

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**SİYASİ AMAÇLI TUTUKLAMA YASAĞI ÇERÇEVESİNDE İNSAN
HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİ'NİN 18. MADDESİNİN KAPSAMI,
UYGULANMASI VE 18. MADDE İHLALİ KARARLARININ SONUÇLARI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Benan MOLU

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Demirhan Burak ÇELİK

HAZİRAN 2019

ÖNSÖZ

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 18. maddesi, Sözleşme'de güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin Sözleşme'de öngörülmemeyen bir amaçla sınırlandırılmasını yasaklamaktadır. Hukukun üstünlüğünün, demokrasinin ve insan haklarının korunup geliştirilmesi amacıyla kurulan Avrupa Konseyi'ne bağlı İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de Sözleşme'nin 18. maddesine giderek daha fazla başvurmakta ve 18. maddeyi demokratik olmayan devletlere karşı “erken uyarı sistemi” olarak kullanmaktadır. Gürcistan, Moldova, Azerbaycan, Rusya, Ukrayna gibi ülkelerin ardından 2018 yılının Kasım ayında verilen Demirtaş v. Türkiye (no. 2) kararıyla Türkiye'ye karşı da, ilk kez, özgürlük ve güvenlik hakkının siyasi sebeplerle sınırlandırıldığına yani Sözleşme'nin 18. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Sözleşme'de güvence altına alınan diğer hak ve özgürlüklere kıyasla şimdilik çok az başvuru konusu edilen ve ihlal kararı verilen 18. maddeyle ilgili yazılmış az sayıda da olsa makaleler bulunmakla birlikte, bu konuda yazılmış bir yüksek lisans ya da doktora tezi bulunmamaktadır. Bu nedenle, içtihadî gelişimini yıllardır heyecanla ve merakla takip ettiğim, uygulamada Demirtaş v. Türkiye (no. 2) başvurusu gibi siyasetçiler, gazeteciler, avukatlar, insan hakları savunucuları, barış isteyen akademisyenler başta olmak üzere “yargı tacizi”ne maruz kalan kişiler adına Anayasa Mahkemesi'ne ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne çok sayıda başvuru yaptığımız ve yakın dönemde Türkiye'nin ve Avrupa'nın gündeminde giderek daha fazla yer bulmaya başlayacak bu konuda bir yüksek lisans tezi yazmak istedim.

Bu fikrimi paylaştığım andan itibaren beni cesaretlendiren, yüksek lisans derslerimizden bu yana her zaman samimiyetle ve ilgiyle yaklaşan tezimin yazım aşamasından sonuna kadar beni her daim destekleyen, panik ve stres dolu maillerim ve telefonlarımdan sonra beni her zaman sakinleştiren değerli hocam ve tez danışmanım Doç. Dr. Demirhan Burak Çelik'e çok ama çok teşekkür ederim.

Jürime gelip değerli önerilerini sunan hocalarım Yard. Doç. Dr. Ulaş Karan'a ve Doç. Dr. Özen Ülgen Aladağ'a da çok teşekkür ederim. Onların önerileri ve eleştirileri olmasa bu çalışma çok eksik olurdu.

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ndeki ilk günümünden bugüne kadar, anayasa hukuku ve insan hakları hukuku alanında çalışmam için iyi-kötü her anımda yanımda olan, verdikleri kıymetli bilgiler ve gösterdikleri ilgiyle zihnimizi açarak kendimizi üniversitede hissetmemizi sağlayan, iyi bir insan ve iyi bir hukukçu olmamız için bize öğretmenlik, danışmanlık ve arkadaşlık yapan çok kıymetli akademisyenlerimiz olmasa, bu tez hiç yazılamayabilirdi. Birçoğu şu an kürsülerinde ve öğrencilerinin yanında olamasa da, mesleki ve akademik hayatımda çok büyük rolleri olan başta Prof. Dr. İbrahim Kaboğlu olmak üzere, yolu bir dönem Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden geçen anayasa ve insan hakları hukuku kürsülerinde görev yapan bütün hocalarıma en içten saygı ve sevgilerimi sunarım. Öğrenciniz olduğum için kendimi sonsuza kadar çok şanslı hissedeceğim. İyi ki yollarımız kesişti.

Bir özel teşekkür de fahri danışmanım ve canım arkadaşım Atagün Mert Kejanlıoğlu'na. “Yapamayacağım, yetiştiremeyeceğim, olmuyor galiba” diye tereddüde düştüğüm ve panik olduğum her an beni ayağa kaldırdı, tezimin taslağını

okuyarak sunduğu eleştirileri ve önerileriyle tezime çok büyük katkılar sundu, özellikle yabancı dilde yazılan kitap ve makaleleri insanüstü bir hızla tedarik etti, bitmek bilmeyen sorularıma sabırla cevap verdi. Bu tez yazıldıysa, onun sayesinde.

Ve, bu tezin yazılma sebeplerinden biri olan avukat Ramazan Demir. Sözleşme'nin 18. maddesini ilk kez, bir insan hakları hukukçusu olarak Anayasa ve İnsan Hakları Mahkemesi'ne taşıdığı davalar dolayısıyla 156 gün boyunca özgürlüğünden ve mesleğinden alıkonulması nedeniyle o'nun başvurusunda kullanmıştık. 18. maddeyle ilgili heyecanımı paylaşarak türlü ihtimaller üzerine bazen saatler süren tartışmalarımızı sadece "teoride" bırakmayıp "hayata geçirebildiğimiz" için kendisine teşekkür borçluyum.

Mesleki hayatımın en zor zamanlarında elimi tutarak hayatımı değiştiren, yan yana yürümekten her zaman büyük keyif ve mutluluk duyduğum ve duymaya da devam edeceğim canım kadınlar, meslektaşlarım Ayşe Bingöl Demir'e, İpek Bozkurt'a ve Özlem Zıngıl'a ne kadar teşekkür etsem azdır.

Ayrıca, başta Serkan Köybaşı ve Hakan Çelik olmak üzere, eşsiz dostluklarını benden esirgemeyen, sabır ve anlayışla yanımda olan bütün yol arkadaşlarım; yolun başında olmalarına rağmen büyük bir ilgi ve emekle şimdiden kıymetli çalışmalar yapan ve ihtiyaç duyduğum her an yardıma koşan sevgili Serde Atalay ve İdil Özcan özel bir teşekkürü hak ediyor.

Tezimin yazımı sırasında yürüttüğümüz tartışmalar, yaptığımız sohbetler ve yazdıkları yazılarla bakış açımı değiştirerek fikirlerimi geliştirmemi sağlayan değerli Prof. Dr Başak Çalı'ya ve Dr Esra Demir Gürsel'e; çalışmalarım sırasında Fransızca konusunda yardımcı olan Dr Tolga Bilener'e de ayrıca teşekkür ederim.

Son olarak, en zor zamanlarda bile keyfimi yerine getiren ev arkadaşım, biricik kedim Rinde'ye ve ne olursa olsun her zaman yanımda olarak beni hiçbir koşulda yalnız bırakmayan, bana her zaman güvenen ve bu süreçte bütün kahrımı çeken sevgili aileme sonsuz şükranlarımı sunuyorum. Hakkınızı hiçbir zaman ödeyemem. Sizin köşulsuz sevginiz ve desteğiniz olmasa, olmazdı.

Benan MOLU
Haziran 2019, Kurtuluş

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	i
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR	v
TABLO LİSTESİ	vi
RÉSUMÉ.....	vii
ABSTRACT	xi
ÖZET.....	xv
GİRİŞ	1
I.İNSAN HAKLARI AVRUPA KOMİSYONU VE MAHKEMESİ KARARLARI İŞİĞİNDA İNSAN HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİ'NİN 18. MADDESİ.....	19
A.İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'nun ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 18. Madde İçtihadının Gelişimi	22
1. İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'nun Kararları	23
2. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Kararları	25
a. İHAM'ın 2004 Yılından Önce Verdiği Kararlar	25
b. 18. Madde İçtihadında İlklerin Dönemi: 2004'ten Günümüze	27
c. İlgili Hükümete Bildirilen Başvurular	36
B.İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 18. Maddesi: Kabul Edilebilirlik, Uygulanabilirlik ve İspata İlişkin Tartışmalar	38
1. Kabul Edilebilirliğe İlişkin Ölçütlerin 18. Madde İçtihadına Yansıması 39	
a. Sözleşme'nin 18. Maddesi Hangi Maddelerle Bağlantılı Olarak İleri Sürülebilir?	40
b. Sözleşme'nin 18. Maddesinin Hakların Sınırlandırma Ölçütleri ile İlişkisi	46
2.18. Maddenin Uygulanabilirliği: Üç Aşamalı İnceleme	52
3. Sözleşme'nin 18. Maddesinin İhlal Edildiği İddiası Kim Tarafından ve Nasıl İspatlanabilir?	56
a. İspat Yüğü Kimdedir?	58
b. Delil ve İspat Standardı Nedir?	60
C.Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Kapsamında 18. Maddenin Uygulanabilirliği.....	71

II.18. MADDEDEN VERİLEN İHLAL KARARLARININ BAĞLAYICILIĞI, YERİNE GETİRİLMESİ VE OLASI ETKİLERİ	82
A.İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı	86
B.İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının Yerine Getirilmesi	87
1. Bireysel Önlemler – <i>Restitutio In Integrum</i>	89
a. Adil Tazmin.....	91
b. Serbest Bırakma, Af ve Adli Sicilden Silme.....	94
c. Yargılamanın Yenilenmesi	98
2. Genel Önlemler	105
C.İHAM Kararlarının Yerine Getirilmemesi	110
1. İHAS'ın 46. Maddesinin 4. Fıkrasının Hayata Geçirilmesi: İlgar Mammadov v. Azerbaycan Örneği.....	116
a.Büyük Daire'nin Mammadov v. Azerbaycan kararı	120
b. Kararın Değerlendirmesi.....	124
c. Mammadov Kararından Sonra: Şimdi ve Bundan Sonra Ne Olacak? 127	
SONUÇ.....	133
EKLER.....	140
KAYNAKÇA	141
ÖZGEÇMİŞ.....	160

KISALTMALAR

AYM: Anayasa Mahkemesi
BD: Büyük Daire
Bkz.: Bakınız
BM: Birleşmiş Milletler
C.: Cilt
Çev.: Çeviren
ed.: Editör
haz.: Hazırlayan
HDP: Halkların Demokratik Partisi
Ibid.: *Ibidem* (Yukarıda referans verilen eser)
İHAK: İnsan Hakları Avrupa Komisyonu
İHAM: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi
İHAS: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi
İHEB: İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi
No: Numara
OHAL: Olağanüstü Hal
op. cit.: *opus citatum* (Adı geçen eser)
para.: Paragraf
s.: Sayfa
S.: Sayı
TBKP: Türkiye Birleşik Komünist Partisi
v.: *versus* (-e karşı)

TABLO LİSTESİ

Sayfa No

EK 1- 18. Madde İhlallerinin Taraf Devletlere Göre Dağılımı ve İhlal Kararı Sayıları.....	140
EK 2- 18. Madde İhlali Kararlarının Yıllara Dağılımı	140



RÉSUMÉ

Au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, de nombreux Etats - parmi lesquels figuraient des régimes totalitaires - se sont réunis pour établir le Conseil de l'Europe, chargé de protéger les structures politiques pluralistes et de promouvoir les valeurs telles que les droits de l'homme, l'Etat de droit et la démocratie. La Cour européenne des droits de l'homme a été créée dans ce cadre, afin que les personnes concernées puissent déposer des requêtes auprès de celle-ci s'ils estiment que leurs droits et libertés garantis par la Convention européenne des droits de l'homme ont été violés par les Etats membres pour qui la Convention européenne des droits de l'homme est contraignante.

Dans plusieurs de ses arrêts, la Cour, tout en se référant au préambule de la Convention, a souligné que la démocratie et l'Etat de droit sont la pierre angulaire de la Convention et que celle-ci avait été élaborée dans l'objectif de protéger et de développer les valeurs d'une société démocratique fondée sur l'Etat de droit.

La Cour fait recours à l'article 18 de la Convention contre les Etats qui portent atteinte aux valeurs démocratiques, qui agissent de "mauvaise foi" en abusant de leur pouvoir et de leur système de justice pénale, et qui restreignent les droits et libertés garantis par la Convention, tout en poursuivant des objectifs non prescrits par la Convention.

L'article 18 de la Convention stipule que « Les restrictions qui, aux termes de la présente Convention, sont apportées auxdits droits et libertés ne peuvent être appliquées que dans le but pour lequel elles ont été prévues ».

Bien que l'article 18 soit indépendant et autonome, il ne peut être invoqué qu'avec un droit ou une liberté protégés par la Convention. Bien qu'il existe des exemples récents dans lesquels cet article a été invoqué conjointement avec le droit au respect de la vie privée et familiale au titre de l'article 8, et le droit à la liberté de réunion et d'association au titre de l'article 11 de la Convention, à commencer par l'arrêt *Gusinskiy c. Russie* en 2004, atteignant un tournant en 2016 avec *Jafarov c. Azerbaïdjan* et donnant lieu à une jurisprudence en évolution continue, l'article 18 a jusqu'à présent été appliqué principalement en liaison avec le droit à la liberté et à la sécurité au titre de l'article 5.

Par conséquent, nous étudions dans le présent travail la manière dont l'article 18, qui constitue une «alerte rapide» pour les Etats qui s'éloignent des valeurs démocratiques, peut être utilisé dans des situations où des individus sont privés de liberté pour des objectifs non prescrits par la loi. Convention et l'impact et les résultats possibles d'un jugement de violation rendu en vertu de l'article 18.

Afin d'évaluer l'article 18 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, l'objet de ce mémoire est d'abord d'expliquer le but pour lequel l'article 18 a été ajouté à la Convention.

Il convient de souligner que la Convention a été élaborée dans le but de protéger et de renforcer les droits et libertés fondamentaux. Les Etats fondateurs du Conseil de l'Europe qui vit le jour après la Seconde Guerre mondiale dans l'ambiance de «plus

jamais ça!», ont rédigé l'article 18 de la Convention pour que, justement, ces jours sombres ne reviennent plus jamais.

Les travaux préparatoires de la Convention montrent plus clairement l'objectif envisagé en ajoutant l'article 18:

«Ce que nous devons craindre aujourd'hui, ce n'est pas la prise du pouvoir par le totalitarisme par le biais de la violence, mais bien le totalitarisme qui tentera de prendre le pouvoir par des moyens pseudo-légitimes. Les États membres du Conseil doivent être démocratiques et le rester. Il faut avant tout prévenir les abus, violations ou restrictions du pouvoir législatif des différents pays qui doivent appliquer la Convention des droits de l'homme. L'assurance minimale que nous pouvons demander sur ce point est que les droits et libertés fondamentales reconnus à leurs citoyens devraient être protégés de manière radicale et définitive contre toute décision arbitraire du pouvoir législatif ou de toute majorité parlementaire. »

Cependant, la Cour européenne des droits de l'homme a mis de nombreuses années à se souvenir de l'existence de l'article 18 et à l'utiliser de la même manière que d'autres droits et libertés. Jusqu'en 2004, la Commission européenne des droits de l'homme et la Cour européenne des droits de l'homme, dans toute requête relative à l'article 18 qui leur avait été présentée, jugeaient inutile d'examiner séparément les allégations de violation de l'article 18, ou bien estimaient qu'il n'y a pas eu de violation de l'article 18. La doctrine a souligné que la raison en était la confiance de la Cour européenne des droits de l'homme en tant que juridiction internationale de la présomption de «bonne foi» attribuée aux États, ainsi que la difficulté de prouver que les États avaient agi de «mauvaise foi».

En effet, si la Cour a jugé pour la première fois en 2004 dans l'affaire *Gusinskiy* qu'il y a eu une violation de l'article 18 (combiné avec l'article 5), c'est parce que la Russie eût signé un accord en échange de l'abandon des charges retenues contre le requérant et de sa remise en liberté et que cela constituât une «preuve directe» révélant la mauvaise foi de l'État.

Au cours des nombreuses années qui ont suivi cet arrêt, la Cour européenne des droits de l'homme a rarement eu recours à l'article 18. De plus, en raison de la gravité des revendications, la Cour a imposé le fardeau de la preuve au requérant, ce qui revenait à exiger un niveau de preuve supérieur.

Au cours de cette période, la Cour souligna que le requérant devrait prouver les allégations de violation de l'article 18, et que le requérant qui prétendait que l'État aurait agi de «mauvaise foi» devrait appuyer ses allégations par des éléments de preuve susceptibles de convaincre la Cour. Bien que la Cour ait assoupli cette approche avec le temps, et qu'elle soit allée encore plus loin en tenant compte des rapports nationaux et internationaux et des expertises étayant les allégations de violation du requérant, celles-ci ne suffisaient toujours pas à convaincre la Cour. Le raisonnement était le suivant: «un statut politique élevé n'accorde pas l'immunité au demandeur». Sinon, dans toutes les affaires très médiatisées portées devant la Cour, celle-ci devrait constater une violation de l'article 18 dans toutes les situations de nature à faire naître des doutes quant à la motivation de l'enquête, comme le statut du requérant. Ceci rendrait impossible la tenue d'enquêtes, même au motif que les requérants auraient commis un crime.

La lourde charge de la preuve et des éléments de preuve incombant au requérant a également limité le potentiel "d'alerte rapide". L'article 18 de la Convention aurait pu permettre d'éviter le déclin de la règle de droit. En effet, à moins de preuves ouvertes et directes, il serait impossible de prouver qu'un État ait agi de «mauvaise foi» ou «avec un agenda caché».

En effet, la Cour a tenu compte des critiques émanant à la fois de la doctrine et de la Cour elle-même. Dans l'affaire *Merabishvili c. Géorgie*, la Grande Chambre a modifié sa jurisprudence et a conclu qu'il n'y avait aucune raison pour que la Cour se limite à des preuves directes. Par cet arrêt, la Cour européenne des droits de l'homme a déclaré que, tout en évaluant les plaintes au titre de l'article 18, qu'elle tiendrait compte du contexte des événements, des preuves contextuelles et des rapports des organisations non gouvernementales nationales et internationales, des observateurs et des experts.

Ce revirement fut particulièrement évident dans les affaires concernant les défenseurs et avocats des droits de l'homme qui avaient été détenus et condamnés dans le but de les réduire au silence et de les punir pour leurs activités dans le domaine des droits de l'homme. Dans ces arrêts, la Cour a montré que l'article 18 pouvait être appliqué non seulement à des hommes politiques ou à des fonctionnaires, mais également à des défenseurs des droits de l'homme. Elle a également proposé un examen en trois étapes pour déterminer s'il y avait eu, ou non, une violation de l'article 18.

Lors de l'examen en trois parties que nous sommes habitués de voir dans tous les arrêts concernant l'article 18 contre l'Azerbaïdjan à la suite de l'arrêt *Jafarov*, la Cour tient compte en premier lieu du fait que les lois, en particulier celles qui concernent la liberté d'expression et le droit à la liberté de réunion et l'association, sont devenues de plus en plus dures et restrictives. En plus, les individus sont désormais passibles de lourdes sanctions telles que détention ou emprisonnement. Deuxièmement, la Cour prend en considération le fait que les requérants avaient été ciblés en tant que des "agents", "traîtres", "à la solde des puissances étrangères" par des personnalités, y compris de hauts responsables de l'Etat ou par les médias "progouvernementaux", et qu'ils avaient été accusés d'infractions à la réputation du pays. Enfin, pour la Cour, il est important que la situation du requérant ne soit pas isolée, et que d'autres personnes aient été jugées et condamnées pour des crimes similaires.

Les affaires dans lesquelles la Cour a suivi ce processus sont souvent celles où la Cour a conclu à la violation de l'article 5 § 1-c de la Convention. C'est-à-dire, lorsqu'une personne a été détenue sans but légitime et sans preuves matérielles fondées sur le doute raisonnable. Cependant, si la personne était détenue à la base des preuves susceptibles de convaincre un observateur objectif et si, pour cette raison, la Cour concluait que l'article 5 § 1-c n'avait pas été violé, serait-il encore possible d'alléguer séparément la violation de l'article 18?

La réponse à cette question a été fournie d'abord dans l'arrêt *Merabishvili*, puis dans les arrêts *Navalnyy c. Russie* et *Demirtaş c. Turquie* (n° 2). En raison du caractère autonome et indépendant de l'article 18, la Cour pouvait décider que cet article avait été violé, même lorsqu'elle avait conclu que le droit et la liberté pertinents avaient été restreints dans un but fixé par la Convention. Conformément à cela, trois points doivent être examinés lors de l'évaluation des griefs relatifs à la violation de l'article

18 : si oui ou non, le droit ou la liberté du requérant ont été restreints pour un but ultérieur non prévu par la Convention; si oui ou non, la restriction poursuivait plusieurs objectifs; et quel serait le but plus prédominant dans ce cadre. Dans des situations récurrentes, la Cour estima que ce qui semble être un but légitime peut paraître moins pertinent au fil du temps et que le but prédominant peut évoluer avec le temps.

Lorsque la Cour constate que des objectifs non prescrits par la Convention ont été poursuivis, elle remarque également que l'État a agi «de manière contraire à l'esprit de la Convention». Récemment, la Cour est allée encore plus loin sur cette ligne. En rappelant le lien existant entre l'article 18, l'Etat de droit démocratique et les droits de l'homme, elle a souligné qu'une plainte concernant l'article 18 ne pouvait pas être considéré comme une plainte de violation d'un seul individu, et qu'il était dommageable pour la démocratie en général.

Même si cette découverte est importante, elle est également rare. Même si leur nombre accroît ces dernières années, la Cour ne rend que très peu d'arrêts de violation au titre de l'article 18 et, pour cette raison, attribue à ces arrêts un sens et une conséquence particuliers. Avec la violation de l'article 18, la présomption selon laquelle l'État agit de «bonne foi» s'effondre et l'État agissant contrairement à l'esprit de la Convention signifie que la décision a été entachée d'un vice.

Pour cette raison, lorsqu'une violation de l'article 18 combiné avec l'article 5 est constatée, des mesures individuelles et générales, qui doivent être compatibles avec les conséquences et l'esprit de cette violation, doivent non seulement assurer la remise en liberté du requérant, mais également remédier à toutes les conséquences négatives et d'empêcher que des violations similaires ne se reproduisent.

Contre des États qui ne remédient pas à toutes les conséquences des violations constatées dans l'arrêt et qui ne respectent pas leurs obligations, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, chargé de contrôler l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, peut prendre des mesures allant de la suspension de l'Etat membre du Conseil jusqu'à son expulsion. La révision apportée aux paragraphes 4 et 5 de l'article 46 permet au Comité des ministres d'engager la procédure d'infraction en «déposant une plainte» auprès de la Cour EDH contre des États qui s'opposent à l'exécution des arrêts de la Cour EDH. Le but de cette disposition, vis-à-vis d'un État qui s'oppose à l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme - dont l'exécution complète et rapide est d'une importance cruciale - est de prévenir les affaires nouvelles et récurrentes, de renforcer le Comité des ministres afin de soutenir la fiabilité et l'efficacité du système de la Convention, et de faire pression sur l'Etat qui n'exécute pas les décisions afin d'assurer l'exécution des arrêts de la Cour et de garantir le principe de l'Etat de droit.

Bien que le nombre des arrêts concluant à une violation de l'article 18 soit relativement faible par rapport aux autres droits et libertés, la Cour reçoit davantage de plaintes au titre de l'article 18 et elle élargit le champ d'application, l'interprétation et l'application de l'article 18 en ne limitant pas ces requêtes au droit à la liberté et à la sécurité. Compte tenu des effets et des conséquences de l'évolution de la jurisprudence et des jugements rendus en violation, l'article 18 deviendra de plus en plus important en Turquie et dans le système européen des droits de l'homme, ainsi que dans la lutte pour la défense de la démocratie, de l'état de droit et des droits de l'homme.

ABSTRACT

In the aftermath of World War II, states -amongst which were also states ruled by totalitarian regimes- came together to establish the Council of Europe to protect pluralist political structures and to enhance values such as human rights, the rule of law and democracy. The European Court of Human Rights was established for individuals to lodge applications, claiming that their rights and freedoms guaranteed under the European Convention on Human Rights have been violated by Member States of the Council, for whom the European Convention on Human Rights is binding.

The Human Rights Court, in many of its judgments, while referring to the Preamble of the Convention, emphasised that democracy and the rule of law were the cornerstones of the Convention and that the Convention was prepared with the aim to protect and develop the values of democratic society based on the rule of law.

The Court uses Article 18 of the Convention against states which undermine democratic values, act in “bad faith” by misusing their power, their penal-justice system, and which restrict rights and freedoms guaranteed under the Convention while pursuing aims not prescribed by the Convention.

Article 18 of the Convention stipulates that “The restrictions permitted under this Convention to the said rights and freedoms shall not be applied for any purpose other than those for which they have been prescribed”.

Although Article 18 is independent and autonomous, it can only be invoked in conjunction to a qualified right or freedom. While there are recent examples in which the article has been invoked in conjunction with the right to respect for private and family life under Article 8 and the right to freedom of assembly and association under Article 11 of the Convention, starting with the judgment *Gusinskiy v. Russia* in 2004, reaching a turning point in 2016 with *Jafarov v. Azerbaijan* and with an ever-changing and developing case-law, Article 18 has so far been applied chiefly in conjunction with the right to liberty and security under Article 5.

For this reason, we will discuss in this thesis, how Article 18, which functions as an “early warning” for states which drift away from democratic values, can be used in situations where individuals are deprived of their liberty with purposes not prescribed by the Convention and the possible impact and results of a violation judgment given under Article 18.

In order to make an assessment of Article 18 of the European Convention on Human Rights, the subject of this work, first the purpose for which Article 18 was added to the Convention must be mentioned.

For the Convention which was prepared in order to protect and enhance fundamental rights and freedoms, states which established the Council of Europe after World War II by saying “never again!”, prepared Article 18 of the Convention for those days never to be lived again. The *travaux préparatoires* of the Convention more clearly displays the purpose for the addition of Article 18 :

“What we must fear today is not the seizure of power by totalitarianism by means of violence, but rather that totalitarianism will attempt to put itself in power by pseudo-legitimate means. Member states of the Council must be democratic and must stay democratic. It is necessary above all to prevent abuses, violations or restrictions, on the part of the legislative power of the different countries who have to apply the Convention on Human Rights. The minimum assurance that we can ask for on this point, is that the rights and fundamental freedoms accorded to their citizens should be radically and definitely protected against any arbitrary decision of the legislative power or any parliamentary majority whatsoever.”

However, it took many years for the ECtHR to remember the existence of Article 18 and to use it as the Court does with other rights and freedoms. Until 2004, the European Commission on Human Rights and the ECtHR, in every application concerning Article 18 which came before them, either found it unnecessary to separately examine claims of violations of Article 18 or held that Article 18 was not violated in conjunction with the right invoked. The literature pointed out that the reason for this was the reliance of the ECtHR as an international court on the presumption of the “good faith” of states and the difficulty in proving that states have acted in “bad faith”.

Indeed, the reason why the Court held for the first time in 2004 in the *Gusinskiy* case that Article 18 had been violated (in conjunction with Article 5), was Russia signing an agreement in exchange for the charges to be dropped against the applicant and for the applicant to be released--which was “direct evidence” that revealed the bad faith of the state.

In the many years following this judgment, the ECtHR rarely used Article 18 and moreover, due to the seriousness of the claims, laid a heavy burden of proof on the applicant by requiring a higher standard of evidence and proof.

In this process, the Court emphasised that the applicant had to prove the claims that Article 18 had been violated, that the applicant who claimed that the state had acted in “bad faith” had to support his or her claims with evidence that would convince the Court. Although the Court softened its approach in time, went even further and took into account national and international reports and expert opinions in support of the applicant’s violation claims, these were not sufficient to convince the Court. The reasoning was that “a high political status did not grant the applicant immunity”; otherwise, in every high profile case before the Court, the Court would have to find a violation of Article 18 in every situation which might raise doubts as to whether there were other motives behind the investigation, such as the applicant’s status; and that this would render it impossible for investigations even to be initiated against such persons on the grounds that they have committed a crime.

The heavy burden of proof and evidence laid on the applicant by the Court also hindered the realisation of the “early warning” potential that Article 18 of the Convention would ensure against the decline of the rule of law. This is because, unless there is open and direct evidence, it would be impossible to prove that a state has acted in “bad faith” or “with a hidden agenda”.

Indeed, the Court took into account criticism coming from both the literature and from within the Court itself and in *Merabishvili v. Georgia*, the Grand Chamber

changed its case-law and held that there is no reason for the Court to restrict itself to direct evidence. With this judgment, the ECtHR stated that, while assessing Article 18 complaints, it will take into account the context of events, contextual evidence and reports by national and international non-governmental organisations and observers and expert opinions.

This change was especially evident in cases of human rights activists and human rights lawyers who had been detained and convicted with the purpose of silencing and punishing them for their activities in the field of human rights. In these cases, the Court showed that Article 18 could be deployed not only in cases of politicians or civil servants, but also in cases of human rights defenders, and moreover, put forward the three-part test while assessing whether Article 18 has been violated.

In the three-part test we became accustomed to seeing in all the violation judgments under Article 18 against Azerbaijan following the Jafarov judgment, the Court takes into account first, that the legislative regulation particularly in relation to freedom of expression and right to freedom of assembly and association became increasingly harsh and restrictive and that people faced heavy sanctions such as detention or imprisonment sentences; secondly, that the applicants had been targeted as “agents”, “traitors”, “foreign powers” by people, amongst whom were high-ranking state officials and ‘pro-government’ media employees, and had been accused of crimes such as damaging the country’s reputation; finally, that the applicant’s situation was not an isolated one, that other people had been tried and convicted under similar crimes.

The cases where the Court followed this sequence are often those where the Court found that Article 5 § 1-c of the Convention had been violated, that is when a person was detained without a legitimate aim and without substantive evidence based on reasonable doubt. Then, if the person was detained with evidence which could convince an objective observer and if, for this reason, the Court held that Article 5 § 1-c had not been violated, would it be possible to discuss separately that Article 18 had been violated?

The response to this question was delivered first in the Merabishvili case and then in *Navalnyy v. Russia* and *Demirtaş v. Turkey* (no. 2). As a result of the autonomous and independent nature of Article 18, the Court could decide that Article 18 had been violated even when it held that the relevant right and freedom had been restricted with a purpose prescribed by the Convention. According to this, three points must be examined when assessing complaints regarding the violation of Article 18: Whether the applicant’s right or freedom was restricted with an ulterior purpose not prescribed by the Convention; whether the restriction pursued several purposes; which purpose was more predominant. In continuing situations, the Court considers that what might seem as a legitimate aim or purpose may appear less plausible over time and that the predominant purpose may change over time.

When the Court finds that purposes not prescribed by the Convention have been pursued, the Court also finds that the state has acted “contrary to the spirit of the Convention”. Recently, the Court took this finding a step further, and by recalling the connection between Article 18 and the democracy rule of law and human rights, emphasised that a complaint concerning Article 18 cannot be considered as a violation claim of one person only and that it is equally damaging for democracy.

As much as this finding is important, it is also rare. Although increasing in the last years, the Court gives very few violation judgments under Article 18 and for this reason, the Court gives these judgments a special meaning and consequence. With the violation of Article 18, the presumption that the state acts in “good faith” collapses and the state acting contrary to the spirit of the Convention means that the adjudication was flawed from start to end.

For this reason, when a violation of Article 18 in conjunction with Article 5 has been held, individual and general measures which must be compatible with the consequences and the spirit of this violation, must not only ensure the release of the applicant but must also remedy all negative consequences and prevent similar violations from taking place in the future.

Against states which do not remedy all the consequences of the violations established in the judgment and which do not fulfill their obligations, the Committee of Ministers of the Council of Europe which oversees whether ECtHR judgments have been executed, can pursue measures ranging from suspension of the Council membership to expulsion from the Council. The amendment made to paragraph 4 and 5 of Article 46 allows for the Committee of Ministers to initiate the infringement procedure by “making a complaint” to the ECtHR against states which resist the execution of the ECtHR judgments. The purpose for this clause, *vis-a-vis* a state which resists the execution of ECtHR judgments -whose complete and expeditious execution is of crucial importance- is to prevent new and recurring cases, to strengthen the Committee of Ministers in order to sustain the reliability and the effectiveness of the Convention system and to put political pressure on the non-executing state in order to ensure the execution of the ECtHR judgments and thereby ensure the principle of the rule of law.

Although the number of violation judgments is quite low in comparison to other rights and freedoms, day by day the Court receives more Article 18 complaints and the Court is expanding the scope, the interpretation and the application of Article 18 by not restricting these complaints only to the right to liberty and security. Given the effects and consequences of the evolving case-law and the violation judgments, Article 18 will become increasingly more significant on Turkey’s and the European human rights system’s agenda and for the struggle to protect democracy, rule of law and human rights.

ÖZET

İkinci Dünya Savaşı'nın sona ermesinin ardından, aralarında totaliter rejimlerle yönetilen devletlerin de olduğu bazı devletler bir araya gelerek demokratik ve çoğulcu siyasi yapıyı korumak ve insan hakları, hukukun üstünlüğü ve demokrasi gibi değerleri güçlendirmek amacıyla Avrupa Konseyi'ni kurmuştur. Konsey'e üye olan devletler için bağlayıcı olan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde güvence altına alınan hak ve özgürlüklerinin taraf devlet tarafından ihlal edildiğini ileri süren kişilerin bireysel başvuruda bulunabilmesi amacıyla da İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kurulmuştur.

İnsan Hakları Mahkemesi, pek çok kararında Sözleşme'nin Başlangıç metnine atıf yaparak demokrasinin ve hukukun üstünlüğü ilkesinin Sözleşme'nin mihenk taşı olduğunu ve Sözleşme'nin hukukun üstünlüğü ilkesine dayanan demokratik toplum değerlerini koruma ve geliştirme amacıyla hazırlandığını vurgulamıştır.

Mahkeme de demokrasinin değerlerini hiçe sayıp, gücünü, ceza-adalet sistemini kötüye kullanarak “kötü niyet”le hareket eden ve Sözleşme'de güvence altına alınan hak ve özgürlükleri Sözleşme'de öngörülen amaçlarla sınırlandıran devletlere karşı Sözleşme'nin 18. maddesini kullanmaktadır.

Sözleşme'nin 18. maddesi “Anılan hak ve özgürlüklere bu Sözleşme hükümleri ile izin verilen sınırlandırmalar öngörüldükleri amaç dışında uygulanamaz.” hükmünü içermektedir. Bağımsız ve özerk bir madde olmasına karşın 18. madde, yalnızca sınırlandırılabilir bir hak ve özgürlükle bağlantılı olarak ileri sürülebilmektedir. Yakın dönemde İHAS'ın 8. maddesinde düzenlenen özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı ve 11. maddesinde yer verilen toplantı ve gösteri hakkıyla bağlantılı olarak da ele alındığı örnekler olmasına karşın, 2004 yılında verilen Gusinskiy v. Rusya kararıyla başlayan, 2016 yılında verilen Jafarov v. Azerbaycan kararıyla dönüm noktasını yaşayan ve günümüze kadar her geçen gün içtihadın değişip gelişmeye devam ettiği 18. madde, Mahkeme tarafından şimdiye kadar ağırlıklı olarak Sözleşme'nin 5. maddesinde güvence altına alınan özgürlük ve güvenlik hakkıyla bağlantılı olarak uygulanmıştır.

Bu nedenle tezimizde, demokrasinin değerlerinden uzaklaşan devletlere karşı “erken uyarı” rolü gören 18. maddenin bir devletin Sözleşme'de öngörülmeyen amaçlarla bir kişiyi özgürlüğünden alıkoyduğu durumlarda nasıl uygulanabileceğini ve 18. maddeden verilecek bir ihlal kararının olası etki ve sonuçlarının neler olabileceğini ele alacağız.

Bu çalışmanın konusu olan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 18. maddesine ilişkin bir değerlendirme yapabilmek için, öncelikle, 18. maddenin Sözleşme'ye eklenme amacından bahsedilmesi gerekmektedir.

İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra “bir daha asla!” diyerek Avrupa Konseyi'ni kuran devletler, temel hak ve özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesi amacıyla hazırladıkları Sözleşme'ye o günlerin bir daha yaşanmaması amacıyla Sözleşme'nin 18. maddesini hazırlamıştır. Hazırlık çalışmalarına (*travaux préparatoires*) bakıldığında 18. maddenin Sözleşme'ye eklenme amacı daha net görülmektedir:

“Bugün korkmamız gereken totaliteryanizmin şiddet yoluyla iktidara gelmesi değil, totaliteryanizmin sözde/görünüşte meşru yollarla kendini iktidara getirmesidir. Konsey üyesi devletler demokratik olmak ve demokratik kalmak

zorundadır. Bu nedenle İnsan Hakları Sözleşmesi’ni uygulayan ülkelerin yasama erkleri bakımından suiistimalin ve sınırlandırma ihlallerinin önüne geçilmesi her şeyden önce gereklilik arz etmektedir. Bu konuda isteyebileceğimiz asgari güvence, vatandaşlara tanınan temel hak ve özgürlüklerin, yasama erkinin keyfi kararlarına ya da parlamenter bir çoğunluğa karşı radikal ve kesin bir biçimde savunulmasıdır.”

