlemler aldığını bildirmiştir. AİHM, Bakanlar Komitesi'nin bu önlemlerin etkisini görmek için vakte ihtiyaç olduğunu saptadığını belirterek, kendisi ayrı bir inceleme yapmaya gerek görmemiştir.⁵³⁸

Bununla birlikte, AİHM her zaman Bakanlar Komitesi önünde takip edilen davalarda Bakanlar Komitesi'nin değerlendirmesi ile bağlı değildir, bazı durumlarda fiilen durumu incelemek zorunda olduğunu da kabul etmektedir.⁵³⁹ Turgut ve Diğerleri/Türkiye⁵⁴⁰ davasında, AİHM orman arazisinde kaldığı için tapuları iptal edilen ve karşılığında tazminat alamayan kişilerin durumunun AİHS'nin Ek. 1 Protokolü'nün 1. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir. Turgut ve Diğerleri'ni izleyen kırk ayrı vakada daha benzer yönde karar verilmiş; ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, AİHM kararlarını dikkate alarak benzer durumda olan kişilerin tazminat haklarını tanımıştır.⁵⁴¹ Bu kararı takiben de Yargıtay, orman arazisinde kaldığı için mülkleri hazineye geçen kişilerin zararlarını karşılamak üzere on yıl süre ile yargı yoluna başvurabileceğine karar vermiştir.⁵⁴² AİHM, Altunay/Türkiye davasında konu tekrar önüne geldiğinde, ulusal hukuktaki bu gelişmeleri dikkate alarak, Yargıtay içtihadınının Turgut ve Diğerleri kararında öngörülen ölçüsüz müdahaleyi ortadan kaldırdığına karar vermiştir.⁵⁴³ Bu örnekte görüldüğü gibi aynı kaynağa dayalı ihlallerde, AİHM, alınan önlemlerin Sözleşme ile uyumluluğunu incelemek zorundadır.

Ancak bu ikinci kategori esasa ilişkin bir hüküm değil bir kabul edilemezlik kararı olduğu için daha sonra Bakanlar Komitesi tarafından izlenmesi de imkansız hale gelmektedir. Ülke içinde yerinden edilenlere ilişkin verilen Doğan ve İçyer davaları AİHM önünde karar infazının izlenme-

535 Hutten-Czapska/Polonya, No. 35014/97, 19.6.2006, para. 42-43.

536 Cocchiarella/İtalya, no. 64886/01, 29.3.2006.

537 Gaglione ve Diğerleri/İtalya, no. 45867/07 vd., 21.12.2010.

538 Dimitrov ve Hamanov/Bulgaristan, no. 48059/06 & 2708/09, 10. 5. 2011, para. 112.

539 Örneğin bkz. Salah/Hollanda, no. 8196/02, 6.7.2006, para. 65-82.