Ancak İHAM’ın 18. maddenin varlığını hatırlayıp diğer hak ve özgürlükler gibi kullanmaya başlaması çok uzun bir zaman almıştır. İnsan Hakları Avrupa Komisyonu (“İHAK” ya da “Komisyon”) ve İHAM, 2004 yılına gelene kadar aralarında Türkiye’nin de olduğu devletlere karşı önüne giden bütün 18. madde şikâyetlerinde ya 18. madde ihlali iddiasını ayrıca incelemeye gerek görmemiş ya da 18. maddenin ileri sürüldüğü hakla bağlantılı olarak ihlal edilmediğine karar vermiştir. Doktrinde bunun sebebi olarak, İHAM’ın uluslararası bir mahkeme olarak devletlerin “iyi niyetle” hareket ettiği karinesine dayanması ve devletlerin “kötü niyetle” hareket ettiklerinin ispatlanmasının oldukça zor olması gösterilmiştir.

Gerçekten, 2004 yılında Gusinskiy davasında Mahkeme’nin ilk kez 18. maddenin (5. maddeyle bağlantılı olarak) ihlal edildiğine karar vermesinin nedeni de Rusya’nın başvuru hakkındaki suçlamaların düşürülmesi ve tahliye edilmesi karşılığında bir anlaşma imzalamış olması yani devletin kötü niyetini ortaya koyan “doğrudan bir delil” olmasıdır. İHAM, bu karardan sonra uzun yıllar boyunca 18. maddeyi nadiren uygulamaya devam etmiş, dahası, iddianın ciddiliği nedeniyle yüksek bir delil ve ispat standardı arayarak başvurucuya ağır bir ispat külfeti yüklemiştir.

Mahkeme bu süreçte 18. maddenin ihlal edildiği iddiasını başvurunun ispat etmesi gerektiğini, devletin “kötü niyetle” hareket ettiğini iddia eden başvurunun bu iddialarını Mahkeme’yi ikna edecek delillerle desteklemek zorunda olduğunu vurgulamıştır. Mahkeme, zamanla bu yaklaşımında yumuşamaya giderek başvuru sahiplerinin ihlal iddialarını ortaya koyan ulusal ve uluslararası raporları ve uzman görüşlerini dikkate almaya başlamışsa da, bunları ikna olmak için yeterli görmemiştir. Bunun gerekçesi olarak da “yüksek siyasi statü sahibi olmanın dokunulmazlık bahsetmediğini”, aksi halde, önüne gelen her yüksek profilli davada başvurunun statüsü gibi soruşturmanın arkasında farklı bir neden yattığı şüphesini akla getirecek her durumda 18. maddeden ihlal kararı vermek zorunda kalacağını, bunun da söz konusu kişiler hakkında bir suç işledikleri iddiasıyla soruşturma başlatılmasını bile imkânsız hale getireceğini göstermiştir.

Mahkeme’nin başvuru sahiplerine yüklediği bu ağır ispat ve delil yükü, Sözleşme’nin 18. maddesinin hukuk devletinin geriye gidişine karşı sağlayacağı “erken uyarı” potansiyelinin gerçekleşmesini de engellemiştir. Zira, Gusinskiy davasındaki gibi açık ve doğrudan bir delil olmadığı sürece devletin “kötü niyetle” ya da “gizli bir ajandayla” hareket ettiğini ispatlamak imkânsız olacaktır.

Nitekim Mahkeme de hem doktrinden hem Mahkeme içinden gelen eleştirileri dikkate almış ve Merabishvili v. Gürcistan davasında Büyük Daire, bu konuda içtihat değişikliğine giderek kendisini doğrudan delillerle sınırlandırması için bir neden olmadığı kanısına varmıştır. Bu kararlar birlikte İHAM, bundan sonra 18. madde şikâyetlerini incelerken, olayların bağlamını, bağlamsal delilleri ve ulusal ve uluslararası sivil toplum kuruluşlarıyla gözlemcilerin raporlarını ve uzman görüşlerini dikkate alacağını belirtmiştir.

Bu değişim kendisini özellikle insan hakları alanındaki faaliyetleri sebebiyle susturulmak ve cezalandırılmak amacıyla tutuklanan ve hapis cezasına çarptırılan insan hakları savunucularının ve insan hakları avukatlarının davalarında göstermiştir. Mahkeme, bu davalarda hem 18. maddenin sadece siyasetçilerin ya da kamu görevlilerinin davalarında değil, insan hakları savunucularının davalarında da uygulanabileceğini göstermiş; hem de, 18. maddenin ihlal edilip edilmediğini incelerken dikkate aldığı üç aşamalı testi ortaya koymuştur.

Jafarov kararından itibaren Azerbaycan’a karşı verilen bütün 18. madde ihlali kararlarında görmeye alıştığımız bu testte Mahkeme ilk olarak, ilgili ülkede özellikle ifade özgürlüğü ve toplantı gösteri hakkına yönelik giderek sertleşen yasal düzenlemeleri ve kişilerin tutuklama ve hapis cezası gibi ağır yaptırımlarla karşılaşmalarını; ikinci olarak, başvuruçuların aralarında yüksek rütbeli devlet yetkililerinin ve ‘hükümet yanlısı’ basın çalışanlarının da olduğu kişiler tarafından “ajan”, “hain”, “dış güç” denilerek hedef gösterilmesini ve ülke itibarını zedeleme suçu gibi suçlarla suçlanmasını; son olarak ise, başvuruçuların durumunun münferit olmadığını, diğer kişilerin de benzer suçlarla yargılanıp benzer şekilde cezalandırılmasını dikkate almıştır.

Mahkeme’nin bu silsileyi takip ettiği davalar genellikle Sözleşme’nin 5. maddesinin 1. fıkrasının c bendinin ihlal edildiğini yani Mahkeme’nin bir kişinin meşru bir amaç ve makul şüpheye dayalı somut deliller olmadan tutuklandığını tespit ettiği davalardır. Peki, bir kişi objektif bir gözlemciyi ikna edecek delillerle ve suçlamalarla tutuklanmışsa ve Mahkeme bu nedenle Sözleşme’nin 5. maddesinin 1. fıkrasının c bendinin ihlal edilmediğine karar vermişse ayrıca 18. maddenin ihlalinden söz etmek mümkün olacak mıdır?

Bu sorunun cevabı önce Merabishvili davasında, daha sonra *Navalnyy v. Rusya ve Demirtaş v. Türkiye* (no. 2) davalarında verilmiştir. 18. maddenin özerk ve bağımsız yapısının bir sonucu olarak, Mahkeme ilgili hak ve özgürlüğün Sözleşme’ye uygun bir amaçla sınırlandırıldığına karar verse dahi 18. maddenin ihlaline karar verebilecektir. Buna göre, 18. madde ihlali iddiası değerlendirilirken bu üç nokta incelenmelidir: Başvuruçunun hak ya da özgürlüğünün, Sözleşme’de öngörülen sınırlandırma sebeplerinden farklı gizli bir amaçla sınırlandırılıp sınırlandırılmadığı; sınırlandırmanın birden çok amaçla yapıлып yapılmadığı; hangi amacın daha baskın olduğu. Mahkeme, devam eden bir durum söz konusu olduğunda, başlangıçta muhtemelen bir hedef ya da meşru amaç olarak görülebilecek bir hususun zamanla daha az makul olabileceğini ve ağır basan amacın zamanla değişebileceğini düşünmektedir.

Sözleşme’de öngörülen amaçlar dışında bir amaçla hareket edildiğini anladığında Mahkeme, aynı zamanda ilgili devletin “Sözleşme’nin ruhuna aykırı” davrandığını da tespit etmektedir. Son dönemde bu tespiti bir adım ileri taşıyan Mahkeme, 18. maddeyle hukukun üstünlüğü, demokrasi ve insan hakları arasında bir bağ olduğunu hatırlatarak 18. maddeye ilişkin bir şikâyetin yalnızca bir kişinin hak ihlali iddiası olarak değerlendirilemeyeceğinin, bunun aynı zamanda demokrasiye zarar verdiğinin de altını çizmiştir.

Bu tespit önemli olduğu kadar nadirdir. Mahkeme, sayısı son yıllarda giderek artsa da 18. maddeden oldukça az ihlal kararı vermekte, bu sebeple 18. maddeden verdiği ihlal kararlarına ayrı bir anlam ve sonuç yüklemektedir. Zira 18. madde ihlaliyle aynı zamanda devletin “iyi niyetle” hareket ettiği karinesi de çökmekte,

Sözleşme'nin ruhuna aykırı davranması yargılamanın başından sonuna sakatlanması anlamına gelmektedir.

Bu nedenle Sözleşme'nin 18. maddesinin 5. maddeyle bağlantılı olarak ihlal edildiğine karar verildiğinde, bu ihlalin sonuçları ve ruhuyla uyumlu olarak alınması gereken bireysel ve genel önlemler, yalnızca o kişinin tahliye edilmesini değil, aynı zamanda doğan bütün olumsuz sonuçların ortadan kaldırılmasını ve gelecekte benzer ihlallerin yaşanmasının önüne geçilmesini de sağlamalıdır.

Bağlayıcı olan bu ihlal kararında tespit edilen ihlalleri bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırmayan, yükümlülüklerini yerine getirmeyen devletlere karşı İHAM kararlarının yerine getirilip getirilmediğini denetleyen Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından Konsey üyeliğinin askıya alınmasından Konsey üyeliğinden çıkartmaya kadar varabilecek yaptırımlar uygulanabilecektir. Sözleşme'nin 46. maddesinin 4. ve 5. fıkralarında yapılan bu değişiklik, İHAM kararlarını yerine getirmemek için direnen devletlere karşı Bakanlar Komitesi'nin ihlal kararlarının yerine getirilmemesi nedeniyle bir ihlal prosedürü (*infringement procedure*) başlatarak ilgili devleti İHAM'a "şikâyet etmesi"ni sağlamaktadır. Bu hükmün getirilmesinin amacı, tam anlamıyla ve hızlı bir şekilde yerine getirilmesi hayati önemi haiz İHAM kararlarını yerine getirmemek için direnen bir devlete karşı, yeni ve tekrarlayan davaların önüne geçmek, Sözleşme sisteminin güvenilirliğini ve etkililiğini sürdürmek için Bakanlar Komitesi'nin elini güçlendirmek ve İHAM kararlarını yerine getirmeyen devleti siyasi baskı altına alarak kararları uygulamasını böylece hukukun üstünlüğü ilkesini güvence altına almayı sağlamaktır.

Verilen ihlal kararı sayısı, diğer hak ve özgürlüklere oranla oldukça az olsa da Mahkeme'ye her geçen gün daha fazla 18. madde şikâyeti yapılmakta, Mahkeme de bu şikâyetleri sadece özgürlük ve güvenlik hakkıyla sınırlandırmadan 18. maddenin kapsamını, yorumlanmasını ve uygulanmasını genişletmektedir. Gelişen içtihadın ve ihlal kararlarının etkileri ve sonuçları itibarıyla 18. maddenin, Türkiye'nin ve Avrupa insan hakları sisteminin gündemindeki ve demokrasi ile insan haklarının korunması mücadelesindeki yeri ve önemi giderek artacaktır.

GİRİŞ

*“Demokrasiler bir günde Nazi ülkelerine dönüşmez. Kötülük, sinsice ilerler. Çok geç olmadan önce müdahale etmek gerekir.”*¹ Bu sözler, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin (“İHAS” ya da “Sözleşme”) hazırlık sürecinde (*travaux preparatoires*) önemli bir rol üstlenen ve İkinci Dünya Savaşı’nın ardından demokrasilerin kendilerini totalitarizm tehlikesine karşı korumaları gerektiğini söyleyen Fransız avukat ve siyasetçi Pierre-Henri Teitgen’e ait.²

İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra, siyasi liderler de, hukukçular ve felsefeciler gibi, en başta totalitarizmin geri dönüşüne izin vermeyecek bir düzen kurmak³, “demokrasi düşmanları”na karşı etkili ve aktif bir şekilde çalışan anayasal sistemler oluşturmak ve bu sistemleri totaliter tehlikelerden korumak amacıyla “demokrasiyi savunma” fikrini yaygın olarak benimsemiş, düşmanlarına karşı kendini savunabilen bir demokrasi için uluslararası sözleşmeler hazırlanmıştır.⁴

1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin 31. maddesine göre, bir sözleşmenin yorumlanmasında genel kural, taraf devletin “iyi niyetle” hareket ettiği karinesine dayanmaktadır. Ancak bu bir karinedir ve somut bir olayda hukuki ilişkinin taraflarının ya da bazı durumlarda devletin “iyi niyetle” değil, “kötü niyetle” hareket etmesi mümkündür ve kötü niyet, hukuk düzeni tarafından korunmaz.⁵

“Kötüye kullanma yasağı” özel hukuktan doğmuş⁶, kamu hukuku ve insan hakları hukukuna geçmiştir. İkinci Dünya Savaşı öncesinde demokratik usuller vasıtasıyla demokrasinin tahrip edilmiş olmasının sonuçladığı geleceğe yönelik tekerrür endişesi, Savaş sonrasında tesis olunan barış ortamının ve demokratik düzenin kendisini koruyacak araçlara sahip olması gerektiği yönündeki mücadeleci demokrasi

¹ Ed Bates, **The Evolution of the European Convention on Human Rights. From its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights**, Oxford University Press, 2010, s. 44.

² Antoine Buyse, “Contested Contours: The limits of freedom of expression from an abuse of rights perspective – Articles 10 and 17 ECHR”, E. Brems & J. Gerards (Eds.), **Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights**, Cambridge University Press, 183-208, s. 183.

³ Jan-Werner Müller, **Popülizm Nedir?**, Çev: Onur Yıldız, İletişim Yayınları, 2017, s. 113.

⁴ Javier Garcia Roca, “Abuse of Fundamental Rights and Defence of Democracy (Art. 17 ECHR)”, Javier Garcia Roca & Pablo Santolaya (Eds.), **Europe of Rights: A Compendium on the European Convention of Human Rights**, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff, 2012, 503-526, s. 510.

⁵ Kemal Gözler, **İnsan Hakları Hukuku**, Ekin Basım Yayın, 2. Baskı, Bursa, Ekim 2018, s. 302-303.

⁶ *Ibid.*, s. 303, Javier Garcia Roca, *op.cit.*, s. 505-509.

anlayışını doğurmuş; bu itibarla 20. yüzyılın ortalarına dek örneğine rastlanmayan “kötüye kullanma yasağı” ulusal ve uluslararası düzenlemelerde kendisine yer bulmuştur. ⁷ Hak ve özgürlüklerin kullanılarak, hak ve özgürlüklerin yok edilmesi önündeki engelleri ifade eden düzenlemelerin uluslararası boyut kazanması, aynı zamanda uluslararası belgelerin iç hukuklara etkisini de arttırmış ⁸, Almanya, İtalya, Fransa gibi devletlerin anayasalarında ve mahkeme kararlarında ⁹ bu ilkelere yer verilmiştir.

“Kötüye kullanma yasağı”, ilk kez Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 10 Aralık 1948 tarihinde kabul ettiği İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’nin (İHEB) 29. ve 30. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere göre, herkes, hak ve özgürlüklerini kullanırken başkalarının hak ve özgürlüklerini tanımak ve bunlara saygı göstermek zorundadır. Bu hak ve özgürlükler yalnızca yasayla belirlenmiş sınırlandırmalara tabiidir ve hiçbir koşulda Birleşmiş Milletler’in amaç ve ilkelerine aykırı olarak kullanılamaz. (29. madde) Bu Bildiri’nin hiçbir hükmü, herhangi bir devlete, gruba ya da kişiye, bu Bildiri’de düzenlenen herhangi bir hakkı ve özgürlüğü tahrip etmeyi amaçlayan bir faaliyette bulunma ya da bir eylemi yapma hakkını verir biçimde yorumlanamaz. (30. madde)

İHEB’den sonra 1976 tarihinde yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşme’nin ve Birleşmiş Milletler Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşme’nin 5. maddesinde, 1978 yılında yürürlüğe giren İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi’nin 30. maddesinde ve 2000 tarihinde kabul edilen kabul edilen Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’nın 54. maddesinde ¹⁰ olduğu gibi, pek çok bölgesel ve uluslararası insan hakları sözleşmesinde benzer düzenlemelere yer verilmiştir.

⁷ Serkan Gülfidan, **İfade Özgürlüğü Hakkı Örneği Çerçevesinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Kötüye Kullanma Yasağı**, On İki Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, Şubat 2013, s. 1.

⁸ Sevtap Yokuş, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ve 1982 Anayasası’nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2002, s. 89.

⁹ Javier Garcia Roca, **op.cit.**, s. 505-509.

¹⁰ “Kötüye kullanma” kavramı, Avrupa Birliği hukukunda yerleşik bir kavramdır. “Hakların istismar edilmesi yasağı” başlığını taşıyan 54. maddeye göre “Bu Bildirge’de yer alan hiçbir şey, işbu Bildirge’de tanınan haklar ve özgürlüklerden herhangi birinin ortadan kaldırılmasını veya bunun, burada öngörülenden daha fazla kısıtlanmasını amaçlayan herhangi bir faaliyette bulunma veya herhangi bir fiili gerçekleştirme hakkını verdiği şeklinde yorumlanamaz.” Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın bu konudaki yaklaşımı için bkz. Merabishvili v. Gürcistan, Büyük Daire, para. 155-156.

Çalışmamızın konusunu oluşturan ve detaylı olarak anlatacağımız İHAS'ın 18. maddesine ve İHAM kararlarına benzer bir yorum geliştirdiği için bu uluslararası belgeler arasından İnter-Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ve bu sözleşmenin uygulayıcısı olan İnter-Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi'ne ayrıca değinmek istiyoruz.

İkinci Dünya Savaşı'nın sona ermesiyle birlikte Amerikan Devletleri Örgütü ve özellikle Birleşmiş Milletler, insan haklarının uygulanmasına ilişkin evrensel iddialarla uluslararası hukuki metinler hazırlayarak söz konusu metinleri imzalayan ülkelere toprakları üzerindeki herkese bu metinlerde geçen hakları sağlama hususunda yükümlülük getirmiş, böylelikle insan haklarının korunması, ülkelerin öncelikleri arasında üst sıraya yükselmiştir.¹¹

Amerikan Devletleri Örgütü Şartı'nın 30 Nisan 1948'de Bogato'da kabul edilmesinin ardından, bu bildirinin güncellenmesi ihtiyacı doğmuş ve 22 Kasım 1969 tarihinde San Jose'de Amerikan Devletleri Örgütü üyesi devletler tarafından İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi hazırlanmış ve söz konusu Sözleşme, 12 Temmuz 1978 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin denetim organı olarak hem siyasal hem yargısal yetkilerle donatılan İnsan Hakları Komisyonu ve davaları kesin kararlarla çözen, bireysel ya da devletlerarası başvuruları kabul eden İnsan Hakları Mahkemesi kurulmuştur.¹²

İnsan Hakları İnter-Amerikan Mahkemesi kurulduğunda, yer yönünden yetkisi altındaki bölge ağırlıklı olarak otoriter rejimlerle yönetilen, ağır ve sistematik insan hakları ihlallerinin meydana geldiği bir bölgeydi.¹³ Askeri diktatörlük ve iç savaşlarla ya da demokratik sistemlerde yaşanan sistematik ve yapısal insan hakları ihlalleriyle geçen karanlık zamanlar boyunca İnsan Hakları İnter-Amerikan Mahkemesi, insan haklarının korunmasında yarı kürenin vicdanı olarak hareket etmiştir, demokrasinin ve hukukun üstünlüğünün bile tehlikeye girebileceği durumlarda erken uyarı rolü

¹¹ Volkan Aslan, "Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sistemi", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:3, S:2, 2012, 261-296, s. 266.

¹² İbrahim Ö. Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, 6. Baskı, Ankara: İmge Kitabevi, Kasım 2002, s. 246. Basic Documents Pertaining to Human Rights in the Inter-American System, Secretariat of the Inter-American Court of Human Rights, San Jose, Costa Rica, 2011.

¹³ James L. Cavallaro & Stephanie Erin Brewer, "Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: The Case of the Inter-American Court," 102 **American Journal of International Law**, 2008, 768-827, s. 774.

üstlenerek cezasızla mücadele etmiş, gerçeğin ortaya çıkmasına yardımcı olmuş, mağdurlara adalet ve onarım sağlamıştır, ve bunları yapmaya devam etmektedir. ¹⁴

İnter-Amerikan Mahkemesi'ne göre, bu rolünün gerektiği şekilde yerine getirilebilmesi için, azınlık grupların çoğunluğun fikirlerine katılmadıklarını açıkça ifade edebilmeleri, siyasetin şekillendirilmesi sürecine aktif olarak katılabilmeleri, kamuoyunun fikirlerini etkileyebilmeleri ve böylece çoğunluğun keyfi olarak hareket etmesini de engelleyebilmeleri için insan haklarının garanti altına alınabilmesi, gücün keyfi olarak kullanılmasını önlemede önemli bir araçtır ve bunun için de devletlerin temel insan haklarını etkileyen eylemlerinin hükümetlerin takdirine bırakılmaması gerekmektedir. ¹⁵

İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi'nin "Sınırlamaların Kapsamı" başlıklı 30. maddesi, devletlerin bu şekilde keyfi ve siyasi amaçlarla hareket etmelerinin önünde etkili bir barikat işlevi görmektedir. 30. madde, İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi'nde düzenlenen hak ve özgürlüklerin kanunlarda öngörülen kamu yararı ya da sınırlandırma sebeplerinin amacı dışında sınırlandırılmasını yasaklamaktadır. İnter-Amerikan Mahkemesi, Sözleşme'nin 30. maddesini nadiren kullanmaktadır ancak açıkça 30. maddeye dayanmasa da ilgili devletin gücünü ve yetkilerini Sözleşme'de öngörülmeyen, meşru olmayan amaçlarla kullandığına karar verdiği davalar mevcuttur.

Örneğin *Supreme Court v. Ekvador* ve *Constitutional Tribunal v. Ekvador* davalarında Mahkeme, ülkenin en yüksek iki mahkemesi olan Yüksek Mahkeme ve Anayasa Mahkemesi hâkimlerinin görevden alınmasının arkasında yatan amacın bu mahkemelerde Hükümet'e yakın siyasi görüşe sahip bir çoğunluk oluşturmak olduğunu tespit etmiş, bu nedenle bir önceki ve mevcut devlet başkanı hakkında ceza yargılaması başlatıldığını belirtmiştir. ¹⁶ Mahkeme'ye göre, bu mahkemelerde görev alan çok sayıda hâkimin toplu ve keyfi bir şekilde görevinden alınması yargı bağımsızlığı üzerinde olumsuz bir etkiye sahiptir ve demokratik düzen ile hukukun

¹⁴ Ariel Dulitzky, "The Inter-American Human Rights System Fifty Years Later: Time for changes", **Quebec Journal of International Law**, 2011, 127-164, s. 128-129.

¹⁵ Advisory opinion OC-6/86 of the Inter-American Court of Human Rights on The Word "Laws" in Article 30 of the American Convention on Human Rights, 9 Mayıs 1986, Series A No. 6, para. 22.

¹⁶ İAİHM, Supreme Court of Justice (Quintana Coello et al.) v. Ekvador, 23.08.2013, para. 177; Constitutional Tribunal (Camba Campos et al.) v. Ekvador, 28.08.2013, para. 211.

üstünlüğünün alt üst olduğu, kuvvetler ayrılığının ortadan kalktığı izlenimini yaratmanın yanı sıra, ülkedeki siyasi krizi derinleştirerek vatandaşların haklarının korunmasını engellemiştir.¹⁷

Mahkeme, temsili demokrasinin temel unsurlarının insan haklarına ve özgürlüklerine saygı duyulması, yetkilerin/yürütmenin hukukun üstünlüğü ilkesi doğrultusunda kullanılması ve kuvvet ayrılığı olduğunu hatırlatarak, Yüksek Mahkeme ve Anayasa Mahkemesi üyelerinin görevlerinden alınmasının yalnızca demokratik sisteme değil, aynı zamanda vatandaşların korunması gereken hak ve özgürlüklerine yönelik bir saldırı olduğuna karar vermiştir.¹⁸

İnter-Amerikan Mahkemesi son olarak, Venezüella'nın en eski, en popüler ve Hükümet karşıtı olan televizyon kanalının yayın lisansının yenilenmemesiyle ilgili bir başvuruyu incelemiştir. Amerikan Mahkemesi, yetkililerin iyi niyetle hareket ettiği karinesine dayanarak ilk bakışta meşru bir amaç izlediğini belirtmiş, ancak lisansın yenilenmemesi kararlarının ardında yatan esas amacın ne olduğuna bakıldığında yetkililerin ellerindeki gücü kötüye kullandığına karar vermiştir. Mahkeme, bu sonuca ulaşırken eski devlet başkanı Hugo Chavez'in yerel mahkemenin kararı çıkmadan kısa süre önce yaptığı konuşmayı dikkate almıştır. Chavez'in bu konuşma sırasında söz konusu televizyon kanalının hükümet düşmanı olduğunu, bu sebeple yayın lisansının yenilenmemesi gerektiğini söylemesi, Mahkeme tarafından bu müdahalenin altındaki esas amacın Hükümet'e yönelik eleştirilerin susturulması olarak yorumlanmıştır.¹⁹

Mahkeme'nin insan haklarının savunucusu olarak bölgedeki demokratik gelişmelere karşı oynadığı rol ve bazen Hükümet'in "siyasi amaçla hareket ettiğini" tespit ederek "ileri gitmesi", Mahkeme'yi demokrasiden sapan devletlere karşı etkili bir koruyucu haline getirmektedir.²⁰

¹⁷ İAİHM, Supreme Court, para. 177-178. Constitutional Tribunal, para. 219.

¹⁸ İAİHM, Supreme Court, para. 179; Constitutional Tribunal, para. 221. İnter-Amerikan Mahkemesi, gücün kötüye kullanılıp kullanılmadığını ve devletin gerçek amacının ne olduğunu araştırırken, önündeki davayı bir bütün olarak incelemekte, karinelere, koşullara ve bağlamsal delillere dayanmaktadır. Bu kararlarda sıklıkla İHAM'ın 18. madde kararlarında uyguladığı ispat standardına da yer verilmektedir. Örneğin Constitutional Tribunal, para. 210 ve karşı oy, para. 130-134.

¹⁹ İAİHM, Granier ve Diğerleri (Radio Caracas Television) v. Venezuela, 22.06.2015, para. 198. Aktaran: Manuel Casas Martínez. "Granier v. Venezuela.", **The American Journal of International Law**, vol. 110, no. 1, 2016, s. 109–115, s. 109.

²⁰ Tom Ginsburg, "International Courts and Democratic Backsliding", 21 Ekim 2018, <https://clb.ac.il/wp-content/uploads/2018/12/Ginsburg.International-Courts-and-Democratic-Backsliding.Israel.pdf>, s. 12.

İnsan Hakları İnter-Amerikan Mahkemesi gibi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (“İHAM” ya da “Mahkeme”) de İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nde güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin kötüye kullanıldığı ya da Sözleşme’de öngörülen amaçlar dışında kullanıldığı durumlarda, demokrasinin, hukukun üstünlüğünün ve insan haklarının korunması için harekete geçmektedir.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin hazırlandığı sırada taslak metin İHEB’deki gibi bir düzenleme içermemekteydi. Ancak Sözleşme’nin hazırlık çalışmaları sırasında Avrupa Konseyi’nde yürütülen tartışmalar sırasında Avrupa’nın Nazizm ve faşizm gibi demokratik toplum değerleriyle bağdaşmayan rejimler sebebiyle yaşadığı tehlikeli dönem sıklıkla hatırlatılmış ve bu tehlikelere karşı Sözleşme’ye kendisini ve Avrupa’yı savunabilecek ve koruyabilecek maddeler eklenmesi kararlaştırılmıştır.

Bu doğrultuda, taraf devletlerin “iyi niyetle” hareket ettikleri karinesine aykırı olarak, hukukun üstünlüğü ilkesi ile demokrasiyi tahrip edecek şekilde ellerindeki gücü kötüye kullanmalarını ve Sözleşme’de güvence altına alınan hak ve özgürlükleri keyfi bir şekilde sınırlandırmalarını yasaklamak amacıyla Sözleşme’ye bir madde eklenmiştir: Sözleşme’nin 18. maddesi. Bu maddenin varlık amacı, İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra Avrupa’nın bir daha totaliter rejimlerle karşılaşmasını önleyecek bir alarm mekanizması oluşturmaktır. Gerçekten de Sözleşme’nin hazırlık çalışmaları metinlerinde ve doktrinde Sözleşme’nin 18. maddesi “demokratik olmayan devletlerin Sözleşme’deki hak ve özgürlükleri kötüye kullanarak sınırlandırmalarına karşı bir erken uyarı sistemi, güvence ve hatta siper” olarak tanımlanmaktadır.²¹

²¹ 18. maddenin hazırlık çalışmaları: [https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART18-CDH\(75\)11-BIL1338905.pdf](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART18-CDH(75)11-BIL1338905.pdf); Helen Keller ve Corina Heri, “Selective Criminal Proceedings and Article 18 ECHR. The European Court of Human Rights Untapped Potential to Protect Democracy”, 37, **Human Rights Law Journal** (2016), 1-10; Floris Tan, “The Dawn of Article 18 ECHR: A Safeguard Against European Rule of Law Backsliding?”, **Goettingen Journal of International Law**, (1868-1581) 9, 109-141; H. Satzger, F. Zimmermann & M. Eibach, “Does Art. 18 ECHR Grant Protection Against Politically Motivated Criminal Proceedings? Rethinking the Interpretation of Art. 18 ECHR Against the Background of New Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, 4, **European Criminal Law Review** (2014) 2, 91-113; H. Satzger, F. Zimmermann & M. Eibach, “Does Art. 18 ECHR Grant Protection Against Politically Motivated Criminal Proceedings?” (Part 2), Prerequisites, Questions of Evidence and Scope of Application’, 4 **European Criminal Law Review** (2014) 3, 248-264.

Böyle bir düzenlemenin Sözleşme’de yer alması gerektiği fikri ilk kez, 29 Ağustos 1949 tarihinde Fransız raportör Bay Teitgen tarafından Avrupa Konseyi Danışma Meclisi’nin ilk oturumunda dile getirilmiştir.²² Teitgen’in Sözleşme’ye eklenmesini önerdiği madde şu şekilde düzenlenmiştir:

“Sözleşmece garanti altına alınmış hak ve özgürlüklerin kullanılmasında, herkes; yalnızca kanunla öngörülmüş ve sadece başkalarının hak ve özgürlüklerinin tanınması ve korunması ve ahlak, düzen, kamu güvenliği ve demokratik toplumun genel refahı için uygun şartların sağlanması amaçlarıyla belli sınırlandırmalara tabi tutulabilir. Bu hak ve özgürlükler hiçbir koşulda Avrupa Konseyi’nin amaç ve ilkelerine aykırı şekilde kullanılamaz.”

Teitgen’in bu önerisi oylamaya sunulmuş ve Komite, önce “genel refah” kelimesinin madde metninden çıkartılmasını ve “Avrupa Konseyi’nin ‘Birleşmiş Milletler’ olarak değiştirilmesi” yönünde oy kullanmış, daha sonra son cümlenin tamamen çıkartılmasına karar verilerek madde kabul edilmiştir.

7 Eylül 1949 tarihli konuşmasında Teitgen, Sözleşme’de neden böyle bir maddeye yer verilmesi gerektiğini “(...) devletlerin özgürlükleri engellemesi ve sınırlandırması; temsil ettiği politik eğilime göre ve tehlikeli gördüğü bir muhalefete karşı kendini korumak, kendini düzenleme ve koruma yönlerinden sorumlu tutması gereken temel özgürlükleri yok etmek gerekçeleriyle yerine getirildiğinde, bu, müdahale edilen kamu yararına aykırı olacaktır. Bu duruma cevaz veren kanunlar uluslararası güvencelere aykırıdır. (...)” diye açıklamıştır.

Teitgen’den sonra 8 Eylül 1949 tarihinde bu kez İtalya adına Benvenuti bir konuşma yapmış ve totaliter rejimlerde yaşamış/yaşayan vatandaşlar için böyle bir düzenlemenin neden önemli olduğunu vurgulamıştır.

“(...) Kanaatimce, özellikle dikkat gerektiren veçhelerden biri totaliter rejimleri deneyimleyen ülkelerin vatandaşlarıdır. Bu durumda, İnsan Hakları Sözleşmesi’ni uygulayan ülkelerin yasama erkleri bakımından suistimalin ve sınırlandırma ihlallerinin önüne geçilmesi her şeyden önce gereklilik arz etmektedir.

²² 18. maddenin hazırlık çalışmaları: [https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTTravaux-ART18-CDH\(75\)11-BIL1338905.pdf](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTTravaux-ART18-CDH(75)11-BIL1338905.pdf).

Kanaatimce, bugün korkmamız gereken totalitarizmin şiddet yoluyla iktidara gelmesi değil, totalitarizmin sözde/görünüşte meşru yollarla kendini iktidara getirmesidir. Deneyimlerimiz göstermiştir ki; bir ülkede yıldırma ve terör atmosferinin yaratılması, ülkede totaliter bir rejimi oluşturan bütün yürütme faaliyetlerinin hukuki bir karakter, hukuki bir görünüm edinmesi için yapılan tek bir seçim kampanyası ile mümkündür. Başımıza gelen tam olarak budur. Örneğin, İtalyan Anayasası hiçbir zaman yürürlükten kaldırılmamış, bütün anayasal ilkeler teoride sürdürülmüş, ancak yanlış yönlendirilmiş bir seçim kampanyasıyla seçilen Meclisler tarafından kabul edilen özel kanunlar aracılığıyla anayasa azar azar özünden, özellikle de özgürlüğe ilişkin özünden soyulmuştur.

...

İnsan haklarını ve en önemlisi özgürlük haklarını ihlal eden her devletin her zaman bir mazereti olacaktır; ahlak, düzen, kamu güvenliği ve hepsinden önemlisi, bir demokrasi olmayan totaliter devletlerin açıkça uygun şekilde koruyamadığı, ancak yalnızca ‘gerçek demokrasilerin’ koruyabildiği demokratik haklar. Bu, son yirmi yıldır alışageldiğimiz bir kelime dağarcığıdır.

...

Tartıştığımız sorun, Konseyimizin üyesi olmaya aday belirli ülkeleri özellikle ilgilendirmektedir. Bu ülkeler demokratik olmak ve demokratik kalmak zorundadır. Bu konuda isteyebileceğimiz asgari güvence, vatandaşlara tanınan temel hak ve özgürlüklerin, yasama erkinin keyfi kararlarına ya da parlamenter bir çoğunluğa karşı radikal ve kesin bir biçimde savunulmasıdır ...”

Madde metni üzerinde 1950 yılının Şubat ve Mart aylarında bazı değişiklikler yapıldıktan sonra, ilgili düzenleme ilk kez 1950 yılının Haziran ayında yerini almıştır. 3 Kasım 1950 tarihinde yapılan son düzeltmelerden sonra, 4 Kasım 1950 tarihinde Roma’da Sözleşme bugünkü haliyle kabul edilmiş ve imzaya açılmıştır.²³

İHAM, demokrasiyi Sözleşme ile bağdaşan tek siyasi rejim olarak kabul etmiş ve kimsenin Sözleşme’de yer verilen düzenlemeleri demokratik toplum ideallerini ve değerlerini zayıflatmak ya da yok etmek amacıyla kullanamayacağını vurgulamıştır.

²³ Ayrıca bkz. Ed Bates, **The Evolution of the European Convention on Human Rights**, s. 44-76 ve 359-387.

²⁴ Sözleşme’de yer verilen hak ve özgürlüklerinin yalnızca Sözleşme’de değil, uygulamada da var olabilmesi ve kullanılabilmesi ile insan haklarına dayanan, hukukun üstünlüğünün kabul edildiği demokratik devletler arasında açık ve yakın bir bağ bulunmaktadır.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin başlangıç bölümünde bu ilkelere yer verilmiştir. Sözleşme’de İHEB’e de atıfla, bu Sözleşme’yi imzalayarak, aynı inancı taşıyan ve siyasal gelenekler, idealler, özgürlüklere saygı ve hukukun üstünlüğü konularında ortak bir mirası paylaşan Avrupa devletlerinin *“dünyada barış ve adaletin asıl temelini oluşturan ve korunması öncelikle, bir yandan gerçekten demokratik bir siyasal rejime, diğer yandan da insan hakları konusunda ortak bir anlayış ve ortaklaşa saygı esasına bağlı olan bu temel özgürlüklere derin bağlılıklarını”* ifade ettikleri belirtilmiştir.

Mahkeme, *Türkiye Birleşik Komünist Partisi v. Türkiye* davasında Sözleşme ve demokrasi arasındaki ilişkiyi ortaya koymuştur: ²⁵

“Hiç kuşkusuz demokrasi, "Avrupa kamu düzeninin" temel bir unsurudur. Bu, ilk önce, Sözleşme’nin, insan hakları ve temel özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesinin, bir yandan gerçekten etkili bir siyasal demokratik rejime ve diğer yandan ortak bir insan hakları kavramına ve insan haklarına ortak bir saygıya dayandığını bildirerek sözleşme ile demokrasi arasında çok açık bir bağlantı kuran başlangıç metninden çıkmaktadır. Sözleşme’nin başlangıç bölümünde, Avrupa devletlerinin özgürlüklere ve hukukun üstünlüğüne saygı ideali ve siyasal geleneği ortak varlığına (ortak mirasına) sahip olduklarını belirtmektedir. Başlangıç bölümünde, birçok kez Sözleşme’nin demokratik bir toplumun ideallerini ve değerlerini korumak ve geliştirmek amacıyla hazırlandığı belirtilmektedir.

Ayrıca Sözleşme’nin 8., 9., 10. ve 11. maddelerinde öngörülen hakların kullanılmasına yönelik müdahaleler, "demokratik bir toplumda gerekli" olma ölçütü ışığında bir değerlendirmeye tabi olmaktadır. Bu haklardan birine

²⁴ Refah Partisi ve Diğerleri v. Türkiye, Başvuru no. 41340/98, Karar tarihi: 31.07.2001, para. 43-47; Refah Partisi ve Diğerleri v. Türkiye, Büyük Daire, Başvuru no. 41340/98, Karar tarihi: 13.02.2003, para. 99.

²⁵ Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri v. Türkiye, Büyük Daire, Başvuru no. 19392/92, Karar tarihi: 30.01.1998, para. 45.

müdahaleyi haklı kılacak tek zorunluluk "demokratik toplum"dan kaynaklanan zorunluluktur. Demokrasi, Sözleşme tarafından tasarlanan yegâne politik modeldir ve Sözleşme'ye bağdaşan tek politik modeldir."

Görüldüğü üzere, özel hayata saygı ve aile hayatına saygı hakkı, din ve vicdan özgürlüğü, ifade özgürlüğü, toplantı ve gösteri özgürlüğünün düzenlendiği Sözleşme'nin 8-11. maddelerine getirilecek sınırlandırmaların, demokratik toplumda gerekli olması gerekmektedir. İHAM, demokratik toplumu tanımlarken üç kavramdan bahsetmektedir: Çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik.²⁶ Siyasi partiler, demokrasinin işleyişinde ve çoğulculuğun sağlanmasında hayati bir role sahiptir. Çoğulculuk olmadan demokrasiden söz edilemez. Bu nedenle Mahkeme her fırsatta çoğulculuğun öneminden söz etmektedir.

Yüz yıllardır tartışılan²⁷ hukukun üstünlüğü ilkesi ile demokrasi arasında çok sıkı bir bağ bulunmaktadır. Venedik Komisyonu, 2011 yılında kabul ettiği bir raporla, bir devlette hukukun üstünlüğü ilkesinin benimsenip benimsenmediğini anlamak amacıyla bir liste hazırlamış ve hukukun üstünlüğü ilkesinin unsurlarını belirlemiştir:²⁸ 1) Yasallık, 2) Hukuki güvenlik/belirlilik, 3) Keyfilik yasağı, 4) Tarafsız ve bağımsız bir mahkeme önünde adalete erişim, 5) İnsan haklarına saygı ve son olarak 6) Yasa önünde eşitlik ve ayrımcılığa uğramamak. Bu liste 2016 yılında gözden geçirilmiş ve Venedik Komisyonu da demokrasi, insan hakları ve hukukun üstünlüğünün iç içe geçtiğini belirleterek, insan haklarının korunması için hukukun üstünlüğünün güçlü bir şekilde korunmasının hayati olduğunu vurgulamıştır.²⁹

Mahkeme de kararlarında hukukun üstünlüğü ilkesinin demokratik toplumun temel ilkelerinden biri olduğunu söylemiş ve bu unsurları benimsemiştir. Hukukun üstünlüğü ilkesiyle Mahkeme, idealize ettiği hukuk sisteminin ne şekilde yapılması

²⁶ Pek çok karar arasından, Handyside v. Birleşik Krallık, Başvuru no. 5493/1972, Karar tarihi: 07.12.1976; Castells v. İspanya, Başvuru no. 11798/85, Karar tarihi: 23.04.1992, para. 42; Incal v. Türkiye, Başvuru no. 22678/93, Karar tarihi: 09.06.1998, para. 46.

²⁷ David Kosar ve Katarina Sipulova, "The Strasbourg Court Meets Abusive Constitutionalism: Baka v. Hungary and the Rule of Law", **Hague Journal on the Rule of Law**, April 2018, Volume 10, Issue 1, 83–110.; Berke Özenç, **Hukuk Devleti - Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2014; Erkan Duymaz, "Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Hukukun Üstünlüğü İlkesi", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: XV, S: 2, 2018, 354- 396.

²⁸ Venice Commission, Report on Rule of Law, 25-26 Mart 2011, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2011\)003rev-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)003rev-e).

²⁹ Venice Commission, Rule of Law Checklist, 11-12 Mart 2016, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)007-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)007-e).

ve işlemesi gerektiğini de göstermiştir: Bu sistem, ilk olarak, erkler ayrılığının, yargı bağımsızlığının ve yargının iyi işleyişinin sağlandığı ve maddi hukukun güvenli ve tutarlı olduğu bir sistemdir ve bu güven duygusu Mahkeme'ye göre hukuk devletinin temel bir unsuru olarak hukuk sisteminin meşruiyetini sağlayacaktır. ³⁰

Erkler ayrılığı, yargı bağımsızlığı ve hukukun üstünlüğü ilkesine olan güven ortadan kalktığında, belirsizlik, öngörülemezlik doğacak ve bu da hukuken kaos ortamının oluşmasına neden olacaktır. ³¹

Ancak geçmiş tecrübelerimiz, özellikle totalitarizme giden yolun uzun bir yol olduğu düşünüldüğünde, hangi eylemlerin insan haklarını ve demokrasiyi tahrip etmeyi amaçladığına karar vermenin oldukça zor olduğunu ve zaman aldığını göstermektedir. ³² İHAM da bu tecrübeler sebebiyle, siyasi partiler şeklinde örgütlenen totaliter hareketlerin, demokratik rejim içinde güçlendikten sonra demokrasiden kurtulmak isteyebileceklerinin ihtimal dâhilinde olduğunu düşünmektedir. ³³

Devletlerin, Sözleşme ile tanınan güvenceleri etkisiz kılacak bir yorum veya yasal/anayasal bir düzenleme yapmaları durumunda ilgili güvencelerin içi boşaltılmakta ve Sözleşme'nin amacıyla uyuşmayan sınırlandırmalara tabi tutulmaktadır. ³⁴ Tam bu noktada hukukun üstünlüğü ilkesi devreye girerek, devletlerin güçlerini kötüye kullanmalarının sınırlandırılmasını sağlamaktadır. ³⁵ Bu güvenceleri etkili bir şekilde koruyup kollayacak olan birincil yer mahkemeler olduğu için, demokratik toplum ve hukukun üstünlüğü ilkeleri Mahkeme'nin gözünde demokratik bir rejimin kuruluşunda ve korunmasında belirleyici bir rol oynamakta ve totaliter rejimlerin tekrar inşası tehlikesine karşı devletlerin aldığı tedbirlerin Sözleşme'ye uygunluğunun tartışmalı olduğu durumlarda Mahkeme bu ilkeleri adeta bir süzgeç gibi kullanmaktadır. ³⁶

³⁰ Erkan Duymaz, **op.cit.**, s. 361.

³¹ Merabishvili v. Gürcistan, Büyük Daire, hâkim Serghides'in onaylayıcı şerhi, para. 15.

³² Antoine Buyse, "Contested Countours ...", s. 204.

³³ Refah Partisi V. Türkiye, Büyük Daire, para. 100.

³⁴ Erkan Duymaz, **op.cit.**, s. 368.

³⁵ Jernej Letnar Čerňič, "The European Court of Human Rights, Rule of Law and Socio-Economic Rights in Times of Crises, **Hague Journal on the Rule of Law**, October 2016, Volume 8, Issue 2, 227–247.

³⁶ Erkan Duymaz, **op.cit.**, s. 386.

“Avrupa Anayasası”³⁷ olarak kabul edilen Sözleşme’deki hak ve özgürlüklerin etkili bir şekilde kullanılmasını sağlayan İHAM, insan haklarının, hukukun üstünlüğü ilkesinin ve demokrasinin korunup geliştirilmesini güvence altına alan içtihatlarıyla sadece 800 milyondan fazla insanın yaşadığı 47 Avrupa Konseyi üyesi devleti değil, bütün Dünya’yı etkileyen bir mahkemeye dönüşmüştür.³⁸ Mahkeme, bir anlamda kendi başarısının kurbanı olarak kapasitesinin çok üstünde ve giderek artan sayıda başvuru almaya başlamıştır. Bu başvurular ağırlıklı olarak demokrasiye yeni geçen devletlerden gelmiş, ilk zamanlar hem Mahkeme’nin içtihadının zenginleşmesine yarayan hem de devletlerin demokratik ve yargısal sistemlerinin şekillenmesine sebep olan bu başvurularda verilen ihlal kararları, 2000’lerin başından bu yana otoriter eğilimler sergileyen Rusya, Ukrayna, Azerbaycan, Macaristan, Polonya, Türkiye ve diğer bazı devletler tarafından çeşitli sebeplerle yerine getirilemeyince krize yol açmıştır.³⁹

Bu ülkelerin ulusal hukuklarındaki yasal düzenlemeler Avrupa Konseyi ve diğer uluslararası standartlarla uyumlu olsa da, bu düzenlemeler özellikle Sözleşme’nin 5. maddesinde düzenlenen özgürlük ve güvenlik hakkı söz konusu olduğunda yürütme ve yargı tarafından uygulanmamaktadır.⁴⁰ İnsan kaçakçılığı, yolsuzluk, ırkçılık, ayrımcılık gibi Avrupa’da yaşanan ağır insan hakları ihlallerine ilişkin Avrupa Konseyi organları tarafından hazırlanan raporlar doğrultusunda, Avrupa’da insan haklarının, demokrasinin ve hukukun üstünlüğü ilkesinin durumunu analiz eden Avrupa Konseyi Genel Sekreteri Jagland, Avrupa’nın Soğuk Savaş döneminden bu yana yaşadığı en büyük ve ciddi krizi yaşadığını söylemiştir.⁴¹

³⁷ Pekçok karar arasından bkz. Loizidou v. Türkiye, Büyük Daire, Başvuru no. 15318/89, Karar tarihi: 23.03.1995, para. 75 ve Al-Dulimi ve Montana Management Inc. v. İsviçre, Büyük Daire, Başvuru no. 5809/08, Karar tarihi: 21.06.2016, para. 145.

³⁸ Merabishvili v. Gürcistan, Büyük Daire, Başvuru no. 72508/13, Karar tarihi: 28.11.2017, hâkim Serghides’in onaylayıcı şerhi, para. 40.

³⁹ Basak Çalı, “Coping with Crisis: Whither the Variable Geometry in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, **Wisconsin International Law Journal**, 35, 2018, 237-276, s. 251; Floris Tan, “The Dawn of Article 18 ECHR: A Safeguard Against European Rule of Law Backsliding?”, **Goettingen Journal of International Law**, (1868-1581)) 9, 109-141, s. 113; Laurent Pech ve Kim Lane Scheppele, “Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU”, **Cambridge Yearbook of European Legal Studies**, 2017, 19, 3-47; Wojciech Sadurski, “How the Democracy Dies (in Poland) : A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding”, **Revista Forumul Judecatoritor**, 2018, 104-178; Aziz Huq ve Tom Ginsburg, “How to Lose a Constitutional Democracy”, **UCLA Law Review**, 2018, 78, 80-169; Merabishvili v. Gürcistan, Büyük Daire, hâkimler Yudkivska, Tsotsoria ve Vehabović’in onaylayıcı şerhi, para. 8.

⁴⁰ Merabishvili v. Gürcistan, Büyük Daire, hâkimler Yudkivska, Tsotsoria ve Vehabović’in onaylayıcı şerhi, para. 8.

⁴¹ Secretary General Thorbjørn Jagland: “Europe in biggest human rights crisis since Cold War”, 16 Nisan 2014, <https://www.coe.int/en/web/secretary-general/news-2014/>

Bu ciddi ve eşi görölmemiş kriz, iki yönlüdür: Ekonomik ve siyasi. Sözleşme’de korunan değerlere saygı göstermeyen, İHAM kararlarını yerine getirmeye direnen ve vatandaşlarını (ve aynı zamanda Mahkeme ve Avrupa Konseyi’ni) Konsey üyeliğinden çıkmakla tehdit eden ve bunu seçim vaadi olarak kampanyalarında kullanan devletler, Avrupa Konseyi’ne ödemeleri gereken katkı payını ödemeyerek Mahkeme’nin ve Konsey’in çalışmasını da imkânsız hale getirmektedir.

Ancak siyasi kriz, ekonomik krizden daha derindir. İHAM Başkanı Raimondi, Mahkeme’nin 2019 yılı açılış töreninde yaptığı konuşmada Avrupa’da çoğulcu demokrasiyi tehlikeye atan radikal söylemlerde bulunan liderleri işaret ederek, adalet sistemini, basını ve muhalefeti “halk düşmanı” olarak gören bu liderlerin muhalefeti, basın kuruluşlarını, bağımsız olması gereken yargıyı kontrol altına alarak fren ve denge mekanizmalarını zayıflattıklarını ya da dahası, yok ettiklerini, bunun da insan haklarının korunduğu, hukukun üstünlüğünün benimsendiği bir demokrasinin varlığını tehlikeye attığını belirtmiştir.⁴² Önceki dönem Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserliği yapan Nils Muiznieks, başta siyasetçiler, gazeteciler, akademisyenler, sivil toplum kuruluşları, insan hakları savunucuları olmak üzere muhalif kişilerin “yargı tacizi” altında olduğunu tespit etmiştir.⁴³

Mahkeme, bu değişime ilk elden tanıklık etmektedir. Zira Avrupa Konseyi üyesi devletlerde giderek artan muhalefet partisi liderlerini, gazetecileri, insan hakları savunucularını, sivil toplum aktivistlerini ve avukatları tutuklama eğilimi, Mahkeme’nin önüne başvuru olarak gelmektedir. Bu başvurularda başvurusular, genellikle muhalif olmaları, insan hakları alanında çalışmaları ve mesleki faaliyetleri nedeniyle siyasi sebeplerle, susturulmak ve cezalandırılmak amacıyla tutuklandıklarını iddia etmektedir. Bunu yaparken de özgürlük ve güvenlik hakkını düzenleyen Sözleşme’nin 5. maddesiyle birlikte Sözleşme’de güvence altına alınan

[/asset_publisher/EYIBJNjXtA5U/content/selon-le-secretaire-general-thorbj-rn-jagland-les-droits-de-l-homme-en-europe-connaissent-une-crise-sans-precedent-depuis-la-guerre-froide.](#)

⁴² Guido Raimondi, “Solemn hearing for the opening of the judicial year of the European Court of Human Rights: Opening speech by President Guido Raimondi”, 25 Ocak 2019, https://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20190125_Raimondi_JY_ENG.pdf, s. 5.

⁴³ Commissioner for Human Rights Nils Muiznieks, Memorandum on freedom of expression and media freedom in Turkey, CommDH(2017)5, 15 Şubat 2017, <https://rm.coe.int/memorandum-on-freedom-of-expression-and-media-freedom-in-turkey/16806f1ae2>, para. 65.

hak ve özgürlüklerin Sözleşme’de öngörülen amaçlar dışında sınırlandırılmayacağını düzenleyen Sözleşme’nin 18. maddesini ileri sürmektedirler.

Bu davalar genellikle, siyasi davalardır. Siyasi davaların tek bir tanımı ya da tipolojisi bulunmamaktadır. Bazı yazarlar “bir davanın siyasi olup olmadığını onu görünce anlayacağımızı” söylese de, elbette siyasi mücadele yürüten kişilere karşı başlatılan her dava siyasi dava değildir. ⁴⁴ Ancak “siyaseten düşman” olarak kabul edilen kişilere karşı siyasi sebeplerle, sembolik, ahlaki ya da fiziksel olarak zarar vermek ya da onları yok etmek amacıyla yasal yolların kullanılması bu kapsamda görülebilir. ⁴⁵

Burada Mahkeme’ye düşen tarafsızlığını yitirmeden demokrasinin, insan haklarının ve hukukun üstünlüğü ilkesinin korunması amacıyla bu davaları incelemenin uygun bir yolunu bulmaktır, bu da Sözleşme’nin 18. maddesi altında yapılacak bir incelemeyle mümkündür. ⁴⁶ Mahkeme, İkinci Dünya Savaşı’ndan bu yana 21. yüzyılda dönüşüm geçiren demokrasinin ve Sözleşme’de düzenlenen hak ve özgürlüklerin “yeni düşmanları”na karşı ⁴⁷ bu görevini Sözleşme’nin 18. maddesini kullanarak yerine getirebilecektir.

Raimondi’ye göre, çoğulcu demokrasinin varlığı ve etkili bir şekilde işleyişi için hayati öneme sahip olan 18. maddenin toplamda 12 kez ⁴⁸ ihlal edildiğine karar veren Mahkeme’nin bu ihlal kararlarından beşini sadece 2018 yılı içerisinde almış olması, demokrasi ve hukukun üstünlüğü ilkesindeki geriye gidişin en açık göstergesidir. ⁴⁹

Mahkeme’ye her geçen gün 18. maddenin ihlali iddiasıyla daha fazla başvuru yapılmaktadır. İHAM, 30 Mayıs 2017 tarihinde yayımladığı açıklama ile 22 Mayıs 2017 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 2009 yılından bu yana uyguladığı “öncelik politikası”nı değiştirdiğini, buna göre, kamu yararını ve Sözleşme’nin etkili

⁴⁴ Merabishvili v. Gürcistan, Büyük Daire, hâkimler Yudkivska, Tsotsoria ve Vehabović’in onaylayıcı şerhi, para. 3-4.

⁴⁵ Merabishvili v. Gürcistan, Büyük Daire, hâkimler Yudkivska, Tsotsoria ve Vehabović’in onaylayıcı şerhi, para. 4. Ayrıca bkz. Hannah Arendt, **Totalitarizmin Kaynakları – III: Totalitarizm**, Çev: İsmail Serin, İletişim Yayınları, 3. Baskı, 2018.

⁴⁶ Merabishvili v. Gürcistan, Büyük Daire, hâkimler Yudkivska, Tsotsoria ve Vehabović’in onaylayıcı şerhi, para. 4. ve 36.

⁴⁷ Javier Garcia Roca, **op.cit.**, s. 512.

⁴⁸ Haziran 2019 itibarıyla Sözleşme’nin 18. maddesiyle ilgili 13 ihlal kararı bulunmaktadır. Söz konusu ihlallerin taraf devletlere dağılımını gösteren tablo için bkz. EK-1.

⁴⁹ Guido Raimondi, **op.cit.**, s. 5-6. Haziran 2019 itibarıyla 18. maddeye ilişkin ihlal kararlarının yıllara göre dağılımını gösteren tablo için bkz. EK-2.

şekilde uygulanmasını sağlamak amacıyla iç hukukta ve Avrupa hukukunda önemli sonuçlar doğurabilecek ve Mahkeme tarafından henüz incelenmemiş başvuruların yanı sıra artık Sözleşme’de düzenlenen bir hakkın ya da özgürlüğün kullanımı sebebiyle özgürlüğünden mahrum bırakılan kişilerin tutukluluk başvurularının da öncelikli olarak inceleneceğini duyurmuştur.⁵⁰

Bu değişikliğin ardından Mahkeme, pek çok başvuruya öncelik vererek başvuruları ilgili Hükümet’e bildirmeye başlamıştır. İHAM tarafından yayımlanan 2018 yılı istatistiklerine göre, 31 Aralık 2018 itibarıyla Mahkeme’nin öncelikli incelenmesine karar verdiği başvuru sayısı 2017 yılına kıyasla %45 oranında artarak 6.652’ye; bu başvurular arasından Hükümet’e bildirilen başvuruların sayısı ise 2017’ye oranla %12 artarak 2.871’e yükselmiştir. Mahkeme bu artışı, Rusya, Azerbaycan, Romanya, Macaristan ve Türkiye gibi ülkelerden gelen keyfi gözaltı ve tutuklama başvurularına bağlamaktadır.⁵¹

Bu başvurular arasında 18. maddenin ihlal edildiğine ilişkin başvuruların önemli bir yeri bulunmaktadır. Mahkeme’nin karar arama sitesi HUDOC’tan takip edebildiğimiz kadarıyla Mahkeme, Sözleşme’nin 18. maddesini özgürlük ve güvenlik hakkı, adil yargılanma hakkı, ifade özgürlüğü, toplantı gösteri özgürlüğü, dernek kurma özgürlüğü, mülkiyet hakkı ve seyahat özgürlüğü ile bağlantılı olarak ihlal ettikleri iddiasıyla Rusya, Ukrayna, Azerbaycan, Macaristan, Polonya, Ermenistan, Gürcistan, Moldova’ya karşı yapılan çok sayıda başvuruyu ilgili hükümetlere bildirmiştir.

18. maddenin özgürlük ve güvenlik hakkı ve ifade özgürlüğü ile bağlantılı olarak ihlal edildiği şikâyetiyle İHAM’a başvuranlar arasında Türkiye’den de çok sayıda kişi bulunmaktadır. Mahkeme, öncelik politikasında değişiklik yaptığını duyurduktan bir hafta sonra tutuklu milletvekillerinin ve gazetecilerin davalarını öncelikli inceleme kararı olarak 8 Haziran 2017 tarihinde başvuruların yapıldığı dönemde tutuklu olan Cumhuriyet Gazetesi yazar ve yöneticilerinin başvurusunda, 13 Haziran 2017 tarihinde gazeteciler Ahmet Altan, Mehmet Altan, Nazlı Ilıcak, Şahin Alpay, Ali Bulaç, Atilla Taş ve Murat Aksoy’un başvurusunda, 29 Haziran 2017 tarihinde ise aralarında Selahattin Demirtaş ve Figen Yüksekdağ’ın da olduğu tutuklu Halkların

⁵⁰ The Court’s Priority Policy, 30 Mayıs 2017, http://www.echr.coe.int/Documents/Priority_policy_ENG.pdf.

⁵¹ ECHR, Analysis of Statistics 2018, Ocak 2019, https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2018_ENG.pdf, s. 5.

Demokratik Partisi (HDP) milletvekillerinin başvurusunda Hükümet'ten savunma istemiştir.⁵²

Türkiye Hükümeti'ne bildirilen başvuru sayısı her geçen gün artarken, Mahkeme de 2018 yılında bu konuda Türkiye'ye karşı ilk kez karar vermiştir. 2018 yılının Mart ayında gazeteciler Mehmet Altan ile Şahin Alpay'ın başvurusunda 18. madde şikâyetinin ayrıca incelenmesine gerek olmadığına karar veren İHAM, Kasım ayına geldiğinde dönemin HDP eş genel başkanı olan siyasetçi Selahattin Demirtaş'ın davasında, Türkiye'ye karşı, ilk kez Sözleşme'nin 18. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Böylece 18. maddeyi ihlal eden devletler arasına Türkiye de girmiştir. Gazetecilerin ve insan hakları savunucularının davalarında da yakın dönemde benzer bir karar çıkması beklenmektedir.

Türkiye'de özellikle siyasi sebeplerle, keyfi ve gerekçesiz bir şekilde tutuklandığını iddia eden kişiler için Anayasa Mahkemesi'ne ve İHAM'a yapacakları bireysel başvurularda 18. madde, kişilerin serbest kalmasını, yeniden yargılanmalarını ve tutuklanmaları nedeniyle yaşadıkları diğer olumsuz sonuçların tamamen ortadan kaldırılmasını sağlayabileceğinden hayati bir rol oynayabilecektir.

İhlal bulunması halinde bağlayıcı olan İHAM kararının sonuçlarının ortadan kaldırılması amacıyla taraf devletlerden almaları istenilen bireysel ve genel önlemlerin neler olacağı ve ilgili devletin bu kararı yerine getirip getirmeyeceği sorusu sadece Türkiye'de değil, bütün Avrupa insan hakları sisteminde tartışılmaktadır ve Avrupa Konseyi sistemini değiştirecek gelişmelere gebe dir. Bu nedenle, hem İHAM hem de İHAM kararlarının yerine getirilip getirilmediğini denetleyen Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi kararlarıyla her geçen gün belirlenen, geliştirilen ve yenilenen 18. madde içtihadı ve 18. madde kararlarının olası etkileri ve sonuçları bu çalışmanın konusu haline getirilmiştir.

⁵² İHAM, 8 Haziran 2017 tarihinde Tutuklu Cumhuriyet Gazetesi yazarlarının Sabuncu ve Diğerleri, Başvuru no. 23199/17 başvurusunda, 13 Haziran 2017 tarihinde Atilla Taş ve Murat Aksoy'un başvurusunda (Başvuru no. 72/17 ve 80/17), Nazlı Ilıcak'ın başvurusunda (Başvuru no. 1210/17), Ahmet Altan ve Mehmet Altan'ın başvurusunda (Başvuru no. 13237/17 ve 13252/17), Şahin Alpay'ın başvurusunda (Başvuru no. 16538/17), Ali Bulaç'ın başvurusunda (Başvuru no. 25939/17), 29 Haziran 2017 tarihinde başvurunun yapıldığı dönemde tutuklu yargılanan 11 HDP milletvekilinin başvurusunda (Başvuru no. 14305/17), 3 Temmuz 2017 tarihinde Ahmet Şık'ın başvurusunda (Başvuru no. 36493/17) ve Deniz Yücel'in başvurusunda (Başvuru no. 27684/17), Tunca Öğreten ve Mahir Kanaat'ın başvurularında (Başvuru no. 42201/17 42212/17) Hükümet'ten savunma istemiştir. Mahkeme daha sonra Abdullah Kılıç'ın (Başvuru no. 43979/17); Osman Kavala'nın (Başvuru no. 28749/18); Taner Kılıç'ın (Başvuru no. 208/18) ve İdris Sayılğan'ın (Başvuru no. 53887/18) başvurularını da Hükümet'e bildirmiştir. Nazlı Ilıcak ve Ali Bulaç'ın başvuruları hariç, diğer başvuruların hepsinde Sözleşme'nin 18. maddesinin 5. maddeyle bağlantılı olarak ihlal edildiği şikâyeti bulunmaktadır.

Şimdiye kadar Mahkeme, yalnızca 13 başvuruda Sözleşme'nin 18. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Bu kararların tamamında 18. maddenin, özgürlük ve güvenlik hakkıyla bağlantılı olarak ihlal edildiğine karar verilmiştir. Özgürlük ve güvenlik hakkıyla birlikte, özel hayata saygı hakkı ile toplantı ve gösteri özgürlüğüyle bağlantılı olarak 18. maddenin ihlal edildiğine karar verilen birer başvuru bulunmaktadır. Bu ihlal kararlarına ve mülkiyet hakkından seyahat özgürlüğüne kadar Sözleşme'de yer alan diğer hak ve özgürlüklerle bağlantılı olarak 18. maddenin ihlal edildiği iddiasına ilişkin Hükümet'e bildirilen başvurulara da yer verilmiş olmakla birlikte, çalışmanın temelinde, içtihat bu yönde oluştuğu için 18. madde ile özgürlük ve güvenlik hakkı bulunmaktadır.

18. madde ihlallerinin daha iyi anlaşılması açısından, öncelikle, bu maddenin Sözleşme'ye eklenme amacı, kapsamı ve sınırları anlatılacak ve daha sonra, 18. maddenin uygulanabilirliği Türkiye'nin tarafı olduğu İHAM kararları ve yine Türkiye'nin kurucu üyelerinden olduğu Avrupa Konseyi organlarının kararları çerçevesinde yorumlanacaktır. Yorumlanması ve uygulanması henüz çok yeni ve sürekli gelişen bir konu olduğu için, Sözleşme'de güvence altına alınan diğer hak ve özgürlüklerin aksine henüz yerleşik bir içtihattan söz etmek mümkün değildir. Mahkeme tarafından Büyük Daire kararlarıyla 18. madde içtihadı derlenmeye ve bazı ilkeler belirlenmeye çalışılmışsa da, Mahkeme hâkimleri arasında bile yeknesak bir yaklaşım bulunmamaktadır.

Benzer bir durum, akademik çalışmalar için de geçerlidir. 18. maddenin Mahkeme tarafından sıklıkla kullanılmaya başlanması son birkaç yıla dayandığı için, bu konuyla ilgili yazılmış herhangi bir yüksek lisans ya da doktora tezine rastlanmamıştır. Yayımlanmış makale sayısı da oldukça azdır. Türkçe kaynak ise yok denecek kadar azdır. Bu eksiklikler, bu konuda bir yüksek lisans tezi yazmak istememizde önemli bir rol oynamıştır.

Mahkeme'nin yerleşik içtihadının olmaması ve akademik olarak çalışılmamış bir konu olması, 18. maddenin konu edildiği İHAM kararlarının bir sistem içerisinde değerlendirilmesini ve yorumlanmasını zorlaştırmış, fakat, bazı tartışmaların yürütülmesinde çalışmaya özgünlük katmıştır.

Türkiye Anayasası'nın başlangıç metni, “insan haklarına dayanan devlet” anlayışı, “temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması” başlıklı 13. maddesi ve “temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmaması” başlıklı 14. maddesi, tıpkı Sözleşme'nin 18.

maddesi gibi, Anayasa’da düzenlenen hak ve özgürlüklerin, Anayasa’nın sözüne ve ruhuna aykırı olacak şekilde Anayasa’da yer verilen sınırlandırma sebeplerinden farklı bir amaçla sınırlandırılmasını yasaklamaktadır. 12 Eylül 2010 tarihinde yapılan halkoylamasıyla kabul edilen Anayasa değişikliğiyle birlikte, 23 Eylül 2012 tarihinden itibaren Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruda bulunma imkânı getirilmiştir. Bu yol, İHAM’a başvuru yapılmadan önce tüketilmesi gereken bir yoldur. Bu nedenle, İHAM’a Sözleşme’de yer alan bir hak ve özgürlükle bağlantılı olarak 18. madde altında bir başvuru yapılmadan önce bu şikâyetin Anayasa Mahkemesi önünde de ileri sürülmüş olması gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi’ne bu konuda başvurular yapılmış ancak Anayasa Mahkemesi bu şikâyetleri henüz incelememiştir. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi’nin Sözleşme’nin 18. maddesi (Anayasa’nın 13. ve 14. maddeleri) ile ilgili yaklaşımına dair ayrı bir bölüm açılmamıştır. Ancak çalışmamızın birinci bölümünde, 18. maddenin Anayasa Mahkemesi tarafından uygulanabilirliğine dair bir alt başlık bulunmaktadır.

Bu çalışmada, hukukun üstünlüğü ilkesinin ve demokrasinin zayıflatıldığı ülkelerde siyasi sebeplerle verilen tutuklama kararlarının Sözleşme’nin 18. maddesiyle bağlantılı olarak İHAM tarafından nasıl yorumlanıp uygulandığı ve ihlal bulunması halinde, bu ihlal kararının etkilerinin ve sonuçlarının ne olacağı sorusuna yanıt aranacaktır.

Çalışmanın ilk bölümünde Sözleşme’nin 18. maddesinin kapsamı ve uygulanabilirliği İHAM kararları çerçevesinde yorumlanacak, Anayasa Mahkemesi’nin Sözleşme’nin 18. maddesine karşılık gelen Anayasa’nın 13. ve 14. maddeleri bağlamında yapılan başvurulara yaklaşımına değinilecektir. İkinci ve son bölüm ise, İHAM’ın verdiği 18. madde ihlali kararlarının sonuçlarının ortadan kaldırılması için alınabilecek bireysel ve genel önlemleri, bu ihlal kararlarının olası etki ve sonuçları ve 18. madde ihlali kararının yerine getirilmemesi halinde Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin ve İHAM’ın elindeki imkânlar değerlendirilecektir.

I. İNSAN HAKLARI AVRUPA KOMİSYONU VE MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA İNSAN HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİ’NİN 18. MADDESİ

Sözleşme’ye taraf olarak insan haklarının, hukukun üstünlüğü ilkesinin ve demokrasinin gelişimi için ortak bir amaç doğrultusunda “iyi niyetle” hareket edeceklerini taahhüt eden devletler, Sözleşme’de düzenlenen hak ve özgürlükleri meşru bir amaç olmadan ya da başka amaçlarla sınırlandırmaya başladığında bu ortak amaçtan da sapmakta ve güçlerini kötüye kullanarak “kötü niyetle” hareket edebilmektedir.

İkinci Dünya Savaşı öncesi hale geri dönüş riskinin yarattığı korkuyla hazırlanan Sözleşme’ye, herhangi bir kişi, grup ya da devlet demokrasiyi, insan haklarını ve hukukun üstünlüğü ilkesini bir kez daha yok saymasın diye iki madde eklenmiştir: Sözleşme’nin 17. ve 18. maddeleri.

Sözleşme’nin “hakları kötüye kullanma yasağı” başlıklı 17. maddesi “*Bu Sözleşme’deki hiçbir hüküm, bir devlete, topluluğa ya da kişiye, Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların Sözleşme’de öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verdiği biçiminde yorumlanamaz.*” hükmünü içermektedir.

Madde metninden anlaşılaçağı üzere Sözleşme’nin 17. maddesi, yalnızca devletleri değil, bireyleri ve grupları da hedef almaktadır. Mahkeme’nin 17. maddeyi uyguladığı alanları dört başlık altında toplamak mümkündür⁵³ : totaliter/demokratik olmayan siyasi parti ya da derneklerin kapatılması⁵⁴; soykırım, savaş suçu ve insanlığa karşı suçların inkârı⁵⁵; ırkçılık, anti-Semitizm, İslamofobi, homofobi gibi açık nefret söylemleri⁵⁶ ve açık şiddet çağrısı⁵⁷.

Görüldüğü üzere İHAM, şiddeti veya nefreti yaymayı hedefleyen, yasadışı veya demokratik olmayan yöntemlerin kullanıldığı, şiddete başvurmayı özendiren veya demokratik ve çoğulcu siyasal sistemi ortadan kaldırmayı hedefleyen veya ırkçı ya da

⁵³ Antoine Buyse, “Contested Contours ...”, s. 204.

⁵⁴ AİHK, Alman Komünist Partisi v. Almanya, [Kabul Edilemezlik Kararı], Başvuru no. 250/57, Karar tarihi: 20.07.1957.

⁵⁵ Lehideux ve Isorni v. Fransa, Başvuru no. 24662/94, Karar tarihi: 23.09.1998.

⁵⁶ Vejdeland ve Diğerleri v. İsveç, Başvuru no. 1813/07, Karar tarihi: 09.02.2012, karşı oy yazıları.

⁵⁷ Roj TV A/S v. Danimarka, [Kabul Edilemezlik Kararı], Başvuru No: 24683/14, Karar Tarihi: 17.04.2018

başkalarının hak ve özgürlüklerini ortadan kaldırmayı hedefleyen eylemleri 17. madde kapsamında değerlendirmekte ve Sözleşme’de yer alan haklar ve özgürlüklerin yok edilmesine yönelik eylemleri Sözleşme’nin koruması dışında bırakmaktadır.⁵⁸

Hakkın kötüye kullanılmasıyla, hakka getirilen sınırlandırmanın kötüye kullanılması birbirinden farklıdır. Bu sebeple Sözleşme’ye “Haklara getirilecek sınırlandırmaların sınırlanması” başlıklı 18. madde eklenmiştir. Sözleşme’nin 18. maddesi aşağıdaki gibidir:

“18. Madde - Anılan hak ve özgürlüklere bu Sözleşme hükümleri ile izin verilen sınırlandırmalar öngörüldükleri amaç dışında uygulanamaz.”

Bu madde ile taraf devletlerin Sözleşme kapsamında korunan hak ve özgürlükleri, Sözleşme’de öngörülen amaçlardan farklı, gizli ve geniş bir şekilde sınırlandırması yasaklanmıştır. 18. madde, “sınırlandırmanın” kötüye kullanılması şeklinde adlandırılmakta ve hem kişi ya da kişi gruplarına hem de devletlere yönelen “hakkın kötüye kullanılması” başlıklı 17. maddeden farklı olarak sadece devleti muhatap almaktadır. Bu haliyle, taraf devletlere dönük hükmüyle, 17. madde, doğrudan kullanılmaya müsait, pratik bir değer taşımamaktadır.⁵⁹ Bu nedenle Sözleşme’nin 18. maddesi, devletin hakları kötüye kullanmasına karşı güvence işlevi olan 17. maddenin aksine, demokrasi ve hukukun üstünlüğü için büyük bir risk teşkil eden devlet yetkililerine karşı daha gerçek bir koruma sağlamaktadır.⁶⁰

Nitekim, Sözleşme’nin 18. maddesinin Sözleşme’nin “hak ve özgürlükler” başlıklı birinci bölümünün sonunda yer alması tesadüf değildir. Böylece, “insan haklarına saygı yükümlülüğü” başlıklı Sözleşme’nin 1. maddesi de dâhil olmak üzere, Sözleşme’de düzenlenen bütün hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmasına karşı şemsiye işlevi görmektedir. Zira Sözleşme’nin 18. maddesi, 17. maddeyle birlikte, sadece kötüye kullanmayı yasaklamamaktadır, aynı zamanda demokrasi ve hukukun üstünlüğü gibi Sözleşme’nin en temel değerlerinin kötüye kullanılmasına karşı bir güvence teşkil etmektedir.⁶¹

⁵⁸ Ulaş Karan, **İfade Özgürlüğü**, Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 2, Avrupa Konseyi, 2. Baskı, Şubat 2019, s. 36.