540 Turgut ve Diğerleri/Türkiye, no. 1411/03, 26.1.2009.

541 YHGK, 18.11.2009 ve E. 2009/4-383-K. 2009/517 sayılı karar.

542 Yargıtay 20. Hukuk Dairesi, E. 2011/4662-K. 2011/8363.

543 Altunay/Türkiye (kabul edilemezlik kararı), no. 42936/07, 17.4.2012.



sinin ne derece büyük bir önem taşıdığını göstermektedir. AİHM, Akdivar/Türkiye⁵⁴⁴ davasında ülke içinde yerinden edilenler için etkili bir hukuk yolu öngörülmediğini saptadıktan sonra çok sayıda davada Türkiye'nin Sözleşme'nin 3. ve 8. maddeleri ile Ek 1. Protokolün 1. maddesini ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır.⁵⁴⁵ AİHM, Doğan ve Diğerleri⁵⁴⁶ kararına kadar bu içtihadı devam ettirmiştir. Doğan ve Diğerleri kararı, aksi yönde görüşlere rağmen⁵⁴⁷, bir pilot karar değildir. Ancak AİHM ilk defa bu kararında resmen *yerinden edilmiş kişiler* kavramını kullanmış⁵⁴⁸, hükümetin Köye Dönüş ve Rehabilitasyon Projesi'nin yetersizliğini genel olarak değerlendirme fırsatı bulmuştur. Bununla birlikte, İçyer/Türkiye⁵⁴⁹ davasında AİHM Doğan kararının bir pilot karar olduğunu belirterek, o kararda sözü edilmeyen Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılansın Hakkında Kanun'u değerlendirerek bu Kanun uyarınca kurulan Tazminat Komisyonlarının etkili bir iç hukuk yolu olduğunu saptamış ve Doğan'da ortaya koyulan etkililik testinin yerine getirildiğini ifade etmiştir.⁵⁵⁰ Kararın çok açıdan eleştiriye açık olduğuna şüphe bulunmamaktadır.⁵⁵¹ Tüm eleştirilere rağmen, Bakanlar Komitesi, 2008 yılı sonunda Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılansın Hakkında Kanun'un derhal ve etkili bir şekilde uygulanmasına ilişkin başlığın, etkili korunma sağlandığı için kapatılmasına karar vermiştir.⁵⁵² Konuya ilişkin Parlamenterler Meclisi kararı da, derinlemesine bir inceleme yapmadan Tazminat Komisyonlarının etkili hukuk yolu olduğu sonucuna ulaşmıştır.⁵⁵³ Burada belirtilmesi gereken, tekrar eden davalarda AİHM'nin zorunlu olarak kararların infazı sürecinde aldığı aktif roldür. Bu nedenle, kararların infazına ilişkin gelişmelerde Bakanlar Komitesi ve Parlamenter Meclisi yanında AİHM'nin de etkin bir şekilde takip edilmesi ve bilgilendirilmesi zorunluluğu vardır.

544 Akdivar/Türkiye, no. 21893/93, 16.9.1996, para. 71. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. Osman Doğru (2008), İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, C. 3, (Legal: İstanbul), s. 558.

545 Birçok örnek arasında bkz. Menteş ve Diğerleri/Türkiye, no. 23186/94; Yöyler/Türkiye, no. 26973/95, 24.7.2003; Bilgin/Türkiye, no. 23819/94, 16.11.2000; Dulaş/Türkiye, no. 25801/94, 30.1.2001; Selçuk ve Asker/Türkiye, no. 23184/94 & (yukarıda böyle kullanmıştınız birkaç kez) 23185/94, 24.4.1998.

546 Doğan ve Diğerleri/Türkiye, no. 8803-8811/02; 8813/02 ve 8815-8819/02, 10.11.2004.

547 Dilek Kurban, "Türkiye'nin Yerinden Edilme Sorununun Uluslararası İnsan Hakları Kurum ve Kuruluşlarındaki Yansımaları", D. Kurban vd, s. 114.

548 Kurban, s. 113.

549 İçyer/Türkiye (kabul edilemezlik kararı), no. 18888/02, 12.1.2006, para. 73

550 İçyer, para. 82.

551 Ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Kerem Altıparmak (2009), "Kopya Davalar ve Pilot Kararlar: Bir Kararda Bin Adaletsizlik?", Kerem Altıparmak (yay. haz), 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı Hayal Kırıklığı mı?, (Ankara: Ankara Barosu Yayınları), s. 60-107; Dilek Kurban, "Forsaking Individual Justice: The Implications of the European Court of Human Rights' Pilot Judgment Procedure for Victims of Gross and Systematic Violations", (2016) 16 HRLR 731.

552 Execution of the judgments of the European Court of Human Rights, Actions of the security forces in Turkey Progress achieved and outstanding issues, Interim Resolution CM/ResDH(2008)69.

553 Assembly Resolution 1516 (2006) "Implementation of Judgments of the European Court of Human Rights", para. 9.3. Konuya ilişkin Raportör Erik Jurgens'in raporu da Mahkeme kararını tekrar etmektedir. Implementation of judgments of the European Court of Human Rights, Doc. 11020 18 September 2006, para. 70.



KAPASİTE GELİŞTİRME DERNEĞİ

Tunus Caddesi 87/8 **Kavaklıdere/ANKARA**

Telefon/Faks: +90 (312) 468 84 60

E-posta: kaged@kaged.org.tr

Web: www.kaged.org.tr