⁵⁹ Hannes Cannie ve Dirk Voorhoof, “The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: An Added Value For Democracy and Human Rights Protection?”, **Netherlands Quarterly of Human Rights**, Vol. 29/1, 2011, 54-83, s. 56. Aktaran: Serkan Gülfidan, **op.cit.**, s. 4.

⁶⁰ Floris Tan, **op.cit.**, s. 118.

⁶¹ Merabishvili v. Gürcistan, Büyük Daire, hâkim Serghides’in onaylayıcı şerhi, para. 21

Devletler kanunlara karşı geldiklerinde ve bunu kasıtlı bir şekilde, “gizli bir ajanda”yla kamufle etmeye çalıştıklarında bu sadece ilgili kanunun ihlali olmaz, aynı zamanda hukukun üstünlüğü ilkesi de can evinden vurulmuş olur.⁶² Bu devletlerin genel özellikleri, ceza-adalet sistemini başta muhalefet partisi mensubu siyasetçiler, gazeteciler ve insan hakları savunucuları olmak üzere muhalif kişileri baskı altına almak amacıyla hedef göstererek tutuklamaları, yargı üzerinde güçlü bir kontrol sağlayarak ya da yargının bağımsız bir şekilde hareket etmesini engelleyerek iç hukuk yollarında etkili bir sonuç almalarının önüne geçmeleridir.⁶³

Bu devletler, insan haklarının korunmasını askıya alarak Sözleşme sistemine, çoğulcu demokrasiye ve hukukun üstünlüğü ilkesine de meydan okumaktadırlar ki bu yaklaşım, artık Mahkeme’nin ortaya koyduğu standartlar çerçevesinde “iyi niyet” olarak kabul edilemez.⁶⁴

On yıllardır Sözleşme’deki varlığı bile unutilan ve nadiren kullanılan Sözleşme’nin 18 maddesi, son yıllarda sıklıkla başvurulmuş bir maddeye dönüşmüştür. Bunun nedeni, Sözleşme’nin ve Mahkeme’nin ilk yıllarında “iyi işleyen demokrasiler” olarak kabul edilen devletlerin bir kısmında demokrasinin ve hukukun üstünlüğünün geriye gitmesine bağlı olarak meydana gelen insan hakları ihlallerindeki artışla birlikte Mahkeme’nin eski varlık amacını hatırlamak zorunda kalmasıdır.⁶⁵

İHAM’ın yaşayan bir belge olarak tanımladığı İHAS’ın günümüz koşullarında yorumlanması ve İHAS’ta düzenlenen bir hakkın sadece teoride değil uygulamada da etkili bir koruma sağlaması gerektiğine dair içtihadıyla birlikte okunduğunda, iyi niyetle hareket etmeyen devletlere karşı Sözleşme’nin 18. maddesi, siper görevi görecektir.⁶⁶

Çalışmamızın bu bölümünde, 18. maddenin kapsamı ve Strazburg organları tarafından nasıl uygulandığı incelenecektir. Bu bölümün ilk kısmında Komisyon kararlarından Mahkeme’nin 2004 yılında 18. madde altında verdiği ilk ihlal kararına

⁶² Floris Tan, **op.cit.**, s. 120.

⁶³ Başak Çalı, “Coping with Crisis: Whither the Variable Geometry in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, **Wisconsin International Law Journal**, Vol. 35, No. 2, 2018, 237-276, s. 20. Floris Tan, **op.cit.**, s. 120.

⁶⁴ Başak Çalı, “Coping with Crisis”, s. 20.

⁶⁵ Andreas Follesdal, “Building democracy at the Bar: the European Court of Human Rights as an agent of transitional cosmopolitanism”, **Transnational Legal Theory**, 2016 Vol. 7, No. 1, 95–113, s. 96.

⁶⁶ Merabishvili v. Gürcistan, Büyük Daire, hâkim Serghides’in onaylayıcı şerhi, para. 24; Floris Tan, **op.cit.**, s. 112.

kadar geçen dönem, günümüze kadar verilen kararlar ve Mahkeme'nin ilgili Hükümet'e bildirerek savunma istediği yeni 18. madde başvuruları özetlenecektir.

Daha sonra 18. maddenin kapsamına ve içtihadın gelişimine daha yakından bakılacak, Komisyon döneminden günümüze kadar Mahkeme'nin 18. madde ile ilgili belirlediği ilkeler güncel tartışmalar eşliğinde açıklanacak ve Mahkeme'nin 18. madde ile demokrasinin korunması arasında kurduğu bağ ortaya konulacaktır.

Son kısımda ise, önüne bu konuda çok sayıda başvuru gitmesine rağmen şimdiye kadar sessiz kalıp karar vermemeyi tercih eden Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'nın 13. ve 14. maddelerine karşılık gelen Sözleşme'nin 18. maddesine ilişkin yaklaşımı değerlendirilecektir.

A. İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'nun ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 18. Madde İçtihadının Gelişimi

Sözleşme'nin 18. maddesi, Mahkeme'nin 2004 yılından 2016 yılına kadar aralıklarla, 2016 yılından bu yana ise sıklıkla ihlal bulmaya başladığı bir maddedir. Şimdilik sadece 13 ihlal kararının olduğu 18. maddeden verilen ihlal kararı sayısının, Sözleşme'de güvence altına alınan diğer maddelerden verilenlere göre nispeten azlığı, bu maddenin Mahkeme tarafından nasıl yorumlanıp uygulandığı konusundaki içtihadın da hala netleşmeye muhtaç olduğunu gösteriyor.

Bu nedenle İHAM, 18. madde altında verdiği kararlar ve bu kararlarda belirlediği ilkeler doğrultusunda içtihadın netleşmesi ve gelişmesi amacına odaklanarak iki Büyük Daire kararı vermiştir: *Merabishvili v. Gürcistan* ⁶⁷ ve *Navalnyy v. Rusya* ⁶⁸.

Merabishvili davasında Büyük Daire'nin 18. maddeyle ilgili içtihadı üç başlık altında değerlendirdiği görülmektedir: i) Komisyon kararları ii) Mahkeme'nin 2004 yılından önce verdiği kararlar iii) Mahkeme'nin 2004'ten günümüze kadar verdiği

⁶⁷ Merabishvili v. Gürcistan, Büyük Daire, Başvuru no. 72508/13, Karar tarihi: 28.11.2017.

⁶⁸ Navalnyy v. Rusya, Büyük Daire, Başvuru no. 29580/12, Karar tarihi: 15.11.2018.

kararlar. İctihadın gelişimini göstermede kolaylık sağlayacağı için biz de bu başlıklar altında değerlendirme yapacağız.

1. İnsan Hakları Avrupa Komisyonu’nun Kararları

İnsan Hakları Avrupa Komisyonu, Sözleşme’nin 18. maddesine ilk kez ifade özgürlüğünün ve taraf devletlerin Sözleşme’den doğan yükümlülüklerini “askıya alma”larının Sözleşme’nin 15. maddesine uygunluğunun tartışıldığı başvurularda değinmiş; ⁶⁹ ancak ilk detaylı incelemesini *Kamma v. Hollanda* başvurusunda yapmıştır. ⁷⁰

Gasp ve haraç alma suçlarından tutuklanan, bu suçlamalarla ilgili soruşturma tamamlanmış olmasına rağmen hakkında yürütülen cinayet soruşturmasında ifadesinin alınabilmesi için tutukluluk halinin uzatıldığı iddiasında bulunan başvurunun başvurusunu inceleyen Komisyon, 21 Temmuz 1972 tarihli kararında başvurunun tutukluluğunun Sözleşme’nin 5. maddesinde düzenlenen özgürlük ve güvenlik hakkına aykırı olmadığına, yani Sözleşme’nin 5. maddesinin 1. fıkrasının c bendinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Başvurucuya göre polisler, başvurunun cinayet işlediğini itiraf ettirmek amacıyla bu tutuklamayı araç olarak kullanmaktadır. Şu halde Komisyon’un cevaplama gereken soru, başvurunun, Sözleşme’nin 5. maddesinin 1. fıkrasının c bendinde sayılan amaçlardan farklı olarak, Sözleşme’nin 18. maddesine aykırı bir amaçla tutuklanıp tutuklanmadığıdır. Başvurucunun bütün iddialarını inceleyen Komisyon, Sözleşme’nin 5. maddesiyle bağlantılı olarak 18. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Kamma davasından sonra Komisyon’un 18. maddeyle ilgili detaylı bir inceleme yaptığı ikinci karar, *Engel ve Diğerleri v. Hollanda* kararıdır. Komisyon bu davada, haklarında ceza davası yerine disiplin soruşturması başlatılan başvuru sahiplerinin adil yargılanma hakkının sağladığı güvencelerden yararlanamadıkları iddiasıyla Sözleşme’nin 6. maddesiyle bağlantılı olarak Sözleşme’nin 18. maddesinin ihlal

⁶⁹ Merabishvili v. Gürcistan, Büyük Daire, para. 265.

⁷⁰ Komisyon, *Kamma v. Hollanda*, Başvuru no. 4771/71, Karar tarihi: 14.07.1974, Komisyon raporu: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-95625>.

edildiği şikâyetini incelemiştir. Başvurucunun disiplin soruşturması ile ceza davası arasındaki seçiminde Sözleşme'nin 18. maddesinin uygulanamayacağını, zaten Sözleşme'de korunan hakların sınırlandırılmadığı söylemiştir. Sözleşme'nin 10. maddesiyle bağlantılı olarak 18. maddenin ihlal edildiği şikâyetini ise, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edilip edilmediğine dair şikâyetin incelendiği sırada müdahalenin maddenin 2. fıkrasındaki sınırlandırma sebeplerine uygun olduğuna karar verildiği için incelemeye gerek görmemiştir.⁷¹

Komisyon bu içtihadını *Sunday Times Newspapers LTD ve diğerleri v. Birleşik Krallık* davasında sürdürmüştür. Başvurucular, 19 Ocak 1974 tarihinde Komisyon'a yaptıkları başvuruda, Birleşik Krallık'taki *thalidomide* hastası çocukları ve bunların tazminat talepleri hakkındaki anlaşmayla ilgili bir makalenin *The Sunday Times* gazetesinde yayınlanmasını yasaklayan Yüksek Mahkeme'nin verdiği ve Lordlar Kamarası'nın onayladığı tedbir kararının, Sözleşme'nin 10. maddesine aykırılık oluşturduğunu iddia etmiştir. Başvurunun kabul edilebilir bulunmasının ardından başvurucular, Sözleşme'nin 18. maddesine aykırı olarak yargı organının bağımsızlık ve tarafsızlığının sağlanmasıyla sınırlı olması gereken mahkemeye saygısızlık suçunun, bu olaydaki gibi davanın taraflarından birini koruyacak ve başvurucuların gazetecilik görevlerini yapmalarını engelleyecek bir biçimde uygulandığını ileri sürmüştür.⁷²

Komisyon ise müdahalenin yan etkilerinin de Sözleşme'nin 18. maddesini ihlal edebileceğini fakat söz konusu başvuruda yetkililerin hâlihazırda 10. madde altında “meşru” kabul edilen bir amaçtan farklı bir amaçla hareket ettiklerini gösteren bir emare olmadığını söyleyerek Sözleşme'nin 10. maddesiyle bağlantılı olarak Sözleşme'nin 18. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁷³

Bu başvurular dışında Komisyon tarafından o dönemde incelenip karara bağlanan başvuruların büyük bir çoğunluğunda şikâyetlerin Komisyon tarafından

⁷¹ Komisyon, Engel ve Diğerleri v. Hollanda, Başvuru no. 5100/71, Karar tarihi: 19.07.1974, Komisyon raporu: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-73424>, para. 191-193.

⁷² Komisyon, Sunday Times Newspapers Ltd ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, Başvuru no. 6538/74, Komisyon raporu: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-73577>. Kararı çeviren: Osman Doğru, <https://www.rtuk.gov.tr/assets/Icerik/Download/Kararlar/EmsalAIHMKararlari/Sunday%20Times-Birle%C5%9Fik%20Krall%C4%B1k%2026.04.1979%20tarih%20ve%206538-74%20Ba%C5%9Fvuru%20Numaral%C4%B1%20Karar.docx?download=true>.

⁷³ Sunday Times Newspapers Ltd ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, para. 263-265 ve 267.

incelenmesine gerek görülmediği⁷⁴, şikâyetlerin başvuruolar tarafından gerektiği gibi delillendirilemediği ya da gerekçelendirilemediği⁷⁵ ya da bağlantılı olarak ileri sürüldükleri maddelerde öngörülen amaç dışında bir sebeple sınırlandırmaya gidilmediği anlaşıldığından açıkça dayanaktan yoksun bulunarak reddedildiği⁷⁶ görülmektedir.

2. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Kararları

İHAM kararlarını Mahkeme'nin ilk ihlal kararını verdiği 2004 yılına kadar geçen sürede verdiği kararlar, 2004 yılından günümüze kadar verdiği kararlar ve yakın gelecekte karar vermesi beklenen başvurular olarak üç başlık altında toplamak mümkündür.

a. İHAM'ın 2004 Yılından Önce Verdiği Kararlar

Komisyon'un yukarıda açıklanan yaklaşımı, uzun bir süre Mahkeme tarafından da benimsenmiştir. 1996 yılının son aylarına kadar Mahkeme, 18. maddenin ihlal edildiği iddiasıyla önüne gelen başvurularda ya inceleme yapmaya gerek görmemiş⁷⁷ ya da söz konusu şikâyet Komisyon önünde ileri sürülmediği⁷⁸ ya da Komisyon tarafından kabul edilemez bulunduğu⁷⁹ için bu şikâyeti incelemeye yetkisi olmadığına karar vermiştir.

1996 yılının son aylarından 2004 yılının Mayıs ayında 18. maddeden verilecek ilk ihlal kararına kadar Mahkeme'nin bu konuda neredeyse⁸⁰ sadece Türkiye'den

⁷⁴ Komisyon, De Jong, Baljet ve Van Den Brink v. Hollanda, Başvuru no. 8805/79, Karar tarihi: 11.10.1982.

⁷⁵ Komisyon, X ve Y v. Hollanda, Başvuru no. 6202/73, Karar tarihi: 16.03.1975; McFeely ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, Başvuru no. 8317/78, Karar tarihi: 15.05.1980; Lithgow Et Al v. Birleşik Krallık, Başvuru no. 9006/80, Karar tarihi: 07.03.1984; Chester v. Birleşik Krallık, Başvuru no. 9488/81, Karar tarihi: 13.05.1985; Çakıcı v. Türkiye, Başvuru no. 23657/94, Karar tarihi: 12.03.1998.

⁷⁶ Komisyon, Bozano v. İtalya, Başvuru no. 9991/82, Karar tarihi: 12.07.1984; Bozano v. İsviçre, Başvuru no. 9009/80, Karar tarihi: 12.07.1984;

⁷⁷ Engel ve Diğerleri v. Hollanda, Başvuru no. 5100/71, Karar tarihi: 08.06.1976; De Jong, Baljet ve Van Den Brink v. Hollanda, Başvuru no. 8805/79, Karar tarihi: 22.05.1984, para. 63; Bozano v. İtalya, Başvuru no. 9990/82, Karar tarihi: 18.12.1986, para. 61; Quinn v. Fransa, Başvuru no. 18580/91, Karar tarihi: 22.03.1995, para. 59; Handyside v. Birleşik Krallık, Başvuru no. 5493/72, Karar tarihi: 07.12.1996, para. 64.

⁷⁸ Delta v. Fransa, Başvuru no. 11444/85, Karar tarihi: 19.12.1990, para. 38.

⁷⁹ Terra Woningen B.V. v. Hollanda, Başvuru no. 20641/92, Karar tarihi: 17.12.1996.

⁸⁰ Mahkeme bu dönemde İtalya'ya karşı yapılan iki başvuru hakkında da karar vermiştir. Mülkiyet hakkıyla bağlantılı olarak 18. maddenin ihlal edildiğinin ileri sürüldüğü Beyeler v. İtalya başvurusunda (Başvuru no. 33202/96, Karar tarihi: 05.01.2000, para. 127-129) ve özel hayata saygı hakkıyla bağlantılı olarak 18. maddenin ihlal edildiğinin ileri sürüldüğü Craxi v. İtalya (no. 2) başvurusunda (Başvuru no. 25337/94, Karar tarihi: 17.07.2003) sırasıyla mülkiyet hakkından ve özel hayata saygı hakkından ihlal

giden başvurular hakkında karar verdiğini görüyoruz. *Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri v. Türkiye* davası ile *Sürek ve Özdemir v. Türkiye* davası,⁸¹ *Sosyalist Parti ve Diğerleri v. Türkiye*⁸² davası, *Şener v. Türkiye*⁸³ davası, *Kıbrıs v. Türkiye* davası⁸⁴ ve *Refah Partisi ve Diğerleri v. Türkiye* davası⁸⁵ dışında bu davaların tamamı 1990'lı yıllarda Türkiye'nin Doğu ve Güneydoğu Anadolu bölgesinde işlenen sistematik ve ağır insan hakları ihlallerine ilişkin başvurulardır.

Başvurucuların gözaltında kayıp, öldürülme, tecavüz/tecavüzle tehdit, köy yakma ve boşaltma, zorunlu göçe zorlama gibi konularda yaşam hakkı, işkence yasağı ve mülkiyet hakkı gibi hak ihlallerinin mağduru olduklarını ileri sürdükleri bu başvurularda iki iddiaları daha bulunmaktadır: Devlet'in ve güvenlik güçlerinin sistematik hale gelen hak ihlallerine karşı, bu ihlallerin sona erdirilmesi için bir adım atılmamasının ve hukuka aykırı muamelelerin devam ettirilmesinin temel nedeni başvurucuların ve yakınlarının Kürt olmasıdır ve bu nedenle Sözleşme'nin 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağı ve Sözleşme'nin 18. maddesi de ihlal edilmektedir. Mahkeme ise başvurucuların bu iddialarını ya temellendirmediklerine⁸⁶ ya da iddialarının Sözleşme'nin 2. maddesi, 3. maddesi, 5. maddesi ya da 13.

bulunmuş olmasını yeterli görmüş ve her iki başvuruda da 18. maddeyle ilgili şikâyetin ayrıca incelenmesine gerek olmadığına karar vermiştir.

⁸¹ Mahkeme bu davalarda başvurucuların Komisyon kararından sonra Mahkeme önünde 18. maddeyle ilgili bir şikâyetle bulunmamış olmaları nedeniyle re'sen inceleme yapma gereği duymamıştır. Bkz. *Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri v. Türkiye*, Büyük Daire, Başvuru no. 19392/92, Karar tarihi: 30.01.1998, para. 62 ve *Sürek ve Özdemir v. Türkiye*, Başvuru no. 23927/94, Karar tarihi: 08.07.1999, para. 65-66.

⁸² Bu davada da 18. madde şikâyetinin ayrıca incelenmesine gerek olmadığına karar verilmiştir. *Sosyalist Parti ve Diğerleri v. Türkiye*, Başvuru no. 21237/93, Karar tarihi: 25.05.1998, para. 55.

⁸³ 1991 tarihli Terörle Mücadele Kanunu'nun 8. maddesinin Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen 'meşru amaca' aykırı uygulandığı ve bu nedenle Sözleşme'nin 10. maddesiyle bağlantılı olarak 18. maddesinin ihlal edildiği iddiasında Mahkeme, meşru amacın olduğuna ve Sözleşme'nin 18. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir. *Şener v. Türkiye*, Başvuru no. 26680/95, Karar tarihi: 18.07.2000, para. 59-62.

⁸⁴ Mahkeme bu başvuruda da 18. madde şikâyetini ayrıca incelemeye gerek görmemiştir. *Kıbrıs v. Türkiye*, Başvuru no. 25781/94, Karar tarihi: 10.05.2001, para. 388.

⁸⁵ Mahkeme bu davada Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlali iddiasına ilişkin incelemesinin yeterli olduğunu, 18. maddeden ayrı bir inceleme yapmaya gerek olmadığını belirtmiştir. *Refah Partisi ve Diğerleri v. Türkiye*, Başvuru no. 41340/98, Karar tarihi: 13.02.2003, para. 137.

⁸⁶ *Akdivar ve Diğerleri v. Türkiye*, Başvuru no. 21893/93, Karar tarihi: 16.09.1996, para. 98-99; *Selçuk ve Asker v. Türkiye*, Başvuru no. 23184/94, Karar tarihi: 24.04.1998, para. 99-102; *Gündem v. Türkiye*, Başvuru no. 22275/93, Karar tarihi: 25.05.1998, para. 65-68; *Kurt v. Türkiye*, Başvuru no. 24276/94, Karar tarihi: 25.05.1998, para. 148-152; *Ergi v. Türkiye*, Başvuru no. 23818/94, Karar tarihi: 28.07.1998, para. 99-101; *Tekin v. Türkiye*, Başvuru no. 22496/93, Karar tarihi: 09.06.1998, para. 70-73; *Çakıcı v. Türkiye*, Başvuru no. 23657/94, Karar tarihi: 08.07.1999, para. 115-117; *Bilgin v. Türkiye*, Başvuru no. 23819/94, Karar tarihi: 16.11.2000, para. 126-129; *Tanlı v. Türkiye*, Başvuru no. 26129/95, Karar tarihi: 10.04.2001, para. 175-177; *Tepe v. Türkiye*, Başvuru no. 27244/95, Karar tarihi: 09.05.2003, para. 203-204; *Yöyler v. Türkiye*, Başvuru no. 26973/95, Karar tarihi: 24.07.2003, para. 101-102; *Tekdağ v. Türkiye*, Başvuru no. 27699/95, Karar tarihi: 15.01.1994, para. 104-105; *Tahsin Acar v. Türkiye*, Büyük Daire, Başvuru no. 26307/95, Karar tarihi: 08.04.2004, para. 244-247.

maddesi altında verilen ihlal kararları altında incelendiği için ayrıca incelenmesine gerek olmadığına⁸⁷ karar vermiştir.

Mahkeme'nin bu iki pratiği birlikte değerlendirildiğinde ortaya şu sonuçlar çıkmaktadır: Mahkeme, bağlantılı olarak ileri sürülen hakkın ihlal edilmediğine karar vermişse, Sözleşme'nin 18. maddesinin de ihlal edilmediğine; bağlantılı olarak ileri sürülen hakkın ihlal edildiğine karar vermişse, dava buna imkân tanısa da, 18. madde altında ayrıca inceleme yapmaya yer olmadığına karar vermiştir. Bu pratik, Sözleşme'nin 18. maddesinin bağımsız rolüne zarar verdiği gibi, hukukun üstünlüğü ilkesinin korunmasındaki önemini de zedelemiştir.⁸⁸

b. 18. Madde İçtihadında İlklerin Dönemi: 2004'ten Günümüze

2004 yılına gelene kadar Mahkeme tarafından 18. maddenin ihlal edildiğine dair bir karar verilmemiştir. Her ne kadar 2004 yılında verilen Gusinskiy kararıyla Mahkeme bu kapıyı ilk kez aralamışsa da, bu konuda yapılan şikâyetleri esasına girerek incelemek ve ihlal bulmak konusunda isteksiz ve tutarsız bir yaklaşım sergilemiştir.

Tolga Şirin'e göre bunun üç önemli nedeni vardır: Birinci neden, Mahkeme'nin bir hakkın ihlalini bağımsız olarak tespit ettikten sonra, o hak ile bağlantılı ikinci bir inceleme yapmama eğiliminde olmasıdır. İkinci neden, İHAM'ın uluslararası bir mahkeme olarak Sözleşme'ye taraf devletlerin iyi niyetle hareket ettiğini bir karine olarak kabul etmek durumunda olmasıdır. Üçüncü neden ise hükümetlerin gizli gündemlerini şüphe düzeyinin ötesinde ispatlamanın çoğu kez epey zor olmasıdır.⁸⁹

Başta Sovyetler Birliği'nin dağılmasının ardından kurulan yeni devletler olmak üzere, özellikle Avrupa'nın doğusunda yer alan ülkelerin “genç demokrasi”lerinde yaşanan geriye gidişle birlikte 2016 yılında “kırılma” olarak nitelendirebileceğimiz bir

⁸⁷ Yaşa v. Türkiye, Başvuru no. 22495/93, Karar tarihi: 02.09.98, para. 118-120; Timurtaş v. Türkiye, Başvuru no. 23531/94, Karar tarihi: 13.06.2000, para. 116-118; Taş v. Türkiye, Başvuru no. 243396/94, Karar tarihi: 14.11.2000, para. 94-96; Dulaş v. Türkiye, Başvuru no. 25801/194, Karar tarihi: 30.01.2001, para. 70-73.

⁸⁸ Floris Tan, **op.cit.**, s. 122.

⁸⁹ Tolga Şirin, **Özgürlük ve Güvenlik Hakkı**, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 1, Avrupa Konseyi, Nisan 2018, s. 280.

süreç başlamış, Azerbaycan’a karşı verilen Jafarov kararı Sözleşme’nin 18. maddesinin son yıllarda uygulanmasının artmasına sebep olmuştur.

Moldova, Ukrayna ve Rusya’ya karşı verilen ihlal kararları daha fazla insanın bu konuda İHAM’a başvuru yapmak istemesine yol açmıştır.⁹⁰ Mahkeme son yıllarda başta Rusya, Türkiye ve Azerbaycan olmak üzere pek çok ülkeden gözle görülür şekilde artan sayıda 18. madde başvurusu almaya başlamış, başvuru sayısıyla birlikte, 18. maddeden verilen ihlal kararlarının sayısı da artmıştır. Daha önce de değindiğimiz üzere, 2019 yılına kadar Sözleşme’nin 18. maddesinin yalnızca 12 kez ihlal edildiğine karar verilmiş olup, bu kararların beşi, 2018 yılına aittir.

Keller ve Cori’ye göre, yapılan başvuruların sayısına oranla verilen ihlal kararlarının az olmasının –ileride detaylı olarak açıklanacak ispat yükünün ve standardının ağırlığı dışında- bir nedeni de, Sözleşme’nin 18. maddesinin genellikle taraf devletlerin siyasi sorunlarını içeren başvurularda ileri sürülmesi ve kendisinden demokratik olmayan eğilimler sergileyen devletlere karşı Avrupa’nın vicdanı olması ve Sözleşme’nin 18. maddesiyle demokrasiyi ve demokratik değerleri koruması beklenirken, Mahkeme’nin tarafsız rolünü korumaya çalışmasıdır.⁹¹

Mahkeme’nin bu çekingen tutumu şüphesiz yersiz değildir. Sözleşme’nin 18. maddesinin ihlal edildiğine karar verebilmek için İHAM’ın, devlet politikalarını ve Hükümet’in amaçlarını incelemesi, bir anlamda ilgili devletin niyetini sorgulaması gerekmektedir. Satzger, Zimmermann ve Eibach’a göre, bu durumda Mahkeme, ilgili devletin “iyi niyet”le hareket etmemesinin sonuçlarının en açık ve en kötü şekilde görülebildiği durumlarda Sözleşme’nin 18. maddesine başvuracaktır, aksi takdirde Sözleşme’nin 18. maddesinin aşırı şekilde kullanımı istenmeyen sonuçlar yaratabilecektir.⁹²

Mahkeme, bütün bu endişelerine rağmen, bu konuda ilk ihlal kararını 2004 yılında Gusinskiy davasında Rusya’ya karşı vermiştir. Söz konusu davada, popüler bir televizyon kanalı NTV’nin sahibi olan Rus medya şirketi Zao Media Most’un yönetim

⁹⁰ H. Satzger, F. Zimmermann & M. Eibach, “Does Art. 18 ECHR Grant Protection Against Politically Motivated Criminal Proceedings? Rethinking the Interpretation of Art. 18 ECHR Against the Background of New Jurisprudence of the European Court of Human Rights” 4, **European Criminal Law Review** (2014) 2, s. 93.

⁹¹ Helen Keller ve Corina Heri, **op.cit.**, s. 2 ve 7.

⁹² H. Satzger, F. Zimmermann & M. Eibach, “Does Art. 18 ECHR Grant Protection Against Politically Motivated Criminal Proceedings? (Part 2)”, s. 253.

kurulu başkanı olan başvuruçunun şirketinin devlet kontrolü altındaki doğal gaz şirketi OAO Gazprom'a olan borcu nedeniyle aralarında doğan anlaşmazlık sonucu Media Most'un Moskova'daki ofisi özel harekât polisleri tarafından aranmış, belgelere el konulmasının ardından başvuru hakkında dolandırıcılık suçlamasıyla soruşturma başlatılmış ve başvuru tutuklanmıştır. Başvuruçunun tutuklu olduğu dönemde, hakkındaki suçlamaların düşürülmesine karşılık bir anlaşma imzalaması istenmiştir. "Temmuz Anlaşması" olarak kabul edilen ve başvuru ile Gazprom arasında gerçekleştirilen anlaşma, 20 Temmuz 2000 tarihinde imzalanmış, anlaşmanın 6 numaralı ekine ayrıca dönemin Basın ve Kitle İletişim Bakanı Lesin tarafından da imza atılmıştır. Anlaşmanın ardından başvuru serbest bırakılmış, yurtdışı çıkış yasağının kaldırılması üzerine İspanya'ya gitmiş, daha sonra anlaşmanın baskı altında yapıldığı gerekçesiyle anlaşmanın şartlarını yerine getirmeyi reddetmiştir. 27 Eylül 2000 tarihinde savcılık, başvuru hakkında yeni bir soruşturma başlatmış ve 11 Aralık 2000 tarihinde İspanya'da yakalanıp ertesi gün tutuklanan başvuru, 22 Aralık 2000 tarihinde 5.5 milyon dolar kefaletle serbest bırakılıp ev hapsine alınmıştır.

Yetkililerin kendisini tutuklayarak medya hisselerini adil olmayan koşul ve şartlarda Gazprom'a satmaya zorladığını, bunun da "gücün kötüye kullanımı" olduğunu iddia eden başvuruçunun davasında Mahkeme, başvuruçunun hapiste olduğu dönemde imzalanan Temmuz Anlaşması'nı, bu anlaşmanın 6 numaralı ekinin Bakan tarafından imzalanmasını, imzaların ardından savcılığın bu anlaşma nedeniyle başvuru hakkındaki suçlamaları düşürmesini dikkate alarak, başvuruçunun ticari görüşmelerin bir parçası olarak, Sözleşme'de öngörülen amaçların ötesinde başka bir amaçla tutuklandığını belirtmiş ve ilk kez, Sözleşme'nin 5. maddesiyle bağlantılı olarak 18. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁹³ Mahkeme bu karardan sonra uzun bir süre, tıpkı 2004'ten önce yaptığı gibi, 18. madde şikâyetlerini detaylı gerekçeler sunmadan reddetmiş ya da inceleme gereği duymamıştır.⁹⁴

Gusinskiy kararından üç yıl sonra, 2007 yılında Mahkeme bu kez Moldova'ya karşı yapılan Cebotari başvurusunda 18. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Enerji dağıtım şirketi sahibi başvuruçunun Oferta Plus isimli Ukrayna'daki özel bir şirketle arasında imzaladığı anlaşmanın yerine getirilmemesi nedeniyle Oferta Plus tarafından açılan davada Maliye Bakanlığı'nın yüklü miktarda tazminat ödemesine

⁹³ Gusinskiy v. Rusya, Başvuru no. 70276/01, Karar tarihi: 19.05.2004.

⁹⁴ Merabishvili v. Gürcistan, Büyük Daire, para. 273.

karar verilmiştir. Ancak bu tazminatı ödemek istemeyen Bakanlık'ın yazdığı mektupla, başvuru ve Oferta Plus hakkında yolsuzluk yaptıkları iddiasıyla soruşturma başlatılmıştır. 15 Şubat 2006 tarihinde Oferta Plus tarafından İHAM'a yapılan başvuru Hükümet'e bildirilmiş, ardından 9 Ağustos'ta başvuru tutuklanmıştır.

Mahkeme bu başvuruda, Hükümet'in başvuru sahibinin suç işlediğine yönelik makul şüphe olduğu konusunda Mahkeme'yi ikna edemediğini, Oferta Plus ile ilgili verdiği kararda⁹⁵ da belirttiği üzere, başvuru hakkında başlatılan soruşturmanın ve verilen tutuklama kararın arkasında yatan gerçek amacın, Oferta Plus'ın İHAM önünde devam eden başvurusunu engellemek amacıyla başvuru sahibinin baskı altına alınması olduğuna karar vermiştir.⁹⁶

Cebotari kararından dört yıl sonra Mahkeme, 2011 yılında, 18. maddeyi detaylı şekilde incelediği fakat ihlal bulmadığı iki yeni karar vermiştir. Bu davalarda Mahkeme, Rusya'da siyasetle aktif olarak ilgilenen, muhalefet partilerini destekleyen, zengin ve etki gücü yüksek bir iş insanı olan başvuru sahibinin de siyaset sahnesinden silinmesi amacıyla tutuklandığı⁹⁷ ve başvuru sahibinin sahibi olduğu Yukos şirketinin malvarlığının Devlet'e geçirilmesi amacıyla şirkete karşı vergi kaçırdığı iddiasıyla soruşturma başlatıldığı⁹⁸ iddiasını ikna edici bulmamıştır.

2012 yılına gelindiğinde Mahkeme, Ukrayna'nın eski içişleri bakanı ve muhalefet partisi lideri olan Lutshenko'nun tutukluluğunun 18. maddeyi ihlal edip etmediğini incelemiştir. 2 Kasım 2010 ve 11 Aralık 2010 tarihlerinde içişleri bakanı olduğu dönemde birtakım yasadışı menfaatler sağladığı gerekçesiyle hakkında soruşturma başlatılan başvuru sahibinin 18 Aralık 2010 tarihinde haftalık bir gazeteye röportaj vererek hakkındaki suçlamaları reddetmesinin ardından savcılığın başvuru hakkında tutuklama talebiyle yeni bir soruşturma başlatmasını, savcının basına yaptığı açıklamada başvuru sahibini suçsuz olduğunu iddia etmek suretiyle kamuoyunu ve yargıyı etkilemekle suçlamasını ve ertesi gün başvuru sahibinin tutuklanmasını, Sözleşme'nin 18. maddesine aykırı görmüştür.⁹⁹ Mahkeme'ye göre, eski bir bakan olan başvuru sahibinin davasının kamunun ilgisini çekmesi doğalken ve başvuru sahibinin hakkındaki iddialara

⁹⁵ Oferta Plus SRL v. Moldova, Başvuru no. 14385/04, Karar tarihi: 19.12.2006, para. 142.

⁹⁶ Cebotari v. Moldova, Başvuru no. 35615/06, Karar tarihi: 13.11.2007.

⁹⁷ Khodorkovskiy v. Rusya, Başvuru no. 5829/04, Karar tarihi: 31.05.2011.

⁹⁸ OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Rusya, Başvuru no. 14902/04, Karar tarihi: 20.09.2011.

⁹⁹ Lutsenko v. Ukrayna, Başvuru no. 6492/11, Karar tarihi: 03.07.2012.

cevap verme hakkı varken, açıklamaları nedeniyle savcının açıklamasının ardından tutuklanması başvuru cezalandırma amacı taşımıştır.

Bu karardan bir yıl sonra Mahkeme, bu kez Ukrayna'nın eski başbakanı ve en güçlü muhalefet partisi lideri olan Tymoshenko'nun 2011 yılının Nisan ayında görevini kötüye kullandığı iddiasıyla açılan davanın Ağustos ayında görülen duruşmasında mahkeme heyetine saygısızlık ettiği iddiasıyla tutuklanmasına ilişkin başvuruyu incelemiş ve Lutsenko davasında olduğu gibi, 18. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁰⁰

2014 yılına geldiğimizde ise, yıllar boyunca etkisi devam edecek yeni bir sürecin başlangıcına tanıklık ediyoruz. Azerbaycan'a karşı verilen ilk 18. madde ihlali olma özelliğini de taşıyan *Mammadov v. Azerbaycan* kararı, ilerleyen bölümlerde daha detaylı anlatılacağı üzere, bütün Sözleşme sistemini değiştirebilecek sonuçlar doğurmuştur.

Yıllardır ulusal ve uluslararası sivil toplum kuruluşlarının organizasyonlarında yer alan, siyasi konularda blog yazan başvuru 23 Ocak 2013 tarihinde başlayan ayaklanmayla ilgili ilk elden bilgi almak amacıyla İsmayilli'ye giderek 25 Ocak 2013 tarihinde edindiği bilgileri bloguna yazmasının ardından söz konusu bilgiler, blog yazısından bir saat sonra Hükümet'in internet sayfasından kaldırılmıştır. 29 Ocak'ta savcılık tarafından İsmayilli'deki ayaklanmaya ilişkin yapılan açıklamada aralarında başvuru ın da olduğu bazı isimlere yer verilerek, bu kişiler, “polise direnme, yolları kapatma, yetkililere uymama çağrısı yapmakla” suçlanmış ve haklarında soruşturma başlatılıp gerekenin yapılacağı belirtilmiştir. Bu açıklamanın ardından, aynı gün, başvuru ifadeye çağrılmış ve 4 Şubat 2013 tarihinde tutuklanmıştır. Mahkeme, başvuru ın Hükümet'e yönelik eleştirileri nedeniyle, başvuru ı susturma ve Hükümet tarafından gizlenmeye çalışılsa da başvuru ın doğruluğuna inandığı bilgileri yayması nedeniyle başvuru ı cezalandırma amacıyla tutuklandığına karar vermiştir.¹⁰¹

Mahkeme bu yaklaşımını, Azerbaycan'da meydana gelen insan hakları ihlalleriyle ilgili raporlar hazırlayan, başta Avrupa Konseyi olmak üzere ulusal ve uluslararası insan hakları örgütleriyle birlikte çalışan insan hakları savunucusu Rasul

¹⁰⁰ Tymoshenko v. Ukrayna, Başvuru no. 49872/11, Karar tarihi: 30.04.2013.

¹⁰¹ Ilgar Mammadov v. Azerbaycan, Başvuru no. 15172/13, Karar tarihi: 22.05.2014.

Jafarov'un uluslararası insan hakları örgütlerinden alınan hibelere ve bu gelirlere ilişkin prosedürlere uymadığı iddiasıyla yasadışı girişimcilik, vergi kaçakçılığı gibi suçlardan tutuklanmasıyla ilgili başvuruda da izlemiştir. Bu başvuruda İHAM, bir insan hakları savunucusu olan başvurucunun tutuklanmasının ardında yatan amacın başvurucuyu susturmak, cezalandırmak ve ayrıca ülkedeki sivil toplum hareketini etkisiz hale getirerek, insan hakları alanında çalışmak isteyen kişileri caydırmak olduğunu vurgulamıştır.¹⁰²

18. maddeden art arda verilen ihlal kararları, Mahkeme'nin bu konuda içtihadının oluşmaya başlamasını da sağlamış ancak bu kararlar, netleştirilmeye ihtiyaç duyan pek çok soruyu da beraberinde getirmiştir.

Gürcistan eski başbakanı olan başvurucu Merabishvili'nin siyasi hayatına son verilmesi ve Ekim 2013'te Gürcistan'da yapılacak başkanlık seçimlerine katılmasının engellenmesi amacıyla tutuklandığını, ayrıca Gürcistan eski cumhurbaşkanı Saakashvili'nin hesap bilgileriyle eski başbakan Zhvania'nın ölümü hakkında kendisinden bilgi almak amacıyla savcı tarafından baskı altına alındığını iddia ettiği davada Mahkeme, 18. madde hakkındaki ilk Büyük Daire kararını yayımlayarak Komisyon döneminden günümüze kadar geçen sürede 18. maddeye ilişkin şikâyetleri derleyip, 18. maddenin kapsamı ve ispat külfeti üzerine içtihadını güncellemiştir.¹⁰³

Büyük Daire kararını, Mahkeme'nin Mammadov ve Jafarov kararlarında benimsenen yaklaşımını temel alan üç Azerbaycan kararı takip etmiştir. 19 Nisan 2018 tarihinde yayımladığı *Mammadli v. Azerbaycan* kararında İHAM, Azerbaycan'ın ünlü sivil toplum kuruluşu liderlerinden insan hakları savunucusu Mammadli'nin 2013 yılında yapılan başkanlık seçimlerinde meydana gelen usulsüzlüklere ilişkin raporunun yayınlanmasının ardından 2013 yılının Aralık ayında gözaltına alınıp tutuklanması ve hüküm giydiği Mayıs 2014'e kadar tutuklu kalmasının Sözleşme'nin 18. maddesine aykırı olarak, sivil toplum kuruluşlarını ve insan hakları savunucularını susturmak ve çalışmalarını nedeniyle onları cezalandırmak amacı taşıdığına karar vermiştir.¹⁰⁴

¹⁰² Rasul Jafarov v. Azerbaycan, Başvuru no. 69981/14, Karar tarihi: 17.03.2016.

¹⁰³ Merabishvili v. Gürcistan, Büyük Daire, Başvuru no. 72508/13, Karar tarihi: 28.11.2017. Karar, sekize karşı dokuz oyla çıkmıştır.

¹⁰⁴ Mammadli v. Azerbaycan, Başvuru no. 47145/14, Karar tarihi: 19.04.2018. Kararın Türkçe özet çevirisi için bkz. Benan Molu ve Polat Yamaner, İHAM'ın Mammadli v. Azerbaycan kararının özet çevirisi: "Seçim usulsüzlüklerini raporladığı için bir insan hakları savunucusunu tutuklamak, insan hakları savunucularını susturma ve cezalandırma amacı taşır", 20 Nisan 2018.

7 Haziran 2018 tarihinde ise Mahkeme, *Rashad Hasanov ve Diğerleri v. Azerbaycan* kararında NIDA isimli sivil toplum kuruluşunun üyeleri olan başvuru sahiplerinin savaşçı statüsünde bulunmayan askerlerin ölümleriyle ilgili bir dizi barışçıl gösteri düzenlemesinin ardından molotof kokteyli bulundurma ve tedarik etme suçlarından gözaltına alınıp tutuklanmasının, NIDA'ya üye olmaları sebebiyle başlatıldığını ve Azerbaycan'da sivil toplum üzerindeki geniş baskı ve engelleme ortamının bir parçası olduğunu tespit ederek, Sözleşme'nin 18. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.¹⁰⁵

Azerbaycan'da insan hakları hukuku alanında avukatlık yapan ve bir sivil toplum kuruluşunun başkanı olan Aliyev'in Haziran 2014'te Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin bir oturumunda, Azerbaycan'da insan haklarının durumu üzerine telefon bağlantısı ile bir rapor sunmasının ardından aralarında iktidar partisi milletvekillerinin de bulunduğu çok sayıda kişi tarafından hedef gösterilmesi ve yasadışı girişimcilikte bulunma, güveni kötüye kullanma ve vergi kaçakçılığı suçları isnat edilerek evinin ve ofisinin aranmasına ve tutuklanmasına ilişkin başvuruda İHAM, Aliyev'e uygulanan sınırlandırmaların Sözleşme'de tanınan meşru amaçları taşımadığına ve esasında kendisini susturmak ve cezalandırmak amacını taşıdığına hükmetmiştir.¹⁰⁶

Bu karar, iki önemli ilki beraberinde getirmiştir. Mahkeme, ilk kez, 18. madde ihlallerinin artması nedeniyle Sözleşme'nin 46. maddesine dayanarak Azerbaycan'ın 18. maddenin tekrarlanan ihlalleri karşısında önlemler alması gerektiğine karar vermiştir.¹⁰⁷

<https://anayasagundemi.com/2018/04/20/ihamin-mammadli-v-azerbaycan-kararinin-ozet-cevirisi-secim-usulsuzluklerini-raporladigi-icin-bir-insan-haklari-savunucusunu-tutuklamak-insan-haklari-savunucularini-susturma-ve-cezalendirme-amac/>.

¹⁰⁵ Rashad Hasanov ve Diğerleri v. Azerbaycan, Başvuru no. 48653/13, Karar tarihi: 07.06.2018. Kararın Türkçe özet çevirisi için bkz. Polat Yamaner, İHAM'ın Rashad Hasanov ve Diğerleri Kararının Özet Çevirisi: "Sivil toplum aktivistlerinin molotof kokteyli bulundurduğu iddiasıyla tutuklanması 5. ve 18. madde ihlali", 14 Haziran 2018, <https://anayasagundemi.com/2018/06/14/ihamin-rashad-hasanov-ve-digerleri-kararinin-ozet-cevirisi-sivil-toplum-aktivistlerinin-molotof-kokteyli-bulundurdugu-iddiasıyla-tutuklanmasi-5-ve-18-madde-ihlali/>.

¹⁰⁶ Aliyev v. Azerbaycan, Başvuru no. 68762/14, Karar tarihi: 20.09.2018. Kararın Türkçe özet çevirisi için bkz. Benan Molu, Polat Yamaner, Ramazan Demir, İHAM'ın Aliyev v. Azerbaycan kararının özet çevirisi: "İnsan hakları avukatının çalışmaları nedeniyle tutuklanması, evinin ve ofisinin aranması susturma ve cezalandırma amaçlıdır.", 26 Eylül 2018, <https://anayasagundemi.com/2018/09/26/ihamin-aliyev-v-azerbaycan-kararinin-ozet-cevirisi-insan-haklari-avukatinin-calismalari-nedeniyle-tutuklanmasi-evinin-ve-ofisinin-aranmasi-susturma-ve-cezalendirme-amaclidir/>.

¹⁰⁷ Aliyev v. Azerbaycan, para. 220-228.

Ayrıca, görüldüğü üzere, bu karara kadar, 18. maddenin sadece Sözleşme'nin 5. maddesinde düzenlenen özgürlük ve güvenlik hakkıyla bağlantılı olarak ihlal edildiğine karar veren Mahkeme, bu karar ile birlikte ilk kez, Sözleşme'nin 5. maddesinin yanı sıra, Sözleşme'nin 8. maddesiyle de bağlantılı olarak 18. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Sözleşme'nin 5. maddesi dışında başka bir maddeyle, Sözleşme'nin 8. maddesiyle, bağlantılı olarak verilen ilk 18. madde ihlali kararının ardından Mahkeme, bu kez Sözleşme'nin 11. maddesinde düzenlenen toplantı ve gösteri düzenleme özgürlüğüyle bağlantılı olarak 18. madde şikâyetini incelemiş ve Büyük Daire tarafından verilen *Navalnyy v. Rusya* kararında, Rusya'nın muhalif lideri olan Navalnyy'nin 2012 – 2014 yılları arasında katıldığı kamusal eylemler sırasında yedi kez yakalanıp gözaltına alınması ve hakkında idari hüküm kurulmasını 5. madde ve 11. maddeyle bağlantılı olarak 18. maddenin ihlali olarak görmüştür. Bu karar, Mahkeme'nin 11. madde paralelinde değerlendirdiği ve ihlal bulduğu ilk 18. madde başvurusudur.¹⁰⁸

Bu kararda Mahkeme, daha önce ilk kez Lutsenko kararında 18. maddeyle birlikte anılan “Sözleşme'nin ruhuna aykırılık” tespitini bir adım daha öteye götürerek, 18. maddenin hazırlık çalışmalarına atıfta bulunarak, 18. maddeyle hukukun üstünlüğünün, demokrasinin ve insan haklarının korunması arasında bir bağ olduğunu açıkça hatırlatmıştır. Mahkeme, başvurusunun 18. maddeye ilişkin şikâyetinin yalnızca özel bir kişinin hak ihlali iddiası olarak değerlendirilemeyeceğinden bahisle, başvurusunun demokratik söylemin üretim sürecinde muhalif bir politikacı olarak önemli bir fonksiyonu olduğunu ve bahsedilen sınırlandırmaların yalnızca başvurucuyu değil, muhalif aktivistleri ve destekçileri de etkilediğini ve en önemlisi toplum örgütlenmesinin özünü oluşturan demokrasiye hasar verdiğini belirtmiştir.¹⁰⁹

18. maddeyle ilgili ilkler, Navalnyy kararından yalnızca bir hafta sonra, *Demirtaş v. Türkiye* kararıyla devam etmiştir. 20 Kasım 2018 tarihinde verilen *Demirtaş v. Türkiye* (no. 2) başvurusunda İHAM, 4 Kasım 2016 tarihinden bu yana

¹⁰⁸ Navalnyy v. Rusya, Büyük Daire, Başvuru no. 29580/12, Karar tarihi: 15.11.2018. Kararın Türkçe özet çevirisi için bkz. Polat Yamaner, İHAM Büyük Daire: “Rusya'nın muhalif lider Navalnyy'i katıldığı eylemler sırasında defalarca yakalayıp gözaltına alması, çoğulculuğu baskı altına alma amacı taşımaktadır.”, 28 Kasım 2018, <https://anayasagundemi.com/2018/11/28/iham-buyuk-daire-rusyanin-muhalik-lider-navalnyyi-katildigi-eylemler-sirasinda-defalarca-yakalayip-gozaltina-almasi-cogulculugu-baski-altina-alma-amaci-tasimaktadir/>.

¹⁰⁹ Navalnyy v. Rusya, Büyük Daire, para. 174.

tutuklu olan eski HDP eş genel başkanı Selahattin Demirtaş'ın tutukluluğunun devamı için Anayasa Mahkemesi de dâhil olmak üzere, mahkemeler tarafından yeterli hiçbir gerekçe sunulmadığı için İHAS'ın kişi özgürlüğü ve güvenliğini güvence altına alan 5. maddesinin 3. fıkrasının ihlal edildiğine; özellikle referandum ve Cumhurbaşkanlığı seçimi sırasında, sadece bir milletvekili ve muhalif bir partinin eş genel başkanı olarak kendisinin değil, aynı zamanda temsil ettiği seçmenlerin de durumunu dikkate alarak tutukluluğu nedeniyle TBMM faaliyetlerine katılmasının imkânsız hale gelmesi nedeniyle Sözleşme'ye Ek 1 Numaralı Protokol'ün 3. maddesinde güvence altına alınan serbest seçim hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.¹¹⁰

Navalnyy davasında ilk kez açıkça ortaya konulan 18. madde ve demokrasi ilişkisi, Demirtaş kararında da pekiştirilmiş ve Mahkeme, Türkiye'deki genel siyasi durumu dikkate alarak başvurunun tutuklanmasının ardında yatan nedenin ve hakkındaki hak sınırlandırmalarının birincil amacının çoğulculuğu boğmak ve siyasi tartışma özgürlüğünü kısıtlamak olduğu ve buna göre tehdit altında olanın yalnızca başvurunun bireysel hak ve özgürlükleri değil, tüm demokratik sistem olduğu sonucuna ulaşarak Sözleşme'nin 18. maddesinin ihlal edildiğini vurgulamıştır.

Mahkeme ayrıca, Sözleşme'nin 46. maddesi uyarınca, başvuru Demirtaş'ın hakkında yeni bir delil olmadığı sürece, özgürlüğünden alıkonulmasının tespit edilen ihlallerin devamı anlamına geleceğini belirterek, Demirtaş'ın derhal serbest bırakılmasına karar vermiştir.

Mahkeme'nin Türkiye'ye karşı 18. maddeye ilişkin verdiği ilk ihlal kararı olan bu karar, Demirtaş açısından önemli sonuçlar doğurduğu gibi, Mahkeme içtihadı bakımından da önemli yenilikler getirmiştir.¹¹¹ Mahkeme tarafından daha önce verilen ihlal kararları ağırlıklı olarak özgürlük ve güvenlik hakkıyla bağlantılı olarak verilmiştir. Bu ihlal kararlarında Mahkeme, başvuru sahiplerinin makul bir şüphe olmadan yani Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının c bendinin ihlal edilerek tutuklandığını

¹¹⁰ Demirtaş v. Türkiye (no. 2), Başvuru no. 14305/17, Karar tarihi: 20.11.2018. Mahkeme'nin bu kararına rağmen başvuru tahlili edilmemiş, başka bir dosyada İHAM kararına 'karşı hamle'yle hükümlü hale getirilmiştir. Başvuru avukatları ve Hükümet tarafından bu kararın Büyük Daire'ye taşınması amacıyla yapılan talep kabul edilmiş ve dava Büyük Daire önüne taşınmıştır. 18 Eylül 2019 tarihinde Büyük Daire duruşması gerçekleştirilecek ve İHAM Büyük Dairesi, Türkiye'ye karşı bir davada Sözleşme'nin 18. maddesiyle ilgili ilk kez karar açıklayacaktır.

¹¹¹ Benan Molu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Demirtaş Kararı Uygulanmazsa Ne Olur?, 24 Kasım 2018, <http://bianet.org/bianet/hukuk/202909-insan-haklari-avrupa-mahkemesi-nin-demirtas-karari-uygulanmazsa-ne-olur>. Mahkeme bu kararda ayrıca, ilk kez, parlamento faaliyetleri nedeniyle tutuklanan bir kişinin Sözleşme'ye Ek 1 Numaralı Protokol'ün 3. maddesinde korunan seçme ve seçilme hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

tespit etmiş ve 18. maddeyi 5/1-c bağlamında uygulamıştır. Söz konusu Demirtaş kararında ise Mahkeme, Sözleşme'nin 5/1-c maddesinden bir ihlal bulmamış olmasına rağmen, ilk kez, tutuk halinin gerekçesiz bir şekilde uzatılması nedeniyle yani Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrasıyla bağlantılı olarak 18. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

2019 yılına geldiğimizde ise, Mahkeme'nin 18. maddeyi yine özgürlük ve güvenlik hakkıyla bağlantılı olarak ama bu kez tutukluluk için değil, ev hapsi için uyguladığı *Navalnyy v. Rusya* kararını görüyoruz. Mahkeme bu davada, Navalnyy'nin tutuklandığı ve Büyük Daire'nin bu nedenle Sözleşme'nin 5. ve 11. maddeleriyle bağlantılı olarak ayrıca 18. maddenin ihlal edildiğine karar verdiği eylemlerin hemen ardından bu eylemlere katıldığı için ev hapsine alınmasıyla ilgili şikâyeti incelemiştir. Büyük Daire kararındaki gibi, yetkililerin başvurucuya ve diğer aktivistlere yönelik giderek artan ciddiyetteki yaptırımlarına, bağlamsal delillere ve daha genel olarak, yetkililerin kamusal eylemlere yönelik yaklaşımlarına dayanan ve muhalif bir siyasetçi olarak başvurucunun, demokrasinin inşasında oynadığı önemli rolü dikkate alan Mahkeme, ev hapsine alınan başvurucunun özgürlük hakkına yönelik sınırlandırmaların, Büyük Daire davasındaki ile aynı amaçla, yani siyasi çoğulculuğu boğma amacıyla yapıldığını söylemiş ve Sözleşme'nin 5. maddesiyle bağlantılı olarak 18. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.¹¹²

c. İlgili Hükümete Bildirilen Başvurular

Yukarıda da detaylı olarak anlattığımız üzere, Mahkeme tarafından henüz 18. maddenin ihlaline ilişkin az sayıda karar verilmiş olsa da, Mahkeme'nin önünde bu konuda çok sayıda başvuru beklemekte ve Mahkeme'ye her geçen gün artan sayıda yeni başvuru gelmeye devam etmektedir.

¹¹² Navalnyy v. Rusya (No. 2), Başvuru no. 43734/14, Karar tarihi: 09.04.2019. Kararın Türkçe özet çevirisi için bkz. Benan Molu, İHAM'ın Navalnyy v. Rusya (2) kararının çevirisi: "Muhalif bir siyasetçiyi, iletişim ve haberleşme imkânları kısıtlanarak, kaçma şüphesi olmadan ev hapsinde tutmak, demokrasiyi ve çoğulculuğu boğma amacı taşır.", <https://anayasagundemi.com/2019/03/31/ihamin-navalnyy-v-rusya-2-kararinin-cevirisi-muhalif-bir-siyasetciyi-iletisim-ve-haberlesme-imkanlari-kisitlanarak-kacma-suphesi-olmadan-ev-hapsinde-tutmak-demokrasiyi-ve-cogulculugu-bogma/>, 31 Mart 2019.

18. maddenin Sözleşme’de düzenlenen bir hak ve özgürlükle bağlantılı olarak ihlal edilip edilmediği konusunda Hükümet’ten savunma istenilen başvurularda çoğunlukla 18. maddenin özgürlük ve güvenlik hakkıyla bağlantılı olarak ihlal edildiği iddia edilmektedir.¹¹³

Her ne kadar Mahkeme’nin ilgili hükümetlere bildirdiği başvurular arasında 18. madde çoğunlukla özgürlük ve güvenlik hakkıyla bağlantılı olarak ileri sürülmüşse de, Mahkeme henüz 18. maddeyle bağlantılı olarak ihlal edildiğine dair hiç içtihadının olmadığı adil yargılanma hakkı¹¹⁴, ifade özgürlüğü¹¹⁵, mülkiyet hakkı¹¹⁶ ve seyahat özgürlüğü¹¹⁷ altında ya da şimdilik 18. maddeyle bağlantılı olarak yalnızca bir ihlal kararının olduğu özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı¹¹⁸ ile toplantı, gösteri yapma ve dernek kurma özgürlüğü¹¹⁹ altında da komunikasyonları bulunmaktadır.

Hükümete bu madde altında bildirilen davalara bakıldığında, en sık karşımıza çıkan devletler Azerbaycan, Rusya ve Türkiye’dir. Mahkeme’nin şimdiye kadar

¹¹³ Ghukasyan v. Ermenistan, Başvuru no. 5195/17; Ayyubzade v. Azerbaycan, Başvuru no. 6180/15; Mukhtarlı v. Azerbaycan, Başvuru no. 39503/17; Korban v. Ukrayna, Başvuru no. 26744/16; Jafarov v. Azerbaycan, Başvuru no. 64581/16; Karimli v. Azerbaycan, Başvuru no. 76644/14; İbrahimov v. Azerbaycan, Başvuru no. 63571/16; Novruzlu v. Azerbaycan, Başvuru no. 70106/13; Mammad Azizov v. Azerbaycan, Başvuru no. 65583/13; Gurbanlı v. Azerbaycan, Başvuru no. 52464/13; Abdul Abilov v. Azerbaycan, Başvuru no. 41105/14; Omar Mammadov v. Azerbaycan, Başvuru no. 54846/14; Rustemzade v. Azerbaycan, Başvuru no. 38239/16; Amirov v. Azerbaycan, Başvuru no. 55642/16; Nasirov v. Azerbaycan, Başvuru no. 981/15; Yunusova ve Yunusov v. Azerbaycan, Başvuru no. 69981/14; Akhalaia v. Gürcistan, Başvuru no. 30464/13; Navalnyy v. Rusya, Başvuru no. 46632/13; Berdzenishvili v. Rusya, Başvuru no. 14594/07; Ismayilova v. Azerbaycan, Başvuru no. 30778/15; Ugulava v. Gürcistan, Başvuru no. 5432/15.

¹¹⁴ Nevzlin v. Rusya, Başvuru no. 26679/08; Fatullayev v. Azerbaycan, Başvuru no. 32734/11; Ilgar Mammadov v. Azerbaycan, Başvuru no. 919/15.

¹¹⁵ Voskerchyan v. Ermenistan, Başvuru no. 18945/10; Podchasov v. Rusya, Başvuru no. 14856/16; Bokin v. Rusya, Başvuru no. 30635/13; Udaltsov v. Rusya, Başvuru no. 2695/15; Todorova v. Bulgaristan, Başvuru no. 40072/13

¹¹⁶ Rustavi 2 Broadcasting Company LTD ve diğerleri v. Gürcistan, Başvuru no. 16812/17; Cişlaru ve Diğerleri v. Moldova, Başvuru no. 40799/09

¹¹⁷ Democracy and Human Rights Resource Centre v. Azerbaycan, Başvuru no. 74288/14; Ganbarova v. Azerbaycan, Başvuru no. 1158/17

¹¹⁸ Hasanov. Azerbaycan, Başvuru no. 68035/17; Bagirov v. Azerbaycan, Başvuru no. 28198/15; Ovcharenko v. Ukrayna, Başvuru no. 27276/15

¹¹⁹ Economic Research Center v. Azerbaycan, Başvuru no. 74254/14; Abdullayev v. Azerbaycan, Başvuru no. 74363/14; Navalnyy v. Rusya, Başvuru no. 67894/17; Navalnyy ve Yashin v. Rusya, Başvuru no. 76204/11; Barabanov v. Rusya, Başvuru no. 5550/15

Türkiye’den tutuklu milletvekillerinin ¹²⁰, gazetecilerin ¹²¹ ve insan hakları savunucularının ¹²² davalarında 18. madde altında savunma istediği görülmektedir.

Hükümet’ten savunma istenilen başvuruların sayısı ve 18. maddenin bağlantılı olarak ileri sürüldüğü maddelerin çeşitliliği dikkate alındığında, bu içtihadın ilerleyen günlerde daha da gelişeceğini öngörmek yanlış olmayacaktır.

B. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 18. Maddesi: Kabul Edilebilirlik, Uygulanabilirlik ve İspata İlişkin Tartışmalar

Komisyon, Kamma davasında Sözleşme’nin 5. maddesiyle bağlantılı olarak 18. maddesinin ihlal edilmediğine karar verirken, ilk kez, Sözleşme’nin 18. maddesiyle ilgili üç temel nokta belirlemiştir. ¹²³ Bunlardan ilki, Sözleşme’nin 18. maddesinin, tıpkı Sözleşme’nin 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağı gibi, tek başına ileri sürülemeyeceğidir. Komisyon’a göre, bağımsız bir role sahip olmayan 18. madde, yalnızca Sözleşme’de düzenlenen başka bir hak ile bağlantılı olarak ileri sürülebilmektedir.

İkinci olarak Komisyon, her ne kadar 18. maddenin bağlantılı olarak ileri sürüldüğü maddeden tek başına ihlal bulunmamışsa da, o maddeyle bağlantılı olarak Sözleşme’nin 18. maddesinden ihlal bulunabileceğini belirtmektedir.

Üçüncü ve son nokta ise, 18. maddenin metninden de anlaşılacağı üzere, 18. maddenin ihlal edilebilmesi için bağlantılı olarak kullanılacağı hakkın, Sözleşme’de sınırlandırma sebepleri öngörülmüş bir hak ya da özgürlük olması gerekmektedir. Mahkeme de bu temel noktaları benimsemiş, bunlara kararlarında yer vermiş ve yer vermeye devam etmiştir. ¹²⁴

¹²⁰ Demirtaş ve Diğerleri v. Türkiye, Başvuru No. 14305/17; Burcu Çelik v. Türkiye, Başvuru no. 68853/17

¹²¹ Sabuncu ve Diğerleri v. Türkiye, Başvuru no. 23199/17; Şahin Alpay v. Türkiye, Başvuru no. 16538/17; Mehmet Altan ve Ahmet Altan v. Türkiye, Başvuru no. 13237/17; Atilla Taş ve Murat Aksoy v. Türkiye, Başvuru no. 72/17; Deniz Yücel v. Türkiye, Başvuru no. 27684/17; Ahmet Şık v. Türkiye, Başvuru no. 36493/17; Tunca Öğreten ve Mahir Kanaat v. Türkiye, Başvuru no. 42201/17; Kılıç v. Türkiye, Başvuru no. 43979/1; İdris Sayılğan v. Türkiye, Başvuru no. 53887/18.

¹²² Osman Kavala v. Türkiye, Başvuru no. 28749/18; Taner Kılıç v. Türkiye, Başvuru no. 2018/18.

¹²³ Komisyon, Kamma v. Hollanda, Başvuru no. 4771/71, Karar tarihi: 14.07.1974.

¹²⁴ Gusinskiy v. Rusya, para. 73; Cebotari v. Moldova, para. 49; Khodorkovskiy v. Rusya, para. 254; OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Rusya, para. 663; Lutsenko v. Ukrayna, para. 105; Tymoshenko

18. maddenin Sözleşme'nin hangi maddeleri ile bağlantılı olarak, hangi durumlarda ve nasıl ileri sürülebileceği ise henüz Mahkeme tarafından netleştirilmemiştir. Bu konuların Mahkeme tarafından incelenebilmesi için Mahkeme'nin ihlal iddiasının esasına girmesi, bunun için de öncelikle 18. madde ihlali iddiasını kabul edilebilir bulması gerekmektedir.

Bu bölümde önce Mahkeme'nin 18. maddeye ilişkin belirlediği kabul edilebilirlik şartları, daha sonra ise ihlal iddiasının esasına ilişkin Mahkeme'nin değişen ve gelişen içtihadını, doktrindeki ve Mahkeme içindeki tartışmalarla birlikte ele alacağız.

1. Kabul Edilebilirliğe İlişkin Ölçütlerin 18. Madde İçtihadına Yansıması

İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu ikincil bir yol olduğu için, Sözleşme'nin 35. maddesi uyarınca Mahkeme'ye başvuru yapmadan önce iç hukuk yolları tüketilmiş olmalıdır. Bunun anlamı, Mahkeme önüne taşınan bir şikâyetin, daha önce yerel mahkemeler önünde de dile getirilmiş olmasıdır.

Mahkeme, Mart 2019'da verdiği *Rüstemzade v. Azerbaycan* kararında başvuruçunun 18. madde şikâyetini iç hukukta yerel mahkemeler önünde dile getirmemiş olması nedeniyle ihlal iddiasını kabul edilemez bulmuştur.¹²⁵ Peki başvuru bu şikâyetini açıkça değil de özü itibarıyla ileri sürmüş olsaydı sonuç farklı olur muydu?

Kamma kararından sonra Komisyon, Sunday Times kararında başvuru sırasında 18. maddenin ihlal edildiği iddiasının açıkça ileri sürülmesi gerekip gerekmediği konusunu incelemiştir. Söz konusu davada Birleşik Krallık Hükümeti, başvuruçuların

v. Ukrayna, para. 294; Ilgar Mammadov v. Azerbaycan, para. 137; Rasul Jafarov v. Azerbaycan, para. 153; Mammadli v. Azerbaycan, para. 93; Rashad Hasanov ve Diğerleri, Azerbaycan, para. 116; Aliyev v. Azerbaycan, para. 198; Merabishvili v. Gürcistan (Büyük Daire), para. 287; Navalnyy v. Rusya (Büyük Daire), para. 164; Demirtaş v. Türkiye, para. 257. Ayrıca bkz. Directorate of the Jurisconsult and Floris Tan Guide on Article 18 of the European Convention on Human Rights - Limitation on use of restrictions on rights, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_18_ENG.pdf, Council of Europe/European Court of Human Rights, 2018, para. 6 -7.

¹²⁵ Rüstemzade v. Azerbaycan, Başvuru no. 38239/16, Karar tarihi: 07.03.2019, para. 56-58.

başvuru sırasında ileri sürmedikleri 18. madde şikâyetini Komisyon'un kabul edilebilirlik kararından sonra ileri sürmeleri nedeniyle bu şikâyetin kabul edilemez bulunması gerektiğini iddia etmiştir.

Komisyon ise, *Handyside v. Birleşik Krallık* kararının 41. paragrafına atıf yapıp, bir davanın usulüne uygun olarak önüne gelmesi halinde, bu olayların hukuki nitelendirmesini yaparken, eğer Sözleşme ve Protokol'ün bütünlüğü içinde gerekli görürse veya ihtiyaç varsa meseleleri re'sen (*ex officio*) incelemekle yetkili olduğunu hatırlatarak Hükümet'in kabul edilemezlik itirazını reddedip 18. madde altında inceleme yapmıştır.¹²⁶

Mahkeme ise, şimdiye kadar hiçbir davada Sözleşme'nin 18. maddesini re'sen uygulamamıştır.¹²⁷ Ancak bazı davalarda, başvuru formunda ve Hükümet savunmalarına cevap dilekçelerinde “siyasi baskı altında olduklarını, yürüttükleri seçim faaliyetleri nedeniyle siyasi amaçlı olarak tutuklandıklarını” iddia ettiklerini, bu nedenle 18. madde şikâyetinin özü itibarıyla ileri sürüldüğünü kabul ederek 18. madde altında inceleme yapmıştır.¹²⁸

a. Sözleşme'nin 18. Maddesi Hangi Maddelerle Bağlantılı Olarak İleri Sürülebilir?

Sözleşme'nin 18. maddesi yalnızca, taraf devletlerin kendi yargılama yetkisi kapsamına giren kişilere tanımayı taahhüt ettikleri hak ve özgürlüklerden birinde belirtilen ya da bu hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasını sağlayabilecek koşulları tanımlayan, Sözleşme ya da Protokollerinin bir maddesiyle birlikte uygulanabilir.¹²⁹

Daha önce özellikle 2004 yılından günümüze kadar Mahkeme tarafından verilen kararlara ve ilgili hükümete bildirilen başvurulara ilişkin bölümde yer verdiğimiz

¹²⁶ Komisyon, *Sunday Times Newspapers Ltd ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*, Başvuru no. 6538/74.

¹²⁷ Guide on Article 18 of the European Convention on Human Rights, para. 16.

¹²⁸ *Lutsenko v. Ukrayna*, para. 104; *Mammadli v. Azerbaycan*, para. 80.

¹²⁹ *Gusinskiy v. Rusya*, para 73; *Cebotari v. Moldova*, para. 49; *Khodorkovskiy v. Rusya*, para. 254; *DAO Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Rusya*, para. 663; *Lutsenko v. Ukrayna*, para. 105; *Tymoshenko v. Ukrayna*, para. 294; *Ilgar Mammadov v. Azerbaycan*, para. 137; *Rasul Jafarov v. Azerbaycan*, para. 153; *Merabishvili v. Gürcistan*, Büyük Daire, para. 287. Mahkeme, Sözleşme'nin 18. maddesini bu yönüyle Sözleşme'nin 14. maddesine benzetmektedir. bkz. *Merabishvili v. Gürcistan*, Büyük Daire, para. 288-289.

üzere, Mahkeme, şimdiye kadar Sözleşme'nin 18. maddesini ağırlıklı olarak Sözleşme'nin 5. maddesinde düzenlenen özgürlük ve güvenlik hakkıyla bağlantılı olarak uygulamıştır.

5. madde dışında, Sözleşme'nin 18. maddesinin metninden de anlaşıldığı üzere, yer verdikleri hak ve özgürlüklere sınırlandırmalar getirilmesine izin veren Sözleşme'nin 8 – 11. maddeleri ¹³⁰ ile Sözleşme'ye Ek 1 Numaralı Protokol'ün 1., 2. ve 3. maddesi ¹³¹ ile Sözleşme'ye Ek 4 Numaralı Protokol'ün 2. maddesi ¹³² de 18. maddeyle bağlantılı olarak ileri sürülebilecektir.

Sözleşme'nin 18. maddesi, Sözleşme'nin 15., 16. ve 17. maddesinden doğan genel sınırlandırma sebeplerine de uygulanabilmektedir. ¹³³ 18. maddenin 15. madde ile uygulanması için elbette öncelikle 15. maddenin uygulanma şartlarının yerine gelmesi gerekmektedir. İkinci Dünya Savaşı sırasında Naziler tarafından işgal edilen Belçika'da gazeteci olarak çalışan ve “düşmanla işbirliği yaptığı” iddiasıyla ceza alan ve gazetecilik yapması yasaklanan başvurusunun davasında Komisyon, “olağanüstü hallerde yükümlülükleri askıya alma” başlıklı ¹³⁴ Sözleşme'nin 15. maddesine

¹³⁰ Daha önce de belirttiğimiz üzere, Mahkeme, Aliyev v. Azerbaycan kararında ilk kez Sözleşme'nin 18. maddesinin 8. maddesiyle bağlantılı olarak ihlal edildiğine karar vermiştir. Aynı şekilde Navalnyy v. Rusya (Büyük Daire) kararında ilk kez 11. maddeyle bağlantılı olarak 18. maddeden ihlal bulunmuştur. Sözleşme'nin 9. maddesinde güvence altına alınan düşünce, vicdan ve din özgürlüğü de daha önce Mahkeme tarafından 18. maddeyle bağlantılı olarak incelenmiş, fakat söz konusu başvuru açıkça dayanaktan yoksun bulunmuştur. bkz. C.R. v. İsviçre, Başvuru no. 40130/98, Karar tarihi: 14.10.1999. Sözleşme'nin 10. maddesi ile bağlantılı olarak 18. maddenin ihlal edildiğine ilişkin Mahkeme tarafından henüz bir inceleme yapılmamıştır ancak Hükümet'e bildirilen ve karar aşamasında olan başvuruların sayısı her geçen gün artmaktadır.

¹³¹ Sözleşme'ye Ek 1 Numaralı Protokol'ün 1. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkının Sözleşme'de öngörülmeleyen bir amaçla sınırlandırıldığı iddiaları daha önce Mahkeme tarafından incelenmiş fakat henüz ihlal kararıyla sonuçlanan bir başvuru olmamıştır. Görebildiğimiz kadarıyla aynı Protokol'ün eğitim hakkını düzenleyen 2. maddesi henüz 18. maddeyle bağlantılı olarak İHAM önüne taşınmamıştır. Serbest seçim hakkını güvence altına alan Ek 1 Numaralı Protokol'ün 3. maddesi 18. maddeyle bağlantılı olarak Türkiye'de geçmiş yıllarda kapatılan bazı siyasi partilerin davalarında gündeme gelmiş, ancak Mahkeme bu şikâyeti incelemeye gerek görmemiştir. Bkz. Sosyalist Parti ve Diğerleri v. Türkiye, Büyük Daire, Başvuru no. 21237/93, Karar tarihi: 25.05.1998, para. 55.

¹³² Serbest dolaşım özgürlüğünü tanıyan Sözleşme'ye Ek 4 Numaralı Protokol'ün 2. maddesiyle ilgili verilen bir ihlal kararı olmamakla birlikte, Mahkeme, Azerbaycan'da sivil toplum kuruluşlarına ve insan hakları savunucularına yönelik baskının başka bir yüzü olan yurtdışı çıkış yasağı/seyahat özgürlüğü müdahalelerinin Sözleşme'de öngörülenden başka farklı bir amaçla gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği konusunda Azerbaycan'dan savunma istemiştir. Bkz. Democracy and Human Rights Resource Center v. Azerbaycan, Başvuru no. 74288/14. Burada bir uyarıda bulunmak önemli olacaktır. Bahse konu Protokol Türkiye tarafından imzalanmış ancak usulüne uygun olarak onaylanmamış olduğu için, bu Protokol maddesine dayanılarak yapılan başvurular konu bakımından yetkisizlik gerekçesiyle kabul edilemez bulunacaktır. Protokol'e taraf olmayan ülke vatandaşları, seyahat özgürlüğünün ihlali iddiasını Sözleşme'nin 8. maddesi altında ileri sürülebilir. (Paşaoğlu v. Türkiye, başvuru no. 8932/03, para. 48; İletmiş v. Türkiye, başvuru no. 29871/96, para. 50)

¹³³ Pieter Van Dijk, Fried Van Hoof, Arjen Van Rijn, Leo Zwaak (ed.), **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, 4. Bası, Antwerpen & Oxford: Intersentia, 2006, s. 1095.

¹³⁴ Sözleşme metninin Türkçe'ye çevirisinde 'derogation' kelimesi 'askıya alma' olarak çevrilse de, Mahkeme içtihadının da desteklediği üzere, olağanüstü hallerde hak ve özgürlükler askıya alınmamakta

dayanılarak Nazi işgali nedeniyle ilan edilen olağanüstü hal kapsamında alınan tedbirlerin, Sözleşme'nin 18. maddesinden doğan gerekliliklere uymadığı sürece artık meşru kabul edilemeyeceğini söylemiştir. Komisyon, Belçika Hükümeti'nin 15. maddeye dayanılarak hak ve özgürlüklerin askıya alındığı argümanını kabul etmiş ve hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlandırmanın Sözleşme'nin 15. ve 18. maddeleriyle uyumlu şekilde, tehlikenin ciddiyeti ve süresi ile orantılı olması gerektiğini hatırlatmıştır.¹³⁵

Sözleşme'nin 15. maddesinden bahsetmişken, “mutlak haklar” ya da “sert çekirdekli haklar” olarak tanımlanabilecek haklardan da söz etmek gerekmektedir. Sözleşme'nin 15. maddesi, Sözleşme'nin 2. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkını, 3. maddesinde düzenlenen işkence, insanlık dışı ve kötü muamele yasağını¹³⁶, 4. maddesinde düzenlenen kölelik ve zorla çalıştırma yasağını ve 7. maddesinde düzenlenen kanunsuz ceza olmaz ilkesini (buna Sözleşme'ye Ek 7 Numaralı Protokol'ün 4. maddesini de eklemek gerekir) ilgilendiren bir durum olduğunda, taraf devletin, savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde dahi Sözleşme'de öngörülen yükümlülüklerine aykırı tedbirler alamayacağını düzenlemiştir. Dolayısıyla, bu haklar aynı zamanda sınırlandırılması mümkün olmayan haklar olduğu için, bu maddelerin Sözleşme'nin 18. maddesiyle bağlantılı olarak ihlal edildiğini ileri sürmek mümkün olmayacaktır.¹³⁷

Benzer bir durum, sınırlandırma sebebi içermeyen haklar için de geçerlidir. Örneğin, Sözleşme'nin 5. maddesinde özgürlük ve güvenlik hakkı düzenlenmiş, “güvenlik hakkı” mutlak bir şekilde bırakılmışken, “özgürlük hakkı” 5. maddede ve yasada öngörülen bazı usullerle sınırlandırmaya tabii tutulmuştur. Buna göre “güvenlik hakkı”yla bağlantılı olarak Sözleşme'nin 18. maddesinin ihlal edilmesi

sadece özel bazı kriterlere ve hassas bir denetime tabi olan istisnai tedbirlerin alınabileceği, yani devletin yükümlülüklerinde bazı azalmaların söz konusu olduğu bir sapma rejiminden bahsedilmektedir. Detaylı bilgi için Tolga Şirin, “OHAL ile İlgili Bazı Tamamlayıcı Bilgiler”, 23 Temmuz 2016, <http://bianet.org/bianet/siyaset/177097-ohal-ile-ilgili-bazi-tamamlayici-bilgiler> ve Tolga Şirin, “Askıya Alma Değil, Yükümlülük Azaltma”, 28 Temmuz 2016, <https://m.bianet.org/bianet/siyaset/177267-askiya-alma-degil-yukumluluk-azaltma-3-ay-degil-90-gun>.

¹³⁵ De Becker v. Belçika, Başvuru no. 214/56, 08.01.1960, para. 271. ‘Yunanistan Davası’ olarak bilinen davada da Komisyon, Sözleşme'nin 15. maddesinin 18. maddeyle bağlantılı olarak ihlal edildiği iddiasını 15. maddenin şartları yerine getirilmediği için inceleme gereği duymamıştır. Bkz. Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda v. Yunanistan, Başvuru no. 3321/67, 05.11.1969, Yearbook 12, s. 112, para. 225.

¹³⁶ Bkz. Komisyon, Timurtaş v. Türkiye, para. 329.

¹³⁷ Sözleşme'nin 3. maddesinin ve 7. maddesinin 18. madde şikâyetine konu edilebileceğiyle ilgili görüş için bkz. H. Satzger, F. Zimmermann & M. Eibach, “Does Art. 18 ECHR Grant Protection Against Politically Motivated Criminal Proceedings?” (Part 2), s. 260-262.

mümkün olmayacaktır ancak “özgürlük hakkı”yla bağlantılı olarak Sözleşme’nin 18. maddesi ihlal edilebilecektir. Aynı durum, Sözleşme’nin 9. maddesi için de geçerlidir. Düşünce ve din özgürlüğü sınırlandırılabilir ve 18. madde şikâyetine konu edilebilirken, vicdan özgürlüğü mutlaklıdır.

Mahkeme heyetinde ve doktrinde esas tartışma yaratan konu ise, Sözleşme’nin 6. maddesiyle güvence altına alınan adil yargılanma hakkının 18. madde şikâyetine konu olup olamayacağıdır. Mahkeme, 2016 yılından bu yana bu soruya yanıt aramış, Sözleşme’nin 18. maddesinin 6. maddesiyle bağlantılı olarak ihlal edildiği iddialarını ya incelemeye gerek görmemiş¹³⁸, ya konu bakımından yetkisizlik kararı vermiş¹³⁹, ya açıkça dayanaktan yoksun bulup reddetmiş¹⁴⁰ ya da konu edilebilir ve kabul edilebilir bulmuş fakat ihlal¹⁴¹ bulmamıştır.

Mahkeme’nin, Mahkeme hâkimleri tarafından da “tutarsız” olarak nitelendirilen bu gel-gitleri, ilgili kararlarda eleştirilmiştir. Hâkimler Nicolaou, Keller, Dedov, Nussberger, Tsotsoria, O’Leary ve Mits; Navalnyy ve Ofitserov, Navalnyye ve Mammadov kararlarına yazdıkları onaylayıcı şerh (*concurring opinion*) yazılarında Sözleşme’nin 6. maddesinin 18. madde şikâyetlerine uygulanmamasıyla, 18. maddenin öneminin gözardı edildiğini ifade etmiştir. Hâkimlere göre, 18. maddenin hazırlık çalışmaları, bu hükmün amacının Sözleşme’deki hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılarak sınırlandırılmasını ve totalitarizmle savaşıarak, Avrupa’da demokratik olmayan devletlerin yeniden canlanmasını önleme olduğunu göstermektedir.¹⁴² Mahkeme her ne kadar bu zamana kadar Sözleşme’nin 18. maddesinden az sayıda ihlal kararı vermişse de, netice itibarıyla 18. madde altında bir içtihat geliştirmeye başlamış ve her geçen gün 18. maddeyi daha fazla uygulamaya başlamıştır.¹⁴³

Gücün kötüye kullanıldığı her durumda 18. maddeye başvurulmayacağı aşîkârdır ancak Sözleşme’nin 6. maddesinin hem lafzından hem de Mahkeme

¹³⁸ Frumkin v. Rusya, Başvuru no. 74568/12, Karar tarihi: 05.01.2016; para. 169-173; Ilgar Mammadov v. Azerbaycan, no. 2, para. 255-262.

¹³⁹ Navalnyy ve Ofitserov v. Rusya, Başvuru no. 46632/13, Karar tarihi: 23.02.2016, para. 128-130; Navalnyy v. Rusya, Başvuru no. 101/15, Karar tarihi: 17.10.2017, para. 86-89.

¹⁴⁰ Nastase v. Romanya, Başvuru no. 80563/12, Karar tarihi: 18.11.2014, para. 105-109.

¹⁴¹ Khodorkovskiy v. Rusya, para. 256-261; Khodorkovskiy ve Lebedev v. Rusya, para. 903-909.

¹⁴² Navalnyy ve Ofitserov v. Rusya, onaylayıcı şerhler, para. 2; Navalnyy v. Rusya, onaylayıcı şerhler, para. 3; Mammadov v. Rusya, no. 2, onaylayıcı şerhler, para. 15.

¹⁴³ Navalnyy ve Ofitserov v. Rusya, onaylayıcı şerhler, para. 3; Navalnyy v. Rusya, onaylayıcı şerhler, para. 4.

içtihadından adil yargılanma hakkının doğası gereği sınırlandırılabilir olduğu anlaşılmaktadır. ¹⁴⁴

Sözleşme'nin 6. maddesi de, tıpkı 5. madde gibi, mutlak bir hak değildir. Belki Sözleşme'nin 8 – 11. maddelerinin 2. fıkrasındaki gibi madde metni içinde bu sınırlandırma sebepleri açıkça yazmamaktadır ama 6. maddenin sınırlandırılması da mümkündür. Bu nedenle, hâkimlere göre, Sözleşme'nin 5. maddesi uygulanabiliyorken, 6. maddenin 18. maddeyle bağlantılı olarak uygulanamamasının geçerli bir ön kabulü yoktur. ¹⁴⁵ Zira, Sokrates'in yargılanmasından bu yana, “siyasi yargı”, iktidar tarafından en bilinen kötüye kullanma yoludur. ¹⁴⁶

Doktrinde de, 6. maddenin 18. madde şikâyetlerine uygulanabileceği fikri yaygındır. ¹⁴⁷ Başvurucunun hakkında tamamen yanlış ve uydurma delillerle başlatılan yargılamada kendisini etkili bir şekilde savunmasına izin verilmemiş olabilir, dava tarafsız ve bağımsız olmayan bir hâkim tarafından yürütülmemiş olabilir ya da yetkililer başvurucunun itibarını zedelemek amacıyla hakkında bir soruşturma başlatmış ve kasıtlı olarak, masumiyet karinesine aykırı şekilde, başvurucunun suçlu olduğu izlenimini yaratabilirler. Böyle bir durumda, bunun özellikle başvurucunun siyasi hayatını sona erdirmek amacıyla yapıldığı kanıtlanabilirse, Sözleşme'nin 18. maddesinin 6. maddeyle bağlantılı olarak uygulanmamasının bir gerekçesi olmayacaktır. ¹⁴⁸ Devlet'in ceza yargılamasında farklı bir amaçla hareket etmesi, 6. maddenin kapsamından ayrı bir konudur. ¹⁴⁹

Özellikle, Mahkeme'nin taraf devletin uydurma delillerle, kötü niyetle, gücünü kötüye kullanarak ya da Sözleşme'ye aykırı farklı amaçlarla hareket ederek başvurucuları özgürlüklerinden alıkoyduğunu tespit ettiği davalarda, başvurucuların

¹⁴⁴ Navalnyy ve Ofitserov v. Rusya, onaylayıcı şerhler, para. 6; Navalnyy v. Rusya, onaylayıcı şerhler, para. 7-8. Örnek olarak gösterilen Mahkeme içtihadı için bkz. Mammadov v. Rusya, no. 2, onaylayıcı şerhler, para. 12.

¹⁴⁵ Navalnyy ve Ofitserov v. Rusya, onaylayıcı şerhler, para. 6.

¹⁴⁶ Tchankotadze v. Gürcistan, Başvuru no. 15256/05, Karar tarihi: 21.06.2016; hâkimler Sajo, Tsotsoria, Pinto De Albuquerque'nin şerhi, para. 4-6.

¹⁴⁷ Helen Keller ve Corina Heri, **op.cit.**, s. 6.

¹⁴⁸ H. Satzger, F. Zimmermann & M. Eibach, “Does Art. 18 ECHR Grant Protection Against Politically Motivated Criminal Proceedings? (Part 2)”, s. 259. Ayrıca bkz. H. Satzger, F. Zimmermann & M. Eibach, “Does Art. 18 ECHR Grant Protection Against Politically Motivated Criminal Proceedings? Rethinking the interpretation of Art. 18 ECHR against the background of new jurisprudence of the European Court of Human Rights”, s. 110-111.

¹⁴⁹ Barbora Budinska, “Article 18 of the European Convention on Human Rights: a toothless tiger?”, 21 Kasım 2017, <https://leidenlawblog.nl/articles/article-18-of-the-european-convention-on-human-rights-a-toothless-tiger>

hapis cezası ile cezalandırıldıkları durumlarda adil yargılanma hakkının ihlali iddiası farklı bir boyut kazanacaktır.¹⁵⁰

Ilgar Mammadov'un davasında bir grup hâkim tarafından bu konuda önemli tespitler yapılmıştır. Söz konusu davada Mahkeme, oy birliğiyle, başvurunun adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine ancak 18. madde şikâyetini ayrıca incelemeye yer olmadığına karar vermiştir. Daha önce de anlatıldığı gibi, Mahkeme, bu karardan önce 2014 yılında, başvurunun tutukluluğunun Sözleşme'ye aykırı olup olmadığını incelemiş ve başvurunun Hükümet'e yönelik eleştirileri nedeniyle susturulmak ve cezalandırılmak amacıyla 18. maddeye aykırı şekilde tutuklandığını tespit etmiştir.

18. maddenin ihlal edildiği tespiti dikkate alarak karşı oy yazan hâkimler *"eğer başvuru Sözleşme'nin izin verdiği amaçlardan başka bir amaçla tutuklanmışsa, aynı olaylardan doğan aynı suçlamaları içeren aynı ceza yargılamasına bağlı aynı dava nasıl farklı kabul edilebilir? Bu sadece 6. maddenin ihlali olarak mı görülür, yoksa aynı zamanda gücün kötüye kullanımı olarak mı?"* sorusunu sormuştur.¹⁵¹ Hâkimlere göre, böyle bir durumda tutukluluk kararı ile mahkûmiyet kararını bir bütün olarak değerlendirerek Sözleşme'nin 6. maddesiyle bağlantılı olarak Sözleşme'nin 18. maddesini uygulamak doğru bir yaklaşım olacaktır.¹⁵²

Nitekim Mahkeme, Ilgar Mammadov'un muhalif kimliği sebebiyle susturulmak ve cezalandırılmak amacıyla tutuklandığını tespit ederek Sözleşme'nin 18. maddenin 5. maddeyle bağlantılı olarak ihlal edildiğine ilişkin kararının sonuçlarının Azerbaycan tarafından yerine getirilmemesi nedeniyle Sözleşme'nin 46. maddesinin 4. fıkrası uyarınca önüne getirilen başvuruda, 5. maddeyle bağlantılı olarak 18. maddeden verilen ihlal kararıyla devletin kötü niyetle hareket ettiğinin tespit edildiğini, böylece kişinin siyasi sebeplerle gözaltına alınıp tutuklanmasının bundan sonraki süreci sakatlayacağını söylemiştir.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde ayrı bir başlıkta detaylı olarak anlatılacağı üzere Mahkeme ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Sözleşme'nin 18. maddesine aykırı olarak bir kişinin makul şüphe ve meşru amaç olmadan, siyasi sebeplerle tutuklanması halinde verilecek ihlal kararının yerine getirilmiş sayılması için kişinin

¹⁵⁰ Floris Tan, "The Dawn of Article 18 ECHR: A Safeguard Against European Rule of Law Backsliding?", s. 124-125.

¹⁵¹ Mammadov v. Rusya, no. 2, onaylayıcı şerhler, para. 3.

¹⁵² Mammadov v. Rusya, no. 2, onaylayıcı şerhler, para. 4.

tahliye edilmiş olmasını yeterli görmemekte, bu ihlal kararının ruhu ile uyumlu olarak kişinin tutuklanmasının yol açtığı bütün sonuçların ortadan kaldırılması gerektiğinin altını çizmektedir.

Hal böyleyken, Sözleşme'nin 18. maddesinin ihlali ile sonuçlanan ve başından sonuna kadar bütün süreci sakatlayan keyfi ve siyasi amaçlarla başlatılan yargılamanın ve özgürlükten alıkoymanın sonunda verilen hapis cezasıyla hükümlü olan kişilerin adil yargılanma hakkının ihlali iddiasıyla yaptıkları başvurularda 18. maddenin incelenmemesi, Mahkeme'nin son içtihatlarında benimsediği yaklaşımla da çelişecektir.

Fakat Sözleşme'nin 6. maddesinin 18. maddeyle birlikte uygulanması konusunda Mahkeme içtihadındaki bu tutarsızlık, hâkimleri şimdiye kadar bu yönde karar vermekten alıkoymuştur. Bu nedenle hâkimler, konunun bir an evvel Büyük Daire'ye taşınması gerektiğini düşünmektedir. Konunun Büyük Daire'ye taşınması ve Büyük Daire'nin kararını açıklaması sürecinin de bir yılı bulabileceği düşünüldüğünde, başvurucunun zararına bir gecikme yaşanmaması için Mahkeme'nin bu davaları en kısa sürede karara bağlaması gerekmektedir.¹⁵³

Sözleşme'nin 18. maddesinin yalnızca 5. maddeyle birlikte değil, diğer maddelerle birlikte kullanılması, yani 18. maddenin uygulanma alanının genişletilmesi, 18. maddenin ceza adalet sisteminden herhangi bir sapma yaşanmasına karşı daha etkili bir araç olmasını¹⁵⁴, böylece hukukun üstünlüğü ilkesinin de güvence altına alınmasını sağlayacaktır.

b. Sözleşme'nin 18. Maddesinin Hakların Sınırlandırma Ölçütleri ile İlişkisi

Sözleşme'nin 18. maddesi sadece sınırlandırma hükümlerinin kapsamını belirtmeye yönelik değildir. Söz konusu madde metni, aynı zamanda, taraf devletlerin

¹⁵³ Navalnyy v. Rusya, onaylayıcı şerhler, para. 10; Mammadov v. Rusya, no. 2, onaylayıcı şerhler, para. 7.

¹⁵⁴ H. Satzger, F. Zimmermann & M. Eibach, "Does Art. 18 ECHR Grant Protection Against Politically Motivated Criminal Proceedings?" (Part 2), s. 260.

Sözleşme tarafından öngörülen amaçların dışındaki amaçlarla Sözleşme’de yer verilen hak ve özgürlükleri sınırlandırmalarını da açıkça yasaklamaktadır.

18. madde metninden, sadece söz konusu hak ya da özgürlüğün Sözleşme tarafından izin verilen sınırlandırmalara tabi tutulması halinde ihlalin söz konusu olabileceği anlaşılmaktadır.¹⁵⁵ Sözleşme tarafından korunan bir özgürlüğe ya da hakka getirilen sınırlandırmanın, yalnızca buna imkân veren hükmün bütün koşulları yerine getirmemesi, muhakkak 18. madde açısından bir sorun ortaya koymamaktadır. Bu hükme dayalı bir şikâyetin ayrı olarak incelenmesi, yalnızca Sözleşme’ye uygun olmayan bir amaçla sınırlandırmanın getirildiği iddiasının davanın temel ve baskın bir yönü olduğunun ortaya çıkması halinde haklı gösterilmektedir.

Mahkeme, uzun yıllar boyunca, bağlantılı olarak ileri sürülen hakkın ihlal edildiğine karar vermiş olsa da 18. madde altında inceleme yapmayı reddetmiş, inceleme yaptığı da bağlantılı olarak ileri sürülen hakkın ihlal edilmediğine karar vermişse, Sözleşme’nin 18. maddesinin de ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Sözleşme’nin 18. maddesini “sınırlandırmaların sınırlandırılması” olarak tanımlayan akademisyenler gibi¹⁵⁶, Mahkeme de 18. maddenin uygulanmasında ve yorumlanmasında Mahkeme’nin Sözleşme’de düzenlenen sınırlandırma sebeplerini uygulama ve yorumlamada kullandığı genel yaklaşımı baz almıştır.

Bunu yaparken, Mahkeme ilk olarak birbiriyle uyum içerisinde olan Sözleşme maddelerinin lafzını dikkate almıştır. Sözleşme’nin 18. maddesinde geçen “... öngörüldükleri amaç dışında uygulanamaz” ifadesi, Sözleşme’nin 5., 8., 9., 10. ve 11. maddeleriyle Ek 1 Numaralı Protokol’ün 1., 2. ve 3.¹⁵⁷ maddelerinin ve Ek 4 Numaralı Protokol’ün 2., 3. ve 4. maddelerinin öngördüğü sınırlandırma sebepleriyle eşleşmektedir.¹⁵⁸

Mahkeme’nin yerleşik içtihadına göre, Sözleşme’nin 8 – 11. maddelerinde güvence altına alınan hak ve özgürlüklere yönelik bir müdahalenin “kanunla

¹⁵⁵ Gusinskiy v. Rusya, para. 73; Cebotari v. Moldova, para. 49.

¹⁵⁶ P. Santolaya, “Limiting Restrictions on Rights. Art. 18 ECHR (A Generic Limit on Limits According to Purpose)”, P. Santolaya & J. G. Roca (eds.), **Europe of Rights: A Compendium on the European Convention on Human Rights**, 2012, s. 527.

¹⁵⁷ Ek 1 Numaralı Protokol’ün 3. maddesinde düzenlenen serbest seçim hakkında herhangi bir sınırlandırmadan söz edilmemiştir. Ancak Mahkeme’ye göre bu hak, mutlak bir hak olmayıp bazı zımni sınırlandırmalara (*implied limitations*) tabii olabilmektedir. Bkz. Golder v. Birleşik Krallık, Başvuru No. 4451/70, Karar tarihi: 21.02.1975, para. 38 ve Mathieu-Mohin ve Clerfayt v. Belçika, Başvuru No. 9267/81, Karar tarihi: 02.03.1987, para. 52.

¹⁵⁸ Merabishvili v. Gürcistan, Büyük Daire, para. 293.

öngörölmüş” olması, “meşru bir amaç gütmesi”, kanunla öngörülen ve meşru amaç güden müdahalenin ise “demokratik toplumda gerekli olması” gerekmektedir.¹⁵⁹ Bu maddelerde öngörülen meşru amaçlar tüketicidir ve bu istisnaların tanımları sınırlayıcıdır.¹⁶⁰ Mahkeme, müdahalenin meşru bir amacı olmadığına karar verirse, ayrıca demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını incelemeye gerek görmemektedir.¹⁶¹

Mahkeme pek çok kararında ilgili müdahalenin kanunla öngörüldüğünü ve kamu güvenliği ve kamu düzeninin korunması¹⁶², ülkenin ekonomik refahının korunması¹⁶³, suç işlenmesinin önlenmesi¹⁶⁴, genel sağlığın¹⁶⁵, ahlakın¹⁶⁶ ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin¹⁶⁷ korunması gibi meşru amaçları olduğunu kabul ederek, esas incelemesini demokratik bir toplumda gereklilik kriteri altında yapmaktadır. Fakat, az sayıda da olsa, Mahkeme’nin meşru amacın varlığı konusunda tereddüt içinde olduğunu dile getirdiği ve endişelerini, müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığını incelerken gidermeye çalıştığı kararlar da mevcuttur.¹⁶⁸ Mahkeme’nin müdahalenin meşru bir amaç gütmediğini tespit ettiği karar sayısı, daha da azdır.¹⁶⁹

Burada özel olarak dikkat çekmek istediğimiz iki Türkiye kararı bulunmaktadır. Bunlardan ilki, Mahkeme’nin meşru amacın varlığı konusunda tereddüte düştüğü *Nedim Şener v. Türkiye* kararıdır.¹⁷⁰ Bilindiği üzere, başvuru Nedim Şener gazetecidir ve Hanefi Avcı tarafından yazılan, Ergenekon soruşturmasını sert şekilde eleştiren “Haliçte Yaşayan Simonlar” ve Ahmet Şık tarafından yazılan “İmamın Ordusu” kitaplarının yazımına katkıda bulunduğu iddiasıyla 3 Mart 2011 tarihinde, gazeteci Ahmet Şık ile birlikte, gözaltına alınmış, 6 Mart 2011 tarihinde tutuklanıp 12 Mart 2012 tarihinde tahliye edilmiştir. Başvurucunun tutuklanmasının ardından

¹⁵⁹ Handyside v. Birleşik Krallık, Başvuru no. 5493/72, Karar tarihi: 07.12.1996, para. 44-59.

¹⁶⁰ Pek çok karar arasından bkz. S.A.S. v. Fransa, Büyük Daire, Başvuru no. 43835/11, Karar tarihi: 01.07.2014, para. 113. Ayrıca bkz. Merabishvili v. Gürcistan, Büyük Daire, para. 294-295.

¹⁶¹ Baka v. Macaristan, Büyük Daire, Başvuru no. 20261/12, Karar tarihi: 23.06.2016, para. 157.

¹⁶² Klass ve Diğerleri v. Almanya, Başvuru no. 5029/71, Karar tarihi: 06.09.1978, para.60

¹⁶³ Lopez Ostra v. İspanya, Başvuru no. 16798/90, Karar tarihi: 09.12.1994, para. 58.

¹⁶⁴ Silver ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, Başvuru no. 5947/72, Karar tarihi:25.03.1983.

¹⁶⁵ Durisotto v. İtalya, Başvuru no. 62804/13, Karar tarihi: 06.05.2014.

¹⁶⁶ Handyside v. Birleşik Krallık, Başvuru no. 5493/72, Karar tarihi: 07.12.1996

¹⁶⁷ Kokkinakis v. Yunanistan, Başvuru no. 14307/88, Karar tarihi: 25.05.1993, para. 44.

¹⁶⁸ Tanase v. Moldova, Büyük Daire, Başvuru no. 7/08, Karar tarihi: 27.04.2010, para. 164-170; Alekseyev v. Rusya, Başvuru no. 4916/07, Karar tarihi: 21.10.2010, para. 69; Perinçek v. İsviçre, Büyük Daire, Başvuru no. 27510/08, Karar tarihi: 15.10.2015, para. 146-154.

¹⁶⁹ P. ve S. v. Polonya, Başvuru no. 57375/08, Karar tarihi: 30.10.2012, para. 133.

¹⁷⁰ Nedim Şener v. Türkiye, Başvuru no. 38270/11, Karar tarihi: 08.07.2014.

soruşturmayı yürüten savcıdan üst düzey devlet görevlilerine kadar pek çok kişi, başvurunun gazetecilik faaliyetleri nedeniyle değil, örgüt üyesi olduğu iddiasıyla tutuklandığı yönünde açıklamalar yapmıştır.

Başvurucu, hakkında başlatılan soruşturma nedeniyle tutuklanmasının özgürlük ve güvenlik hakkı ile ifade özgürlüğünü ihlal ettiğinden şikâyet etmiş ve tutuklanmasının araştırmacı gazetecilik mesleğini icra etmesini engellemek amacıyla yapıldığını iddia etmiştir.¹⁷¹

Mahkeme, söz konusu başvuruda, başvurunun tutuklanmasındaki amacın daha çok, o zamana kadar kamuoyunda geniş tartışmalara konu olan bir yargılamanın yürümesine ilişkin bütün eleştirileri veya yorumları engellemek olup olmadığı ve dolayısıyla, müdahalenin Hükümet tarafından ileri sürülen meşru amaca yönelik olup olmadığı konusunda kendisini sorgulamış, fakat, sorunun müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığının tartışılacağı bölümde incelenmesine karar vermiştir.¹⁷²

Başvurucunun uzun bir dönem boyunca “ikna edici” ve “yeterli” olarak nitelendirilemeyecek gerekçelerle tutuklu kalmasının Sözleşme’nin 5. maddesine de aykırı olduğuna karar veren Mahkeme, başvuru hakkında uygulanan bu tedbirin niteliğini ve ağırlığını da dikkate alarak, içinde bulunulan şartlar ne olursa olsun, söz konusu tedbirlerin Sözleşme’nin 10. maddesi tarafından öngörülen meşru amaçlara orantısız bir müdahale olduğunu belirtmiş ve dolayısıyla, demokratik bir toplumda gerekli olmadığına karar vermiştir.¹⁷³

İkinci karar ise, başvuru tarihinde milletvekili olan başvurunun iki milletvekilinin dokunulmazlıklarının kaldırılmasını eleştirirken dönemin cumhurbaşkanı Süleyman Demirel’e “Çankaya’nın şişmanı” dediği için eski Borçlar Kanunu’nun 49. maddesi uyarınca tazminat ödemesine karar verilmesini konu alan *Pakdemirli v. Türkiye* davasıdır.¹⁷⁴

Söz konusu müdahalenin, ilk bakışta İHAS’ın 10. maddesinin 2. fıkrası bakımından, yani bir başkasının şeref ve haysiyetinin korunması açısından meşru bir amaç güttüğünü kabul eden İHAM, başvurunun mahkûm edildiği Borçlar

¹⁷¹ Nedim Şener v. Türkiye, para. 87.

¹⁷² Nedim Şener v. Türkiye, para. 105.

¹⁷³ Nedim Şener v. Türkiye, para. 120,121,123.

¹⁷⁴ Pakdemirli v. Türkiye, Başvuru no. 35839/97, Karar tarihi: 22.02.2005, para. 54

Kanunu'nun 49. maddesinin uygulamaya konmasında gözetilen amacın "meşru" kabul edilip edilemeyeceğinin de belirlenmesi gerektiğini düşünmüş, fakat bu soruyu, demokratik bir toplumda müdahalenin gerekliliği sorusuyla birlikte ve bu sorularla yakından bağlantılı olan hususları da dikkate alarak incelemiştir.¹⁷⁵

İHAM, hukuki cezanın keyfi bir biçimde değerlendirilmiş olduğu görüntüsünü veren mahkeme kararında davacının şahsiyetine yönelik zararın değil, Cumhurbaşkanı'nın statüsünün aşırı ölçüde korunmasını kaygı verici bulmuş, suç alanında özel bir yasa ile artırılan korumanın ilkesel olarak Sözleşme'nin ruhuna aykırı olduğunu ifade etmiştir.¹⁷⁶ Başvurucuya mahkûmiyet verilmesiyle gözetilen amacın ne Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinde yer alan ve Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrasına göre meşru olan amaçla aynı olduğuna, ne de yasanın bu şekilde uygulanmasının zorunlu bir toplumsal ihtiyaca cevap verdiğine ikna olmuştur.¹⁷⁷

Özgürlük ve güvenlik hakkının düzenlendiği Sözleşme'nin 5. maddesi bakımından ise Mahkeme, bazı hallerde, başvuruçuların özgürlüklerinden alıkonulmasının makul bir sebebi ve meşru bir temeli olmadığı gerekçesiyle 5. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme, başvuruçuların bir eyleme katılmalarını engellemek ya da bu nedenle onları cezalandırmak için geniş/belirsiz ya da uydurma (*fabricated*) delillerle ve suçlamalarla tutuklandıkları¹⁷⁸ ya da tutuk hallerinin uzatılması için yetkililerin yargılamaları manipüle ettikleri¹⁷⁹ davaları bir bütün olarak değerlendirdiğinde, yetkililerin başka bir amaçla hareket ettiklerini tespit etmiştir.¹⁸⁰

Muhalef bir eyleme katılmak amacıyla Sheremetyevo Havaalanı'ndan Samara'ya uçuş için geldiğinde pasaportuna el konularak gözaltına alınan ve tutuklanan başvuruçunun bu şekilde eyleme katılmasının imkânsız hale getirildiği iddiasını inceleyen İHAM, başvuruçunun, Sözleşme'nin 5. maddesi uyarınca meşru bir amaç doğrultusunda özgürlüğünden yoksun bırakılmadığına ve Sözleşme'nin 11. maddesi kapsamında yapılan müdahalenin kanunla öngörülme şartını taşımadığına karar vermiştir.

¹⁷⁵ Pakdemirli v. Türkiye, para. 42-43.

¹⁷⁶ Pakdemirli v. Türkiye, para. 52.

¹⁷⁷ Pakdemirli v. Türkiye, para. 54.

¹⁷⁸ Nemtsov v. Rusya, Başvuru no. 1774/11, Karar tarihi: 31.07.2014, para. 103.

¹⁷⁹ Navalnyy ve Yashin v. Rusya, Başvuru no. 76204/11, Karar tarihi: 04.12.2014, para. 96-97.

¹⁸⁰ Merabishvili v. Gürcistan, Büyük Daire, para. 301.

Başvurucunun 18. maddenin ihlal edildiği iddiasını 5. ve 11. maddeden verilen ihlal kararlarını gerekçe göstererek incelemeye gerek görmeyen İHAM, hâkim Keller tarafından eleştirilmiştir. Keller’a göre, söz konusu maddelerden verilen ihlal kararları, Rusya’nın başvurucuyu susturmak ve caydırmak amacıyla hareket ettiği iddiasına cevap vermemektedir. Keller, benzer davalarda benzer eleştiriler getiren hâkimlerin eleştirilerini de hatırlatarak, başvurucunun yargılamanın “sağlıklı temellere” dayanmadığını ispatlamasını beklemenin sadece mağdurlar için adaletin tesisini değil, aynı zamanda Sözleşme’nin 18. maddesinden beklenen amaçların yerine getirilmesini de engellediğini beyan etmiştir.¹⁸¹

Yukarıda anılan ve belki bugün Mahkeme’nin önüne götürülmüş olsa, ihlal bulunmasa bile, en azından Sözleşme’nin 18. maddesi altında daha nitelikli bir incelemeyi hak edecek bu başvurularda Mahkeme’nin neden 18. maddeyi incelemediği üzerine düşünmek gerekir. Bunun çeşitli sebepleri olabilir.

Her şeyden önce, Mahkeme’nin daha önce de sıklıkla dile getirilen yaklaşımı bu sonuca engel olmaktadır. Başvurucular 18. maddenin ihlal edildiğini ileri sürse bile Mahkeme, ya bağlantılı olarak ileri sürülen hak ve özgürlüğün ihlal edilmiş olmasını yeterli görmüş ya da ayrıca inceleme gereği duymamıştır. Buna, Mahkeme’nin ihlal iddialarının “doğrudan ve inkâr edilemez/yadsınamaz” delillerle ispat edilmesi ve bu konudaki bütün yükün başvurucunun üstüne bırakılması konusundaki ısrarcı tavrı ve ispat külfeti ile delil ve ispat standardı bakımından “tutarsız” olarak nitelendirebileceğimiz içtihadı da eklenince bu tablo ortaya çıkmaktadır.

Dahası, ve belki en önemlisi, Mahkeme’nin kendisinin bile 18. madde altında sınırlandırmanın ardında yatan gizli amaç ile birden fazla amaç olması durumunda hangi amacın daha baskın olacağı gibi konularda içtihadın netlik kazanmamasıdır.¹⁸²

Sözleşme’nin 18. maddesinin yeni yeni popüler olan ve bilinen bir madde olması, Mahkeme’nin yakın zamana kadar Sözleşme’nin 18. maddesini kullanmaktan kaçınması, yüksek ispat standardı ve tutarsız içtihatla birleşince, Sözleşme’nin 18. maddesinin ihlal edildiğine karar verilen kararlarla oldukça benzer koşullar taşıyan başvurularda dahi başvuruçuların bu maddeyi ileri sürebileceklerini bilmedikleri ya da ileri sürmekten çekinebilecekleri düşünülebilir.¹⁸³ Mahkeme’nin şimdiye kadar 18.

¹⁸¹ Kasparov v. Rusya, Başvuru no. 53659/07, Karar tarihi: 11.10.2016, onaylayıcı şerh, para. 6-9.

¹⁸² Merabishvili v. Gürcistan, Büyük Daire, para. 285.

¹⁸³ Helen Keller ve Corina Heri, **op.cit.**, s. 6.

madde şikâyeti anlamına gelebilecek ihlal iddialarını, özü itibarıyla sunulmadığı sürece, re'sen incelememesi de bu sonucun başka bir gerekçesidir.

Tüm bu nedenlerle, Mahkeme, Büyük Daire kararı ile, 18. maddenin yorumlanmasına ve uygulanmasına dair netleştirilmesi gereken noktaları tespit edip, bunları açık bir şekilde ortaya koymaya karar vermiştir.¹⁸⁴

2. 18. Maddenin Uygulanabilirliği: Üç Aşamalı İnceleme

Bu bilgiler ışığında, Mahkeme, Sözleşme'nin 18. maddesinin ihlal edildiği iddiası hakkında karar verirken üç noktayı incelemelidir: Başvurucunun hak ya da özgürlüğünün, Sözleşme'de öngörülen sınırlandırma sebeplerinden farklı gizli bir amaçla sınırlandırılıp sınırlandırılmadığı; sınırlandırmanın birden çok amaçla yapılıp yapılmadığı; hangi amacın daha baskın olduğu.¹⁸⁵

Sözleşme'ye uygun olmayan bu gizli amacın ne olduğu Sözleşme'de tanımlanmamıştır.¹⁸⁶ Gizli amaç, “köyü niyet”le bağlantı bir kavramdır ancak her davada eş değer değildir.¹⁸⁷ Mahkeme'nin içtihadına bakıldığında, hak ve özgürlüklere yönelik müdahalelerin arkasında gizlenen amaçları birkaç grup altında toplamak mümkündür.¹⁸⁸

Mahkeme'nin 18. maddenin ihlal edildiğine karar verdiği ilk kararlarında, başvuruçuların özgürlüklerinden alıkonulmasının ardında yatan gizli amacın başvuruçulardan bilgi almak ya da başka faydalar sağlamak amacıyla onları baskı altına almak olduğu görülmektedir. Örneğin Gusinskiy davasında başvuruçu, yetkililerin kendisini tutuklayarak medya hisselerini adil olmayan koşullarda satmaya zorlanmak amacıyla tutuklandığını¹⁸⁹, Cebotari davasında ise başvuruçu, Oferta Plus şirketinin İHAM önündeki başvurusunun çekilmesi¹⁹⁰ amacıyla tutuklandığını ileri sürmüştür. Merabishvili davasında ise, Saakashvili'nin banka hesabı ve Zhvania'nın

¹⁸⁴ Merabishvili v. Gürcistan, Büyük Daire, para. 286.

¹⁸⁵ Guide on Article 18 of the European Convention on Human Rights, para. 17.

¹⁸⁶ Merabishvili v. Gürcistan, Büyük Daire, para. 292; Khodorkovskiy v. Rusya, para. 255; Lutsenko v. Ukrayna, para. 106; Tymoshenko v. Ukrayna, para. 294; Khodorkovskiy ve Lebedev v. Rusya, para. 899; Ilgar Mammadov v. Azerbaycan, para. 137; Rasul Jafarov v. Azerbaycan, para. 153.

¹⁸⁷ Merabishvili v. Gürcistan, Büyük Daire, para. 283.

¹⁸⁸ Guide on Article 18 of the European Convention on Human Rights, para. 22.

¹⁸⁹ Gusinskiy v. Rusya, para. 76.

¹⁹⁰ Cebotari v. Moldova, para. 53.

ölümü hakkında bilgi alabilmek amacıyla savcının başvuru üzerinde baskı uyguladığı¹⁹¹ iddia edilmiştir.

Gusinskiy ve Cebotari kararlarından sonra, Mahkeme uzun bir dönem siyasetçilerin başvurularıyla meşgul olmuştur. Söz konusu kararlarda başvuru, aktif olarak rol aldıkları siyasi hayattan silinmeleri ve bir sonraki seçimlerde aday olmalarının engellenmesi amacıyla tutuklandıklarını, yani haklarında siyasi sebeplerle soruşturma ve/veya kovuşturma başlatıldığını iddia etmiştir.¹⁹²

Özgürlük ve güvenlik hakkının ve mülkiyet hakkının, siyasi sebeplerin yanı sıra, ekonomik menfaat elde etmek ya da ekonomik olarak zarara uğratmak amacıyla sınırlandırıldığı da iddia edilmiştir. Örneğin, OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos davasında başvuru, şirketin ortadan kaldırılması ve malvarlığına el konulması amacıyla vergi kaçırmakla suçlandıklarını ileri sürmüştür.¹⁹³

Şimdiye kadar Azerbaycan'a karşı verilen 18. madde ihlallerinin tamamında ise gizli amacın, insan hakları savunucusu, sivil toplum aktivisti ve insan hakları avukatı olan başvuru, insan hakları ve sivil toplum alanında yürüttükleri faaliyetler nedeniyle susturma ve cezalandırma olduğuna karar verilmiştir.¹⁹⁴

Mahkeme 2018 yılının son aylarında verdiği iki kararda, Sözleşme'nin 18. maddesinin hukukun üstünlüğünün ve demokrasinin korunmasında oynadığı role özellikle dikkat çekerek, Sözleşme'nin, hukukun üstünlüğü ilkesiyle düzenlenen demokratik toplum ideallerini ve değerlerini korumaya ve desteklemeye yönelik olduğunu¹⁹⁵ ve Sözleşme'ye uygun olmayan bir amacın, demokrasi için de inkâr edilemeyecek bir tehdit ve sorun olduğunu vurgulamıştır. Mahkeme'ye göre bazı durumlarda, başvuru, hak ve özgürlüklerinin Sözleşme'ye aykırı gizli bir amaçla sınırlandırılması yalnızca başvuru etkilemez, ayrıca, demokrasinin kendisini de tehlike altına sokar. Bu nedenle Mahkeme, önce Rusya'nın önde gelen siyasetçilerinden Navalnyy'nin, daha sonra, Demirtaş'ın başvurularında, başvuru, tutuklanmasının ardında yatan baskın gizli amacın demokratik toplum

¹⁹¹ Merabishvili v. Gürcistan, Büyük Daire, para. 351-354.

¹⁹² Lutsenko v. Ukrayna, para. 109; Tymoshenko v. Ukrayna, para. 299; Khodorkovskiy v. Rusya, para. 254; Khodorkovskiy ve Lebedev v. Rusya, para. 889; § 109; Merabishvili v. Gürcistan, Büyük Daire, para. 332.

¹⁹³ OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Rusya, para. 665.

¹⁹⁴ Mammadov v. Azerbaycan, para. 143; Rasul Jafarov v. Azerbaycan, para. 162; Mammadli v. Azerbaycan, para. 104; Rashad Hasanov ve Diğerleri v. Azerbaycan, para. 125; Aliyev v. Azerbaycan, para. 214-216.

¹⁹⁵ Merabishvili v. Gürcistan, Büyük Daire, para. 307.

kavramının temelinde yatan çoğulculuğu boğmak ve özgürce siyasi tartışmalar yürütülmesini kısıtlamak olduğunu kabul etmiştir.¹⁹⁶

Bir hakkın ya da özgürlüğün bazen yalnızca Sözleşme'ye uygun olmayan bir amaçla sınırlandırmaya tabii tutulduğu görülmektedir.¹⁹⁷ Söz konusu davalarda Mahkeme, 18. maddeyi şimdiye kadar 5. maddeyle bağlantılı olarak uygulamış ve Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının c bendi uyarınca, başvurucunun tutukluluğunun geçerli bir temeli olmadığına¹⁹⁸ ya da haklarındaki suçlamaların makul şüpheyeye dayanmadığına¹⁹⁹ karar verdiği başvurularda, başvurucunun tutukluluğun yalnızca gizli bir amaca dayandığına karar vermiştir.

Bununla birlikte, bir sınırlandırmanın hem Sözleşme'ye uygun olmayan hem de Sözleşme tarafından öngörülen bir amaç doğrultusunda getirilmesi, yani pek çok amaç izlemesi mümkündür.²⁰⁰ Bu koşulda, bir sınırlandırmanın bu hükümde belirtilen amaçlardan birini izlemesi nedeniyle getirilmesine izin veren Sözleşme'nin normatif hükmüyle uyumlu ve aynı zamanda, özellikle, Sözleşme tarafından öngörülmemen başka bir amacı hedeflediği, başka bir deyişle, bu diğer amacın ağır bastığı gerekçesiyle 18. maddesine aykırı olabilmektedir. Aksine, Sözleşme tarafından öngörülen amacın, sınırlandırmanın başlıca amacı olması durumunda, sınırlandırma bundan başka bir amaç izlese bile, 18. maddeyi ihlal etmemektedir.

Sözleşme'de düzenlenen hak ve özgürlüklerde öngörülmemen bir amacın izlendiği Mahkeme tarafından tespit edilmiş olsa bile, 18. maddenin ihlal edilmediğine karar verilebilir. Aynı şekilde, 18. maddenin özerk ve bağımsız yapısının bir sonucu olarak, Mahkeme, ilgili hak ya da özgürlüğün Sözleşme'ye uygun bir amaçla kısıtlandığına karar verse dahi, Sözleşme'nin 18. maddesinin ihlal edildiğine karar verebilir. 18. maddeden ihlal bulunabilmesi için diğer amacın, daha ağır basan bir amaç olması gerekmektedir. Bu karara varırken Mahkeme, tutukluluğun arkasında gizli bir niyetin bulunup bulunmadığını ve kendisine sunulan unsurların bu amacı ağır basan amaç olarak tanımlamak için yeterli olup olmadığını incelemektedir.²⁰¹

¹⁹⁶ Navalnyy v. Rusya, Büyük Daire, para. 176; Demirtaş v. Türkiye, no. 2, para. 272-273.

¹⁹⁷ Merabishvili v. Gürcistan, Büyük Daire, para. 292.

¹⁹⁸ Lutsenko v. Ukrayna, para. 63-65 ve 67-72; Tymoshenko v. Ukrayna, para. 269-271; Navalnyy v. Rusya, Büyük Daire, para. 71.

¹⁹⁹ Cebotari v. Moldova, para. 52; Ilgar Mammadov v. Azerbaycan, para. 100; Rasul Jafarov v. Azerbaycan, para. 133; Mammadli v. Azerbaycan, para. 65; Rashad Hasanov ve Diğerleri v. Azerbaycan, para. 107; Aliyev v. Azerbaycan, para. 164.

²⁰⁰ Merabishvili v. Gürcistan, Büyük Daire, para. 292.

²⁰¹ Merabishvili v. Gürcistan, Büyük Daire, para. 318; Demirtaş v. Türkiye, no. 2, para. 259.

Belirli bir davada hangi amacın daha ağır bastığı hususu, davanın koşullarına bağlıdır.²⁰² Mahkeme'nin, davanın koşullarını değerlendirirken aradığı delil ve ispat kriterleri son derece yüksek bir standardı barındırmaktadır. Mahkeme, bu bağlamdaki değerlendirmeleri kapsamında izlendiği kabul edilen ve Sözleşme'ye uygun olmayan amacın niteliği ve suçlanabilirlik derecesi ile iddia edilen bu amacın süresini ve etkilerini göz önünde bulundurmaktadır.

Khodorkovskiy ve Lebedev davasında başvuru, ceza davasının tamamında yetkililerin gizli bir amaçla hareket ettiğini iddia etmiş, İHAM, söz konusu davada “karma niyet”le hareket edildiği varsayılsa bile, gizli amacın esaslı ve belirleyici bir şekilde ortaya konulmadığını ve davanın “sağlıklı temellere” dayanmadığının ispatlanmadığını belirtmiştir.²⁰³

Mahkeme, devam eden bir durum söz konusu olduğunda, başlangıçta muhtemelen bir hedef ya da meşru amaç olarak görülebilecek bir hususun zamanla daha az makul olabileceğini göz ardı etmemekte ve ağır basan amacın zamanla değişebileceğini düşünmektedir.²⁰⁴

Nitekim Büyük Daire, yedi ay boyunca tutuklu olan Merabishvili'nin 14 Aralık 2013 tarihinde sabah erken saatlerde gizlice cezaevinden çıkartılarak savcı ile görüştürülmesini ve bu görüşme sırasında kendisine eğer Zhvania'nın ölümü ve Saakashvili'nin banka hesaplarıyla ilgili bilgi verirse serbest bırakılacağı ve hakkındaki suçlamaların düşürüleceği vaadinde bulunulmasını 18. maddenin ihlali için yeterli görmüştür. Büyük Daire'ye göre başvurunun Hükümet tarafından ikna edici şekilde yürütülemeyen iddiaları bir bütün olarak incelendiğinde, başvurunun özgürlük hakkına getirilen sınırlandırmanın esas amacı, başvurucudan bilgi almaktır.²⁰⁵ Bu nedenle Mahkeme, başvuru hakkında başlatılan soruşturma başlangıçta makul gerekçelere dayansa da, yaklaşık yedi aylık tutukluluğun devamında 14 Aralık 2013 tarihinde savcı ile yapılan gizli görüşmenin ardından özgürlükten alıkoyma amacı değişmiş ve başvurucudan bilgi alınması baskın amaç haline gelmiştir.²⁰⁶

²⁰² Merabishvili v. Gürcistan, Büyük Daire, para. 307.

²⁰³ Khodorkovskiy ve Lebedev v. Rusya, para. 904-908.

²⁰⁴ Merabishvili v. Gürcistan, Büyük Daire, para. 308 ve 351; Navalnyy v. Rusya, Büyük Daire, para. 171; Demirtaş v. Türkiye, no. 2, para. 269.

²⁰⁵ Merabishvili v. Gürcistan, Büyük Daire, para. 351.

²⁰⁶ Merabishvili v. Gürcistan, Büyük Daire, para. 353.

Yaklaşık bir yıl sonra, benzer şekilde Mahkeme, Selahattin Demirtaş'ın başvurusunda başvurucunun suç işlediğine dair objektif gözlemcileri ikna edebilecek makul şüpheyi dayanarak tutuklandığına, bu nedenle Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının c bendinin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Ancak, verilen ilk tutuklama kararı makul şüpheyi dayansa da, tutukluluk halini devam ettiren kararların gerekçesiz olması nedeniyle 5. maddenin 3. fıkrasının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Tutukluluğun devamı bakımından Sözleşme'nin 18. maddesinin ihlal edilip edilmediğine karar verirken önce, tutukluluk halinin devam ettirilmesindeki amacın aynı zamanda başvurucunun iddia ettiği gibi siyasi bir nitelik taşıyıp taşımadığını incelemiş, buna karar verdikten sonra, tutukluluğun devamı kararıyla özgürlük hakkına getirilen sınırlandırmanın ardında yatan amacın siyasi niteliğinin ağır basan amaç olup olmadığını değerlendirmiştir. Mahkeme, tutuk halinin uzatılmasının ardında siyasi sebepler olduğunu belirtmiş²⁰⁷ ve uzman görüşleri ve raporlarıyla birlikte siyasi gelişmeleri dikkate alarak söz konusu davada tutuk halinin devam ettirilmesindeki siyasi amacın daha baskın bir amaç olduğuna karar vererek Sözleşme'nin 18. maddesinden ihlal bulmuştur.

3. Sözleşme'nin 18. Maddesinin İhlal Edildiği İddiası Kim Tarafından ve Nasıl İspatlanabilir?

Mahkeme'nin yerleşik içtihadına bakıldığında, ispat yükü sadece Hükümet'e ya da başvurucuya ait değildir. Mahkeme, önündeki tüm delilleri, kaynağına bakmaksızın değerlendirmektedir ve gerektiği hallerde kendisi re'sen belge de edinebilmektedir. Ancak iki nokta açıkça sayılacak olursa eğer, gizli bir amacın varlığı ve hangi amacın daha baskın olup olmadığının nasıl kanıtlanacağı Mahkeme ve başvurucular için önemli bir sorun olmuştur. Mahkeme, bunu yaparken, özel kurallardan ziyade, ispata ilişkin her zamanki yaklaşımına bağlı kalabileceğini ve kalması gerektiğini tespit etmiştir.

Mahkeme, önünde bulunan iddiaları destekleyen ya da çürüten delilleri kendisi re'sen başvuruculardan ya da davalı Hükümet'ten isteyebilmesine rağmen, tarafların

²⁰⁷ Demirtaş v. Türkiye, no. 2, para. 267.

kendiliğinden getirdikleri delillere dayanır. Davalı Hükümet böyle bir talebin yerine getirilmesine yanaşmaz, eksikliğin ya da talebin reddinin açıklamasını gerektiği gibi yapmaz ise Mahkeme, bundan anlam çıkarabilir. İç Tüzük'ün 44. maddesi uyarınca, ayrıca, bağlamsal faktörleri de dikkate alabilir.²⁰⁸

Mahkeme'nin, önünde devam eden yargılamada davalı Hükümet'in davranışlarından anlam çıkarma ihtimali, özellikle başvurucunun iddialarını destekleyebilecek ya da çürütebilecek kabiliyette bilgilere tek başına devletin erişiminin olduğu durumlarda, gizli amacın varlığına ilişkin iddialarla ilgilidir.²⁰⁹

Mahkeme'nin delil standardı ile ilgili yaklaşımının başlangıç noktası, “makul şüphenin ötesinde”dir (*beyond reasonable doubt*). Bu standart, ulusal yargılama sisteminde kullanılan ölçütlerle aynı değildir. Öncelikle, böyle bir delil, yeterince güçlü, açık ve uygun çıkarımların ya da aksi ispat edilemeyen fiili karinelerin varlığı sonucu ortaya çıkabilir. İkinci olarak da, bir hükme varmak için gerekli olan ikna derecesi, esasında vakanın özelliği, yapılan iddiaların türü ve Sözleşme ile ilgilidir.²¹⁰

Mahkeme'nin yaklaşımının diğer bir yönü ise, Mahkeme'nin önündeki delil türlerinin her birinin yalnızca kabul edilebilirliği ve geçerliliği ile ilgili değil, ispat değeri ile ilgili değerlendirme yapmakta da serbest olmasıdır. Delilleri değerlendirirken, tarafların beyanları ve vakanın kendisinden doğan çıkarımlar da dâhil olmak üzere, serbestçe değerlendirilen bütün delillerle desteklenen sonuçları da kabul eder. Delillerle ilgili taraflardan birinin karşılaştığı potansiyel zorluklar konusunda hassastır.²¹¹

Ancak söz konusu, Sözleşme'nin 18. maddesi olduğunda, Mahkeme'nin, Sözleşme'nin 2. ve 3. maddelerinin ihlal edildiği iddiasında bulunan başvurularda aradığı ispat külfetinden²¹² bile fazlasını aradığı, bunun da hem başvuruçuları bu hakkı

²⁰⁸ Merabishvili v. Gürcistan, Büyük Daire, para. 312; Guide on Article 18 of the European Convention on Human Rights, para. 50.

²⁰⁹ Merabishvili v. Gürcistan, Büyük Daire, para. 313; Guide on Article 18 of the European Convention on Human Rights, para. 51.

²¹⁰ Merabishvili v. Gürcistan, Büyük Daire, para. 314; Guide on Article 18 of the European Convention on Human Rights, para. 52.

²¹¹ Merabishvili v. Gürcistan, Büyük Daire, para. 315; Guide on Article 18 of the European Convention on Human Rights, para. 53.

²¹² Bu konuda bkz. Giovanni Bonello, “Evidentiary Rules of the ECHR in Proceedings Relating to Articles 2, 3 and 14: A Critique”, 2 *Inter-American and European Human Rights Journal*, 2009, s. 66-80; Uğur Erdal ve Hasan Bakırcı, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. Maddesi – Uygulama El Kitabı*, OMCT El Kitapları Dizisi, Cilt 1, Kasım 2006.

ileri sürmekten hem de Mahkeme'yi bu konuda karar vermekten alıkoyduğu düşünülmüş, Mahkeme bu nedenle eleştirilmiştir.²¹³

Mahkeme'nin Büyük Dairesi, bu eleştirileri dikkate alarak, *Merabishvili v. Gürcistan* davasında artık taraf devletlerin "iyi niyet"le hareket ettiği varsayımına dayanmamaya ya da ispat konusunda özel kurallar getirmemeye ve Mahkeme'nin genel yaklaşımına bağlı kalmaya karar vermiştir.²¹⁴

Fakat Mahkeme'nin kararları bazı soruları cevapsız bırakmıştır: 18. maddenin ihlal edildiğini (i) kim ispatlamakla yükümlüdür ve (ii) ispatlamak için ne gerekir?

a. İspat Yükü Kimdedir?

İHAM'ın yerleşik içtihadına göre, başvurunun yapıldığı sırada, başvuru konusu iddialarının doğruluğunu destekleyecek kanıtlar sunma görevi, başvuru sahibidir. Mahkeme, *Cebotari v. Moldova* kararında bu prensibin dışına çıkmış ve "Hükümet'in, başvuru sahibinin suç işlediğine yönelik makul şüphe olduğu konusunda Mahkeme'yi ikna edemediğini" belirterek başvuru hakkında başlatılan yargılamanın ve başvuru sahibinin tutuklanmasının amacının başvuru sahibini baskı altına almak olduğuna karar vermiştir.²¹⁵

"İspat külfeti başvuru sahibiyse, Mahkeme neden Hükümet'in kendisini ikna etmesini bekledi?" sorusuna Mahkeme tarafından basit bir yanıt verilmiştir: Başvuru sahibinin yolsuzluk yapmadığına karar veren ve Hükümet tarafından çürütülemeyen Moldova yerel mahkemelerinin kararı Mahkeme tarafından delil kabul edilmiştir.²¹⁶

Ancak Mahkeme bu yaklaşımını sonraki kararlarında sürdürmemiş, aksine, başvuru sahibinin üzerindeki ispat yükünü daha da arttırmayı tercih etmiştir.

²¹³ David J. Harris, Micheal O' Boyle, Edward P. Bates, Carla M. Buckley, **Law of the European Convention on Human Rights**, Oxford University Press, 2014, Third Edition; Hellen Keller ve Corina Heri, **op.cit.**, s. 4; Floris Tan, "The Dawn of Article 18 ECHR: A Safeguard Against European Rule of Law Backsliding?", s. 125.

²¹⁴ *Merabishvili v. Gürcistan*, Büyük Daire, para. 310; Guide on Article 18 of the European Convention on Human Rights, para. 48.

²¹⁵ *Cebotari v. Moldova*, para. 53.

²¹⁶ H. Satzger, F. Zimmermann & M. Eibach, "Does Art. 18 ECHR Grant Protection Against Politically Motivated Criminal Proceedings? (Part 2)", s. 252.

Khodorkovskiy ile Khodorkovskiy ve Lebedev başvurularında başvuru, Hükümet'in kendisini siyasi hayattan soyutlamak amacıyla gizli bir amaç izlediğini iddia ederken, Gusinskiy ya da Cebotari davasında olduğu gibi bu iddiasını kanıtlayacak doğrudan delilleri olmadığının bilincinde olduğunu söylemiş, siyasi kurumların, sivil toplum kuruluşlarının ve topluma mal olmuş kişilerin açıklama ve raporlarının uzman görüşü ve bağlamsal delil olarak kabul edilmesi gerektiğini, bunun tartışılabilir bir iddia yarattığını ve aksini ispatlamakla yükümlü olan tarafın artık Hükümet olduğunu ileri sürmüştür.²¹⁷

Mahkeme, Sözleşme'nin 18. maddesinin ihlal edildiği iddiasında çok sıkı bir ispat standardı aradığını, ispat yükünün hala başvurunun üzerinde olduğunu vurgulamıştır.²¹⁸ Başvurucunun haklarının ihlal edildiğini ortaya koyan uzman görüşleri ve açıklamaları Mahkeme tarafından dikkate alınsa da, başvuru sahiplerinin Hükümet'in sürecin başından sonuna kadar Sözleşme'yi yok sayacak şekilde ve "kötü niyet"le hareket ettiği iddiaları yönünden Mahkeme'yi ikna etmek için yeterli görülmemiştir.

Mahkeme'ye göre, Hükümet'in "kötü niyet"le hareket ettiğini iddia eden başvuru sahipleri, bu iddialarını Mahkeme'yi ikna edecek delillerle desteklemek zorundadır. Aksi durumda Mahkeme, önüne gelen her yüksek profilli davada, başvurunun statüsü, malvarlığı ve şöhreti gibi soruşturmanın arkasında farklı bir neden yattığı konusunda şüphe yarattığı her durumda ihlal kararı vermek zorunda kalabilecektir ki bu da bu kişiler hakkında soruşturma başlatılmasını bile imkânsız kılacaktır. Bunun önüne geçmek amacıyla Mahkeme, "yüksek siyasi statü sahibi olmanın dokunulmazlık bahşetmediğini" vurgulama gereği hissetmiştir.²¹⁹

Mahkeme'nin bu yaklaşımı beraberinde şu soruyu getirmiştir: Mahkeme'nin devletlerin "iyi niyet"le hareket ettiği varsayımına karşı, başvuru sahiplerinin yetkililerin gizli bir amacının olduğunu ispatlayabilmeleri mümkün müdür?

Satzger, Zimmermann ve Eibach'a göre, her şey tamamen devletin resmi daireleri içinde gerçekleştiği için, devlet yetkilileri aksine izin vermediği sürece, başvurunun bu delil zincirini Mahkeme'ye sunması mümkün görünmemektedir.²²⁰

²¹⁷ Khodorkovskiy ve Lebedev v. Rusya, para. 902.

²¹⁸ Khodorkovskiy v. Rusya, para. 259-260; Khodorkovskiy ve Lebedev v. Rusya, para. 903.

²¹⁹ "High political status does not grant immunity." Khodorkovskiy ve Lebedev v. Rusya, para. 903.

²²⁰ H. Satzger, F. Zimmermann & M. Eibach, "Does Art. 18 ECHR Grant Protection Against Politically Motivated Criminal Proceedings?" (Part 2), s. 253.

Dahası, Floris Tan'e göre, başvuruçuyu devlet yetkililerinin öznel amaçlarını kanıtlamak amacıyla bütün delilleri sunmak zorunda bırakarak bu kadar ağır bir ispat yükünün altına sokmak, Sözleşme'nin 18. maddesinin hukuk devletinin geriye doğru gidişine karşı sağlayacağı "erken uyarı" potansiyelinin gerçekleşmesine de mani olmaktadır.²²¹

Nitekim Tymoshenko davasına onaylayıcı şerh yazan hâkimler Jungwiert, Nussberger ve Potocki, başvuruçunun tutukluluğunun onu siyaset sahnesinden silme ve genel seçimlere katmama amacı taşıdığı yönündeki şikâyetinin insan hakları ve demokrasiyi de doğrudan ilgilendiren bir iddia olduğunu ve ciddiye alınması gerektiğini söylemiştir.

Sözleşme'nin 18. maddesinde geçen "amaç" kelimesi genellikle öznel bir niyete işaret etmektedir ki bu amaç, -yanlışlıkla- bir şekilde belgelenemediği sürece, yalnızca bu amaca sahip kişi ya da kişiler tarafından ortaya konulabilir. Gerçekten de "iyi niyet"le hareket etmekten vazgeçip, açıkça gösterilen amaçların dışında gizli ve farklı bir amaçla hak ve özgürlükleri kısıtlayan bir devlet karşısında, özellikle bu müdahalenin mağduru olan kişilerin genellikle cezaevinde olduğu düşünüldüğünde, kişilerin devletin hangi amaçla hareket ettiğini ispatlamaları oldukça zordur. Mahkeme bu nedenle hâlihazırda kötü niyetle ve Sözleşme'nin ruhuna aykırı olarak haksız bir şekilde cezalandırılan kişilerin omuzlarından bu yükü almalıdır.

b. Delil ve İspat Standardı Nedir?

Gusinskiy davasında Mahkeme, Sözleşme'nin 18. maddesinin ihlal edildiğine karar verirken başvuruçuya karşı yöneltilen suçlamaların düşürülmesi ve başvuruçunun serbest bırakılmasıyla sonuçlanan, altında bakanın imzasının da olduğu ekiyle birlikte başvuruçuya imzalatılan Temmuz Anlaşması'nı delil olarak kabul etmiştir. Fakat Mahkeme, bu kararda 18. maddenin ihlal edildiğini ileri sürebilmek amacıyla hangi delillerin sunulması gerektiği konusuna hiç değinmemiştir.²²² Mahkeme'ye göre Hükümet tarafından da inkâr edilmeyen bu yazılı anlaşma,

²²¹ Floris Tan, "The Dawn of Article 18 ECHR: A Safeguard Against European Rule of Law Backsliding?", s. 127.

²²² Merabishbili v. Gürcistan, Büyük Daire, para. 272.

başvurucunun ticari görüşmelerin bir parçası olarak tutuklandığını gösteren doğrudan bir delildir.²²³

Mahkeme, ispat standardıyla ilgili sessizliğini Cebotari davasında da sürdürmüş, fakat bu kez doğrudan delile değil, başvuru konusu olayların bağlamına dayanarak karar vermiştir.²²⁴ Hükümet'in, başvurucunun suç işlediğine yönelik makul şüphe olduğu konusunda Mahkeme'yi ikna edemediğini ve başvurucunun tutuklanmasının ardında yatan sebebin Oferta Plus isimli şirketin İHAM önündeki başvurusunu engellemek olduğunu söyleyen Mahkeme, ayrıca üç noktayı dikkate almıştır: Mahkeme'nin *Oferta Plus S.R.L. v. Moldova* davasında başvuru şirketin Sözleşme'nin 34. maddesinde düzenlenen bireysel başvuru hakkının ihlal edildiğine yönelik kendi kararını; başvurucuya yöneltilen suçlamalar ile Oferta Plus'ın yönetim kurulu başkanına yöneltilen suçlamaların özünde benzerlik ve yakın bağlantı taşıması ve aynı savcı tarafından başlatılıp yürütülmesi; takipsizlik kararı verilmiş olmasına karşın, Oferta Plus başvurusu Hükümet'e bildirildikten kısa bir süre sonra başvuru hakkındaki soruşturmanın yeniden başlatılması.²²⁵

İspat yükü ve ispat standardıyla ilgili yaklaşımın ortaya konulduğu ilk karar *Khodorkovskiy v. Rusya* olmuştur. 18. maddenin ihlal edilmediğine karar veren Mahkeme, 18. madde altında yapılacak başvuruların geleceğini ilgilendiren ve uzun yıllar etkisini devam ettiren önemli tespitlerde bulunmuştur.

Bunlardan ilki, "iyi niyet karinesi"dir. Mahkeme'ye göre,

*"Sözleşme'nin bütün temeli, taraf devletlerin iyi niyetle hareket ettiği karinesine dayanmaktadır. Elbette, kamu politikaları ya da bireysel önlemler 'gizli bir ajanda'ya sahip olabilir ve iyi niyet karinesinin aksi ispat edilebilir, ancak, hak ve özgürlüklerinin makul olmayan sebeplerle sınırlandırıldığını iddia eden başvurucular, yetkililerin gerçek amaçlarının iddia edildiği gibi olmadığını ikna edici şekilde göstermek zorundadır. Sadece şüphe duyulması, 18. maddeyi ihlal edecek şekilde Sözleşme'de öngörülen amaç dışında bir amaçla hareket edildiğini ispatlamaya yetmez."*²²⁶

²²³ Gusinskiy v. Rusya, para. 76-78.

²²⁴ Cebotari v. Moldova, para. 53.

²²⁵ Guide on Article 18 of the European Convention on Human Rights, para. 68.

²²⁶ Khodorkovskiy v. Rusya, para. 255.

İkincisi ise, ispat standardına ve ispat yüküne ilişkindir.

“Sözleşme’nin 18. maddesi altında bir iddiada bulunulduğunda, Mahkeme, çok sıkı bir ispat standardı uygulamaktadır. Bunun bir sonucu olarak, bu maddenin ihlal edildiğine karar verilen az sayıda dava bulunmaktadır.” ²²⁷

Mahkeme, Gusinskiy ve Cebotari kararlarını anarak, söz konusu başvurularda 18. maddenin ihlal edildiğini ortaya koyacak doğrudan bir delil (Anlaşma) ve görünür bir bağlantı (İHAM önünde görülen Oferta Plus davası) olduğunu, bunu ispat etmekle yükümlü olan tarafın da başvuru olduğunu hatırlatmıştır. ²²⁸

Üçüncüsü, gizli bir amacın ya da kötü bir niyetin var olduğunu ispatlarken hangi delillerin dikkate alınacağıdır. Başvurucu ilk olarak, başvurucunun iş ve siyasi hayatını çevreleyen etmenleri ve o dönemki Başkan’ın yönetimi tarafından izlenen politikaları Mahkeme’nin dikkatine sunmuştur. ²²⁹ Mahkeme, başvurucunun muhalefet partilerini destekleyen, zengin ve etki sahibi bir insan olarak önemli bir siyasi figür olduğunun farkında olduğunu ancak başvurucunun pozisyonundaki herhangi bir kişinin benzer iddialarda bulunabileceğini kaydetmiştir. ²³⁰ Mahkeme’ye göre, başvurucunun statüsünün dikkate alınması, başvuru gibi kişilerin şüpheli sıfatıyla soruşturulmasını imkânsız hale getirecektir ki, bu da bir anlamda ‘dokunulmazlık’ bahsetmek olacaktır.

²³¹

Başvurucu ayrıca iddialarını desteklemek amacıyla siyasi kurumların tavsiye kararlarını, sivil toplum kuruluşlarının ve topluma mal olmuş kişilerin açıklamalarını delil olarak sunmuştur. Mahkeme, bu rapor ve açıklamaları dikkate almış ancak tek başına delil olarak kabul etmemiştir. ²³²

Başvurucu son olarak, Avrupa’daki bazı yerel mahkemelerin Yukos yöneticileri ve Yukos’un malvarlığı ile ilgili davalarda kendi lehine verdiği kararları delil olarak göstermiştir. Mahkeme, bu delilleri başvurucunun ileri sürdüğü en sağlam argüman olarak kabul etse de, söz konusu davalarda ileri sürülen deliller ve hukuki argümanlar ile Mahkeme önündekiler arasında farklar bulunduğunun, daha da önemlisi,

²²⁷ Khodorkovskiy v. Rusya, para. 256.

²²⁸ Khodorkovskiy v. Rusya, para. 256.

²²⁹ Khodorkovskiy v. Rusya, para. 257.

²³⁰ Khodorkovskiy v. Rusya, para. 258.

²³¹ Khodorkovskiy v. Rusya, para. 258.

²³² Khodorkovskiy v. Rusya, para. 259.

Mahkeme'nin 18. madde altında aradığı ispat standardının, yerel mahkemelerden farklı ve çok yüksek olduğunun altını çizmiştir.²³³

Şayet başvuru, ilgili Devlet'in yargı mekanizmasının tamamının sürecin başından sonuna kadar Sözleşme'ye aykırı şekilde kötüye kullanıldığı gibi çok ciddi bir iddiaya sahipse, ispat standardının da aynı ölçüde yüksek olması gerekmektedir ve bu iddiasını yadsınamayacak ve doğrudan delillerle ispatlamak zorundadır.²³⁴ Bu nedenle Mahkeme, başvurunun ileri sürdüğü delillerin kendisini ikna etmeye yetmediğine karar vererek 18. maddenin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

Başvurucunun tutukluluk halinin devamına karar veren hâkimin asistanının Guardian'a verdiği röportajda vurguladığı gibi, "talimat verilen ve bu talimatın yerine getirildiği 'ısmarlama' bir dava" olarak tanımladığı siyasi bir davada bile ispat standardının bu kadar yüksek tutulması, bu iddiaları ispatlamayı neredeyse imkânsız kılmaktadır.²³⁵

Mahkeme bu ağır ispat yükünü ve ispat standardını 2014 yılına kadar sürdürmeye devam etmiştir. Khodorkovskiy kararından sonra *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Rusya* davasında da uzman görüşlerinin ve açıklamalarının çok küçük bir ispat niteliği taşıdığı tekrarlanmış ve başvuru tarafından "yadsınamaz ve doğrudan delil" gösterilmediği için 18. maddenin ihlal edilmediğine karar verilmiştir.

²³⁶

Eski içişleri bakanı Lutsenko'nun ve eski başbakan Tymoshenko'nun davalarında Mahkeme, başvuru bütünü ceza yargılamasının siyasi amaçlarla yürütüldüğü iddiasını dikkate almamış, bunun yerine, davaların özel somut yönlerine odaklanmıştır. Lutsenko davasında, muhalefet partisi lideri olan başvuru basına verdiği açıklama; Tymoshenko davasında ise başvuru yargılama sırasında mahkemeye karşı sergilediği iddia edilen saygısız tutum nedeniyle tutuklandıklarına kanaat getirilmiş ve Gusinskiy'de olduğu gibi bu gerekçeler "doğrudan delil" kabul edilmiştir.²³⁷

²³³ Khodorkovskiy v. Rusya, para. 260.

²³⁴ Khodorkovskiy v. Rusya, para. 260.

²³⁵ Stijn Smet, "Khodorkovskiy v. Russia: European Court of Human Rights Rules "No Proof of Political Trial", 16 Haziran 2011, <https://strasbourgobservers.com/2011/06/16/khodorkovskiy-v-russia-european-court-of-human-rights-rules-no-proof-of-political-trial/>.

²³⁶ OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Rusya, para. 663.

²³⁷ Lutsenko v. Ukrayna, para. 108-109; Tymoshenko v. Ukrayna, para. 296-301.

Tymoshenko kararında Mahkeme, Khodorkovskiy kararında ortaya koyduğu ispat yükünün başvuru üzerinde olduğu yaklaşımı sürdürmüş, fakat, doğrudan delili yeterli görüp “yadsınamaz delil” şartını aramamıştır.²³⁸ Başvurucunun özgürlüğünün kısıtlanmasının, suç işlemiş olduğu şüphesiyle başvuru yetkili yasal makamların önüne çıkartmaktan farklı amaçlarla gerçekleştirildiğine ve bu nedenle Sözleşme’nin 18. maddesinin ihlal edildiğine karar veren Mahkeme, bu sonuca ulaşırken çok sayıda ulusal ve uluslararası gözlemcinin, sivil toplum kuruluşlarının ve diplomatik çevrelerin Ukrayna’daki muhalif liderlere karşı açılan davaların siyasi amaçlarla başlatıldığı görüşlerinin yer aldığı raporlarına da atıf yapmıştır.²³⁹

Tymoshenko davasında verilen ihlal kararına karşın, hâkimler Jungwiert, Nussberger ve Potocki, Khodorkovskiy kararı ile benimsenen ve sürdürülen katı yaklaşımın değiştirilmesi için karara katkı sunmuştur.

Her ne kadar Mahkeme “yüksek siyasi statü sahibi olmanın dokunulmazlık bahsetmediğini” söylemişse de, Jungwiert, Nussberger ve Potocki’ye göre Sözleşme’nin 18. maddesi ile insan haklarının ve demokrasinin korunması arasındaki doğrudan bağın görmezden gelinmemesi gerekmektedir. Eğer siyaseten aktif bir kişinin insan hakları, onun siyasi hayata katılmasını engellemek ya da imkânsız kılmak amacıyla kısıtlanıyorsa, demokrasi de tehlike altında olacaktır.

Sözleşme’nin 18. maddesinde “Sözleşme’de anılan hak ve özgürlüklerin bu Sözleşme hükümleri ile izin verilen sınırlandırmalar” denildiği için, madde metni yalnızca “ilgili Devlet’in yargı mekanizmasının tamamının sürecin başından sonuna kadar Sözleşme’ye aykırı şekilde kötüye kullanılması”nı değil, aynı zamanda, makul olmayan sebeplerle tutuklama gibi bazı spesifik sınırlandırıcı önlemlere başvurulmasını da yasaklamaktadır.

Bu nedenle hâkimlere göre başvuru başvurusu, yargılandığı davanın koşulları bir bütün olarak incelenerek değerlendirilmelidir. Mahkeme bu değerlendirmeyi yaparken, adli kontrol yükümlülüklerini ihlal etmediği bilinen başvuru on altı duruşma boyunca tutuklanmamış olmasına rağmen, bir anda 5 Ağustos 2011 tarihinde tutuklanmasının; Ukrayna’da yargılamaların yıllarca sürdüğü bilinen bir gerçekken, başvuru karmaşık olarak nitelendirilebilecek davasının

²³⁸ Merabishbili v. Gürcistan, Büyük Daire, para. 278.

²³⁹ Tymoshenko v. Ukrayna, para. 296.

oldukça hızla bir sürede, altı haftadan az bir sürede tamamlanmasının ve ceza yargılamasına maruz kalan tek kişinin başvuru olmadiğının, başvuru gibi Hükümet'in yüksek mertebelerinde bulunan sekiz meslektaşının daha kovuşturma altında olmasının dikkate alınması gerektiğini düşünmektedir. Bu gelişmeler dikkate alındığında, iktidarın el değiştirmesinden kısa bir süre sonra tutuklanan başvuru Ekim 2012'de yapılacak seçimlere katılmasının engellenmesinin amaçlandığı görülecektir.

Ne yazık ki hâkimler Jungwiert, Nussberger ve Potocki'nin görüşleri Mahkeme tarafından kabul görmemiş ve *Khodorkovskiy ve Lebedev v. Rusya* kararında Mahkeme, Khodorkovskiy başvurusundaki tespitlerini yinelemiştir. Davalı devletin yargı mekanizmasının tamamının başlangıçtan itibaren kötüye kullanıldığını, devlet otoritelerinin Sözleşme'ye aykırı ve kötü niyetli hareket ettikleri, bu nedenle haklarında verilen cezaların geçersiz olduğunu iddia eden başvuru bu ciddi iddialarına karşı ispat standardının da aynı oranda yüksek olması gerektiğini tekrarlayan Mahkeme, Sözleşme'nin 18. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.²⁴⁰ Mahkeme'ye göre, başvuru yöneltile suçlamalar başvuru siyasi hayata katılmalarını ilgilendirmemektedir. Kaldı ki, söz konusu davada başvuru aleyhine başlatılan soruşturmada karma bir amaç güdüldüğünü düşündürecek etkenler olsa da, bu, başvuru kendilerine isnat edilen suçlamalara cevap vermemeleri için bir bağışıklık sağlamayacaktır.²⁴¹

Mahkeme'nin ilk kez Cebotari davasında kullandığı "bağlamsal delil"e dayanarak ihlal bulma eğilimi, Cebotari'den sonra ilk kez 2014 yılında Ilgar Mammadov'un davasında canlanmıştır. İspat standardı bakımından yeni kapılar açan bu kararda Mahkeme, başvuru özgürlüğünden alıkonulmasının makul bir şüpheye dayanmadığına, bu nedenle Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının c bendinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Makul şüphenin bulunmaması tek başına 18. maddenin ihlali için yeterli görülmediğinden, meşru amaç dışında bir sebebin olup olmadığının delillerle ortaya konulması aranmıştır.²⁴² Somut olayın koşullarını bir bütün olarak inceleyen Mahkeme, başvuru blog yazısını yayımlamasından bir gün sonra savcılık ve İçişleri Bakanlığı tarafından yapılan basın açıklamasını takiben

²⁴⁰ Khodorkovskiy ve Lebedev v. Rusya, Başvuru no. 11082/06, Karar tarihi: 25.07.2013, para. 899-909.

²⁴¹ Khodorkovskiy ve Lebedev v. Rusya, para. 908.

²⁴² Mammadov v. Azerbaycan, para. 141.

ifadeye çağrılmış olmasını göz önünde bulundurarak başvurunun blog yazısı ile tutukluluğu arasında doğrudan bir bağlantı olduğu kanaatine varmıştır.²⁴³ Mahkeme'ye göre başvurunun özgürlüğünden alıkonulması tedbirinin ardında yatan amaç, başvurucuyu bir suç işlediği şüphesiyle yetkili yargısal makamların önüne çıkartmak değil, Hükümet'e olan eleştirileri nedeniyle onu susturmak ve cezalandırmaktır.²⁴⁴

2016 yılında Mahkeme bir adım daha atarak, 18. madde içtihadı bakımından dönüm noktası olarak kabul edilebilecek *Jafarov v. Azerbaycan* kararına imza atmıştır. Azerbaycan'da ve uluslararası alanda oldukça tanınan bir insan hakları savunucusu olan Jafarov'un vergi kaçakçılığı gibi suçlamalarla tutuklanıp Hükümet yanlısı basında hakkında "ajan", "Amerikan ajanı" ve "hain" gibi haberler çıkartılarak hedef gösterilmesiyle ilgili başvuruda Mahkeme, başvurunun tutuklanmasının ardındaki amacın Hükümet'i eleştirdiği için kendisini cezalandırmak ve bir insan hakları savunucusu olarak ülkedeki sivil toplum hareketini susturarak felce uğratmak olduğunu tespit etmiştir. Bu sonuca varırken davaya müdahil olan İnsan Hakları Komiseri, Helsinki Yurttaşlar Derneği, Human Rights House, Freedom Now gibi sivil toplum kuruluşları tarafından sunulan görüşleri ve raporları dikkate alan Mahkeme, bu verilerin 18. madde ihlali için yeterli olmadığını söylemiş ancak bu verilere de dayanarak, üç aşamalı bir değerlendirmede bulunmuştur.

Jafarov kararından sonra Azerbaycan'a karşı verilen 18. madde ihlali kararlarında da görmeye alıştığımız bu üç aşamalı testte²⁴⁵ Mahkeme öncelikle sivil toplum kuruluşlarının faaliyetlerine ve finansmanlarına yönelik müdahaleleri giderek arttıran sertlikte yasal düzenlemeler yapılmasını ve insan hakları savunucularının insan hakları alanındaki çalışmalarını gerçekleştirirken basit idari yükümlülükleri yerine getirmedikleri iddiasıyla tutuklanmaya varan yaptırımlarla karşılaşmasını kaydetmiştir.

İkinci olarak, yüksek rütbeli yetkililerin ve hükümet yanlısı olarak tanımlanabilecek basın kuruluşlarının açıklama ve yazılarında –aralarında başvurunun da olduğu- insan hakları savunucularını "dış güç", "ajan", "hain" ve "maşa" olmakla ve ülkedeki insan hakları ihlallerini raporlayarak ülkeyi olumsuz

²⁴³ Mammadov v. Azerbaycan, para. 142.

²⁴⁴ Mammadov v. Azerbaycan, para. 143.

²⁴⁵ Jafarov v. Azerbaycan, para. 159-161.

göstermek ve ülkenin yurtdışındaki itibarını zedelemekle suçlamaları dikkate alınmıştır.

Son olarak Mahkeme, başvuruçunun durumunun münferit olmadığını, 2014 yazından beri insan hakları savunucularına ve sivil toplum kuruluşlarına karşı başlatılan “cadı avı” kampanyasının bir parçası olarak, başta Avrupa Konseyi olmak üzere, insan haklarının korunması üzerine çalışan uluslararası örgütlerle irtibatı olan insan hakları savunucularının benzer şekilde, benzer suçlamalarla tutuklanıp ağır hapis cezalarıyla cezalandırıldığını hatırlatmıştır.

Mahkeme bu üç aşamalı testi daha sonra *Mammadli v. Azerbaycan*²⁴⁶, *Rashad Hasanov v. Azerbaycan*²⁴⁷ ve *Aliyev v. Azerbaycan*²⁴⁸ davalarında da uygulamış, başvuruçuların insan hakları savunucusu ve avukatı olarak yürüttükleri faaliyetler nedeniyle susturulmak ve cezalandırılmak amacıyla tutuklandıklarına karar vermiştir. Jafarov kararıyla başlayan, Mammadli ve Hasanov kararıyla devam edip şimdilik Aliyev kararıyla biten bu kararlar, yıllardır sadece siyasetçilerin başvurularında incelenen ve ihlalle sonuçlanan 18. maddenin, insan hakları savunucuları ve insan hakları avukatlarının davalarında da kullanılabileceğini kanıtlamıştır. Nitekim Mammadli ve Hasanov başvurularında Azerbaycan Hükümeti’nin başvuruçuların muhalefet partisi lideri ya da kamu görevlisi olmadığı gerekçesiyle tutuklanmalarının siyasi amaçlı olamayacağı itirazı, Mahkeme tarafından reddedilmiştir.²⁴⁹

Merabishvili davasında Büyük Daire, 18. madde açısından kendisine sunulan şikâyetin incelenmesinde uygun olabilecek ispat ve delil kriterlerini belirlemiş ve daha önceki içtihadının aksine, kendisini doğrudan delillerle sınırlandırması için bir neden olmadığı kanısına varmıştır.²⁵⁰ Koşullara bağlı unsurlara dayanabileceğini, bu unsurlardan hareketle başlıca olaylar hakkında çıkarımlarda bulunmasına imkân verecek, temel olaylara ilişkin bilgilerin, bağlamsal olayların ya da olaylara ilişkin sıralamanın anlaşılabilceğini açıkça belirtmiştir.²⁵¹

Dahası, Mahkeme, uluslararası gözlemcilerin, sivil toplum kuruluşlarının ya da medyanın rapor ve açıklamalarının sıklıkla, bilhassa olaylara ışık tutmak veya

²⁴⁶ Mammadli v. Azerbaycan, para. 99-101.

²⁴⁷ Rashad Hasanov ve Diğerleri v. Azerbaycan, para. 122-124.

²⁴⁸ Aliyev v. Azerbaycan, para. 208-212.

²⁴⁹ Guide on Article 18 of the European Convention on Human Rights, para. 74.

²⁵⁰ Merabishvili v. Gürcistan, Büyük Daire, para. 316.

²⁵¹ Merabishvili v. Gürcistan, Büyük Daire, para. 317.

Mahkeme tarafından gerçekleştirilen tespitleri desteklemek için göz önünde bulundurulduğunu vurgulamıştır.²⁵²

Bu nedenle Büyük Daire, başvurunun davasında iddialarını destekleyecek doğrudan delil olmadığını, ancak, onun gibi cezaevinde ve yetkililerin gözetimi altında olan kişilerin bu delilleri elde edebilecek pozisyonda olmadıklarının farkında olduğunu belirterek, başvurunun iddialarını bağlamsal deliller eşliğinde değerlendirmeye karar vermiştir.²⁵³

Başvurucu, savcıyla görüştürülmek üzere sabah erken saatlerde gizlice cezaevinden çıkartılmıştır. Başvurucu bu durumu savcıyla görüşmesinden üç gün sonra, duruşma sırasında kamuoyuyla paylaşmıştır. Mahkeme'ye göre, başvuru gibi cezaevinde olan bir kişinin bu açıklamanın daha fazla kişiye ulaşması için duruşma gününe kadar beklemesi şaşırtıcı değildir, ayrıca aradan geçen bu üç günlük süre, başvurunun iddialarını zayıflatmamaktadır.²⁵⁴

Mahkeme, o dönem başka kişilerin de ifade vermeye zorlamak amacıyla yetkililer tarafından baskı altına alındığını, başvuru lehine tanık beyanı veren kişilerin görevlerinden alındığını hatta tutuklandığını dikkate alarak 18. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Gürcistan'a karşı verilen Büyük Daire kararını, yeni bir Büyük Daire kararı izlemiş ve Mahkeme, Mammadov ve Jafarov kararlarıyla yumuşatılan, Merabishvili kararıyla ortadan kaldırılan katı ispat standardını *Navalnyy v. Rusya* davasında da aramamıştır. Sözleşme'nin 18. maddesinin 5. ve 11. maddelerle bağlantılı olarak ihlal edilip edilmediğinin sorgulandığı davada, bağlamsal deliller ve Azerbaycan'a karşı verilen kararlarda geliştirilen üç aşamalı test kapsamında delil değerlendirmesi yapılmıştır.

Temmuz 2014'ten beri artarak devam eden ve aralarında Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri'nin de olduğu pek çok kişi ve kurum tarafından ağır şekilde eleştirilen muhalefetin sürekli baskı altında tutulması eğiliminin bir parçası olarak, görece kısa bir zaman diliminde yedi kez yakalanıp gözaltına alınan ve kendisi eylemleri organize eden lider rolünü üstlenmese de polis tarafından özellikle hedef

²⁵² Merabishvili v. Gürcistan, Büyük Daire, para. 317.

²⁵³ Merabishvili v. Gürcistan, Büyük Daire, para. 335.

²⁵⁴ Merabishvili v. Gürcistan, Büyük Daire, para. 334.

seçilen başvurucuya karşı yetkililerin giderek sert bir tutum aldığını, toplantı düzenleme usulüne ilişkin sorumluluk kapsamının genişlemesi, uygulanabilecek azami idari para cezasının yirmi kata kadar arttırılması, yeni ve daha ağır yaptırımlara tabi ceza hükümlerinin mevzuata eklenmesi ve söz konusu mevzuata ilişkin dava zamanaşımı süresinin uzatılması gibi Rusya’da toplantı ve gösteri düzenleme hakkına karşı önemli mevzuat değişiklikleri yapıldığını göz önünde bulunduran İHAM, beşinci ve altıncı sefer gerçekleşen sınırlandırmaların gizli bir amaç güttüğünü, söz konusu amacın “Sözleşme’nin başlangıç bölümünde atıf yapılan ‘hukukun üstünlüğü’ ilkesine bağlı ‘demokratik bir siyasal rejim’in parçası olan politik çoğulculuk ortamını baskı altına alma” olduğunu tespit etmiştir.²⁵⁵

Mahkeme, son olarak, Selahattin Demirtaş’ın tutukluluğuyla ilgili başvuruda Sözleşme’nin 18. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Navalnyy kararındaki gibi, başvurucunun tutukluluğunun devam ettirilmesinin çoğulculuğu bastırma ve demokratik toplum kavramının özünde yer alan siyasi tartışma özgürlüğünü sınırlandırma yönünde gizli ve daha baskın bir amaç izlediği kanısına varılmıştır.²⁵⁶

Mahkeme bu ciddi tespiti yaparken, Merabishvili kararında güncellenen ispat ve delil kriterlerine dayanmıştır. Birçok defa uzatılan tutukluluk halinin dayandırıldığı suçlamaların çoğu muhalefet partisi lideri olarak başvurucunun açık siyasi faaliyetleriyle doğrudan ilgili olduğundan, davaya ilişkin olayların yer aldığı genel politik ve sosyal bağlamdan ayrı bir inceleme yapmak mümkün olmayacaktır.²⁵⁷ Geriye, bu türden bir bağlamsal inceleme uygulayarak başvurucunun tutuk halinin sürekli uzatılmasına ilişkin kararlara dayanak teşkil eden ve ağır basan amacı gösteren yeterli bir delilin, aksi ispat edilemeyen, yeterince ciddi, kesin ve birbiriyle uyumlu emarelerden yola çıkarak elde edilip edilemeyeceğini tespit etmek kalacaktır.

Mahkeme bu noktada, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, Venedik Komisyonu, Uluslararası Af Örgütü gibi kişi ve kurumların raporlarını, davaya müdâhil olan sivil toplum kuruluşlarının görüşlerini dikkate almış; bozulan çözüm sürecinin ve cumhurbaşkanının HDP’li milletvekillerini kastederek yaptığı “bedel ödemeleri gerekir” açıklamasının ardından milletvekillerinin dokunulmazlıklarının kaldırıldığını ve çok sayıda HDP’li milletvekili ile belediye başkanının tutuklandığını,

²⁵⁵ Navalnyy v. Rusya, Büyük Daire, para. 172-176.

²⁵⁶ Demirtaş v. Türkiye, no. 2, para. 273.

²⁵⁷ Demirtaş v. Türkiye, no. 2, para. 271.

ülkedeki ulusal mevzuatın gün geçtikçe artan şekilde muhalif sesleri bastırmak amacıyla kullanıldığını not etmiştir.²⁵⁸

Cumhuriyet'in ilanından bu yana muhtemelen en büyük anayasa değişikliğinin tartışıldığı sırada başvurucunun ve diğer HDP vekillerinin özgürlüklerinden yoksun bırakıldığını, başvurucunun bu anayasa değişikliği sırasında yürüteceği 'hayır' kampanyasının referandum süreci üzerinde olumsuz etkiye sahip olacağının inkâr edilemeyeceğini belirten İHAM, son olarak, başvurucunun 24 Haziran 2018 tarihinde yapılan cumhurbaşkanlığı seçimlerinde aday olan altı kişiden biri olduğunu kaydetmiştir.²⁵⁹

Ülkedeki siyasi bağlamın Sözleşme'nin 18. maddesinin ihlali yönünden tek başına yeterli delil teşkil etmese de, önemli bir payı olduğunu söyleyen²⁶⁰ İHAM, davalı Devlet'in tüm hukuk sisteminin başından beri kötüye kullanıldığı ve adli makamların kötü niyetle ve Sözleşme'ye aykırı şekilde hareket etmeye devam ettiği argümanını kabul etmese de, Hükümet tarafından kendisini aksine ikna edebilecek bir cevap gelmediğinden, bağlamsal unsurları dikkate alarak 18. maddenin Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrasıyla bağlantılı olarak ihlal edildiğine karar vermiştir.²⁶¹

Görüldüğü üzere, Mahkeme'nin başvurucunun üzerindeki ispat yükünü bir nebze de olsa azaltması, ispat ve delil standardını yumuşatması, 18. maddenin uygulanma alanını da genişletmiş ve geliştirmiştir. Hâkimlerin ilk dönem içtihatlarında belirttiği gibi, 18. madde şikâyeti ciddi bir şikâyettir. Ancak günümüzde otoriter ve popülist rejimlere doğru artan yönelim, devletlerin hak ihlallerini gerçekleştirmede "profesyonelleşmesi"ni sağlamış, bu da Gusinsky davasında olduğu gibi kişilerin devletlerin kötü niyetle hareket ettiklerini kanıtlayabilecekleri "yazılı anlaşmalar"ın ortadan kalkmasına sebep olmuştur. Bu nedenle günümüz koşullarında bir kişinin 18. madde ihlali iddiasını incelemek ve ihlal bulmak için doğrudan delil aranması ve başvurucunun üzerine bu kadar ağır bir yük yüklenmesi, gerçekçi olmadığı gibi 18. maddenin varlık amacına da aykırıdır.

Kaldı ki, 18. madde ihlali iddiası münferit bir şikâyet değildir. Mahkeme'nin 18. madde şikâyetlerini karara bağladığı ya da bağlamak üzere olduğu ülkelere

²⁵⁸ Demirtaş v. Türkiye, no. 2, para. 253-255, 264, 270.

²⁵⁹ Demirtaş v. Türkiye, no. 2, para. 265-266.

²⁶⁰ Demirtaş v. Türkiye, no. 2, para. 265.

²⁶¹ Demirtaş v. Türkiye, no. 2, para. 271, 274.

bakıldığında, Mahkeme önüne taşınan konuların benzerliği ve başvuru sayısının çokluğu sorunun tek bir kişinin sorunu olmadığını, bütün muhaliflerin sorunu olduğunu ve bu ülkede demokrasi ve hukuk devleti bakımından bir kriz olduğunu göstermektedir. Özellikle Türkiye özelinde düşünüldüğünde, yargılamaların genelinde insanların iddianame hazırlanmadan yani neyle suçlandıklarını bilmeden aylarca tutuklu kaldıkları yargı sistemlerinde, 18. madde ihlali iddiasının ulusal ve uluslararası kurumlar tarafından hazırlanan belge ve raporlara dayanmadan ya da ülkenin genel durumu başvurusunun özel durumuyla birlikte ele alınmadan incelenmesi imkânsızdır.

Hâlihazırdaki uygulamada, Sözleşme'nin bağdaştığı tek sistem olan demokrasi açısından bir garanti olarak öngörülen ve Sözleşme'nin omurlarından birini oluşturan Sözleşme'nin 18. maddesinin değerlendirilmesinde asıl mesele; Mahkeme'nin önüne gelen başvuruda, bir yanda Sözleşme'nin temelinde yatan ve başlangıç bölümünde vurgulanan demokratik değerleri koruma çabası ile diğer tarafta her yüksek profilli siyasi davada öne sürülmesi mümkün olan müdahalenin “siyasi veya başkaca nedenlerle” meşru amaç dışında kullanıldığı iddiasının değerlendirilmesi arasında bir adil denge kurulması meselesidir ve 18. maddenin dinamik olarak yorumlanması konusundaki güncel talepler dikkate alındığında bu maddenin uygulanmasının yakın bir gelecekte daha çok gündeme gelebileceğini söylemek yanlış olmayacaktır.²⁶²

Mahkeme, bundan sonra önüne gelecek başvurularda Devlet'in “gizli bir amacı”nın olduğu ve “kötü niyet”le hareket ettiği iddialarını değerlendirirken, somut olayın şartlarını ve bağlamsal delilleri de dikkate almalıdır yoksa Sözleşme'nin 18. maddesinin sağladığı koruma uygulamada etkisiz hale gelecektir.

C. Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Kapsamında 18. Maddenin Uygulanabilirliği

12 Eylül 2010 tarihinde yapılan halkoylamasıyla kabul edilen Anayasa değişikliğiyle birlikte Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkı getirilmiş ve 23 Eylül 2012 tarihinden itibaren Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda

²⁶² Tuğçe Duygu Köksal, “İfade Özgürlüğüne Müdahalenin Amaç Dışı Kullanılması: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 18. Madde Uygulaması”, **İfade Özgürlüğü Üzerine Makaleler – Uluslararası Kapanış Sempozyumu'na Katkı Kitabı** içinde, 281-197, 27 Mart 2017, <https://rm.coe.int/1680702284>, s. 296-297.

bulunulmaya başlanmıştır. İHAM, 30 Nisan 2013 tarihinde verdiği Hasan Uzun v. Türkiye kararı ile, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruyu kendisine yapılacak başvurular öncesinde tüketilmesi gereken bir iç hukuk yolu olarak kabul etmiştir.²⁶³

Anayasa'nın 148. maddesine göre, *“herkes, Anayasa’da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’ne başvurabilir”*. Yine 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesi, herkesin, Anayasa’da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu Protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurabileceğini düzenlemiştir. Buna göre, Anayasa Mahkemesi'nin deyişiyle, Anayasa Mahkemesi, *“ortak koruma alanı”*nda²⁶⁴ kalan hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddiasıyla yapılan başvurularda konu bakımından yetkilidir.²⁶⁵

18. maddeye ilişkin kabul edilebilirlik ölçütlerini anlattığımız başlıkta da belirttiğimiz üzere, bireysel başvuru yolu ikincil bir yol olduğu için İHAS'ın 18. maddesinin (Anayasa'nın 13. maddesinin) ihlal edildiği iddiasının Anayasa Mahkemesi önünde ileri sürülebilmesi için iç hukukta; İHAS önünde ileri sürülebilmesi için Anayasa Mahkemesi başvurusu sırasında özü itibarıyla da olsa dile getirilmiş olması gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi henüz Anayasa'nın 13. maddesinin ihlal edildiği iddiasını re'sen incelememiştir. Anayasa Mahkemesi'ne kamu gücünün işlem, eylem ya da ihmali nedeniyle hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiği iddiasıyla başvuruda bulunan kişi, başvuru formunda ve eklerinde başvuru kapsamındaki haklardan hangisinin hangi nedenle ihlal edildiğini titizlikle anlatmalı ve buna ilişkin gerekçelerini ve delillerini

²⁶³ Hasan Uzun v. Türkiye, Başvuru no. 10755/13, Karar tarihi: 30.04.2013.

²⁶⁴ *“Anayasa’nın 148. maddesinin 3. fıkrası ile 6216 sayılı Kanun’un 45. maddesinin 1 numaralı fıkrası hükümlerine göre, Anayasa Mahkemesi’ne yapılan bir bireysel başvurunun esasının incelenebilmesi için, kamu gücü tarafından müdahale edildiği iddia edilen hakkın Anayasa’da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Sözleşme) ve Türkiye’nin taraf olduğu ek protokollerinin kapsamına da girmesi gerekir. Bir başka ifadeyle, Anayasa ve Sözleşme’nin ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasını içeren başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi mümkün değildir.”* Bkz. Onurhan Solmaz başvurusu, Başvuru no. 2012/1049, Karar tarihi: 26.03.2013, para. 18.

²⁶⁵ Bireysel başvuruya konu olabilecek haklar tablosu için bkz. Sibel İncoğlu, Oya Boyar, Lami Bertan Tokuzlu, Olgun Akbulut, Gülay Arslan Öncü ve Ulaş Karan, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Beta Yayınları, 2013, s. 556-557.

açıklamalıdır, aksi halde Anayasa Mahkemesi, başvuruyu esasa girerek incelemeyen “temellendirilmemiş şikâyet” olarak reddedebilecektir.²⁶⁶ Başvurunun bu sebeple reddedilmemesi için başvuru, Anayasa’nın 13. ve İHAM’ın 18. maddelerinin ihlaline ilişkin iddialarını Anayasa Mahkemesi’ni ikna edecek şekilde, başvuru formunda açıkça, gerekçeleriyle ve varsa delilleriyle birlikte yazmalıdır.

Daha önce de dile getirildiği üzere, başvuru, Devletin kötü niyetle hareket ettiğini somut bir delille ispatlaması mümkün değildir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi’nin de, tıpkı İHAM gibi, başvuru tarafından sunulan davaya ilişkin politik ve sosyal bağlamı, bağlamsal delilleri, ulusal ve uluslararası insan hakları kuruluşlarının rapor ve açıklamalarını ve birbiriyle uyumlu ciddi emareleri bir bütün olarak değerlendirerek karar vermesi gerekmektedir.

İkincilik prensibi gereği, bir hakla bağlantılı olarak Sözleşme’nin 18. maddesinin ihlal edildiği iddiasıyla İHAM’a başvuru yapmadan önce, Anayasa Mahkemesi’ne başvuruda bulunma zorunluluğu olduğundan, Sözleşme’nin 18. maddesinin Anayasa’nın hangi maddesine tekabül ettiğinin bulunması gerekmektedir.

Sözleşme’nin 18. maddesinin Anayasa’daki karşılığının Anayasa’nın 13. maddesi olduğu söylenebilir. Anayasa’nın “temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması” başlığını taşıyan ve 2001 yılında değişikliğe uğrayan 13. maddesi, temel hak ve özgürlüklerin, özlere dokunulmaksızın, yalnızca Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlandırılabilirliğini; bu sınırlandırmaların da Anayasa’nın sözüne ve ruhuna aykırı olamayacağını düzenlemektedir.

Maddenin değişikliğe uğramayan halinde de “temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlandırmaların öngördükleri amaç dışında kullanılamayacağı”na yer verilmiştir. Yani maddenin ilk halinde amaç, sonraki halinde sebep kavramına başvurulmuştur fakat bu iki kavramın kullanıma bağlamaları ve nedenleri dikkate alındığında, özü itibarıyla aynı noktaya dikkat çektikleri açıktır zira İHAM’ın

²⁶⁶ Veli Özdemir başvurusu, Başvuru no. 2013/276, Karar tarihi: 09.01.2014, para. 20, 23, 26. Başvurucunun somut olguları ortaya koymadığı ve iddialarına dayanak olan belgeleri sunmadığı; başvuru belgeleri birtakım belgeler sunduğu ancak bu belgeler ile ileri sürdükleri hak ihlali arasında bir illiyet kurmadıkları ve açıklama getirmediği ya da başvuru belgelerinde sadece maddeye atıf yaptıkları ama herhangi bir illiyet kurmadıkları ve anlattıklarından hak ihlaline ilişkin bir sonucun çıkarılamadığı başvurular Anayasa Mahkemesi tarafından ‘temellendirilmemiş şikâyet’ olarak tanımlanmakta ve bu başvurular açıkça dayanaktan yoksun bulunmaktadır. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Tolga Şirin, **Bireysel Başvuru Usul Hukuku**, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 7, Avrupa Konseyi, 2018, s. 214-216.

Lutsenko kararında tutuklamanın “Sözleşme’nin ruhuna aykırı olduğunu” söylemesi ve 13. maddedeki “söze ve ruha uygunluk” vurgusu da ayrıca bir benzerlik katmaktadır.²⁶⁷

Anayasa’nın başlangıç metni, “insan haklarına dayanan devlet” anlayışı ve yine “temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmaması” başlıklı 14. maddesinde *“Anayasa hükümlerinden hiçbirisi, Devlete veya kişilere, Anayasa’yla tanınan temel hak ve özgürlüklerin yok edilmesini ya da Anayasa’da belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz”* hükmü, Anayasa’nın 13. maddesiyle bir bütün olarak okunduğunda²⁶⁸, Anayasa’da düzenlenen hak ve özgürlüklerin, Anayasa’nın sözüne ve ruhuna aykırı olacak şekilde Anayasa’da yer verilen sınırlandırma sebeplerinden farklı bir amaçla sınırlandırılması Anayasa’nın 13. maddesiyle bağlantılı olarak ilgili hak ve özgürlüğün ihlali anlamına gelecektir. Üstelik, temel hak ve özgürlükleri Anayasa’nın sözüne ve ruhuna aykırı olarak sınırlandırma ve kötüye kullanma halinden sorumlu olan ve tutulan yalnızca kişiler değil, aynı zamanda Devlet’tir.²⁶⁹

Nitekim Anayasa Mahkemesi de önüne gelen başvurularda Sözleşme’nin 18. maddesinin ihlal edildiği iddiasını, Anayasa’nın 13. maddesi çerçevesinde değerlendirmektedir. Anayasa Mahkemesi tarafından bu konuda yayımlanan kararlara bakıldığında, Mahkeme’nin şimdiye kadar Anayasa’nın 13. maddesini Anayasa’nın 19. maddesinde düzenlenen “kişi hürriyeti ve güvenliği” ile bağlantılı olarak incelediği görülmektedir.

“Tutuklamanın hukuki olmadığına ilişkin iddia” başlığı altında önce başvurucunun iddialarına, daha sonra Anayasa’nın 13. ve 19. maddelerine yer veren Anayasa Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi’nin ve İHAM’ın bu konuya ilişkin içtihatlarını özetlediği genel ilkeleri somut olay çerçevesinde yorumlamakta, bunu

²⁶⁷ Tolga Şirin, “Politik Amaçlı Tutuklama Yasağı: İHAS md. 18 ve Anayasa Şikâyeti”, **Güncel Hukuk**, Nisan 2016, s. 52-54.

²⁶⁸ Oya Boyar’a göre “Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan ‘hukuk devleti’ ilkesi, 6. maddesinde yer alan ‘kimse kimin kaynağını Anayasa’dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağı’ kuralı, 13. maddesindeki temel hak ve özgürlüklerin ‘yalnızca Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere’ bağlı olarak sınırlandırılması esası ve nihayet Anayasa’nın devletin de yetkilerini ‘temel hakları yok etmek ya da Anayasa’da belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırmak’ amacıyla kullanmasını yasaklayan 14. maddesinin 2. fıkrası Sözleşme’nin 18. maddesinin anayasal karşılığını” oluşturmaktadır. Oya Boyar, “Hakkın ve Yetkinin Kötüye Kullanılması Yasağı”, Sibel İncoğlu (ed.) **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Beta Yayınları, 2013, s. 96.

²⁶⁹ Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasası’na Göre Türk Anayasa Hukuku**, Beta Yayıncılık, 7. Bası, Ekim 2005, s. 130.

yaparken de öncelikle kuvvetli suç şüphesinin olup olmadığını, eğer kuvvetli belirti varsa, tutuklamanın ölçülü ve gerekli olup olmadığını incelemektedir.

Bu bağlamda kuvvetli suç şüphesinin olmadığına karar verip Anayasa'nın 19. maddesinin ihlal edildiğine ya da kuvvetli suç şüphesinin var olduğuna, tutuklama tedbirinin gerekli ve orantılı olduğuna ve tutuklamanın keyfi ve temelsiz olmadığına karar verip başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğuna karar vermektedir. Sözleşme'nin 13. maddesinin 19. maddesiyle bağlantılı olarak ihlal edilip edilmediği konusunu ise, 19. madde altında ihlal ya da açıkça dayanaktan yoksunluk kararı verdikten sonra değerlendirmektedir.

Henüz Anayasa'nın 19. maddesiyle bağlantılı olarak Anayasa'nın 13. maddesinin ihlal edildiğine dair bir kararı olmayan Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararları üç başlık altında toplamak mümkündür.

Bu kararlardan ilki, Anayasa Mahkemesi'nin 13. maddesinin ihlal edildiği iddiasını “temellendirilmemiş şikâyet” olarak tanımlayarak söz konusu ihlal iddiasını açıkça dayanaktan yoksun bulduğu kararlardır. Mahkeme, gazeteci Mehmet Altan'ın ²⁷⁰, Anayasa Mahkemesi eski üyesi Alparslan Altan'ın ²⁷¹ ve bir dönem tutuklu olan HDP milletvekilleri Meral Danış Beştaş ²⁷² ile Ayhan Bilgen'in ²⁷³ başvurularında “(...) tutuklama süreci, eldeki belgeler dikkate alındığında, somut olayda başvuru Anayasa'da öngörülen amaç dışındaki siyasi saikle tutuklandığına ilişkin şikâyetin yeterli temelinin bulunmadığı değerlendirilmiştir” diyerek şikâyeti bu yönden açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur.

İkinci grup kararlar, Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'nın 19. maddesiyle bağlantılı olarak Anayasa'nın 13. maddesinin ihlal edildiği iddiasını incelemeye gerek duymadığı kararlardır. Anayasa Mahkemesi, şimdiye kadar tutuklu yargılanan HDP'li milletvekilleri, siyasetçiler, belediye başkanları ve gazeteciler tarafından yapılan başvurularda Anayasa'nın 13. maddesinin ihlal edildiği iddiasını “(...) Anayasa'da

²⁷⁰ Mehmet Hasan Altan başvurusu (no. 2), Başvuru no. 2016/23672, Karar tarihi: 11.01.2018, para. 159.

²⁷¹ Alparslan Altan başvurusu, Başvuru no. 2016/15586, Karar tarihi: 11.01.2018, para. 207.

²⁷² Meral Danış Beştaş başvurusu, Başvuru no. 2017/5845, Karar tarihi: 04.07.2018, para. 100.

²⁷³ Ayhan Bilgen başvurusu, Başvuru no. 2017/5974, Karar tarihi: 21.12.2017, para. 124.

öngörülenin dışında siyasi bir amaçla gerçekleştirildiği iddiasının incelenmesini gerektiren bir durum söz konusu değildir.” diyerek incelemekten kaçınmıştır.²⁷⁴

Üçüncü grup kararlar da Anayasa Mahkemesi’nin son dönemde tutuklu gazetecilerle ilgili verdiği kararlardır. Bu kararlarda gazeteci başvuruçular İHAS’ın 18. maddesine aykırı olarak siyasi saiklerle tutuklandıklarını ileri sürmüş; Anayasa Mahkemesi ise bu iddiaya ilişkin hiçbir inceleme ve değerlendirme yapmamış, yalnızca tutuklamanın Anayasa’nın 19. maddesinin 3. fıkrasına göre hukuki olup olmadığını incelemiştir.²⁷⁵

Daha önce de bahsedildiği gibi, İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra “bir daha asla!” diyerek bir araya gelen ve İHAM’ı kuran taraf devletler, aynı amaçla 18. maddeyi Sözleşme’ye dâhil etmiş ve 18. madde, demokrasinin ve hukukun üstünlüğü ilkesinin geriye gidişine karşı bir uyarı mekanizması olarak kullanılmaya başlanmıştır. İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra insan haklarını koruma bilincinin güçlenmesi, yasama ve yürütme erklerinin güçlenmesine karşı uluslararası sözleşmelere ve hukukun genel ilkelerine aykırı, özgürlükleri ihlal edici yasal hükümleri hukuk düzeninden ayıklama ve hak özgürlükleri koruma görevi gören anayasa mahkemelerinin kurulmasını da sağlamıştır.²⁷⁶ Anayasaya uygunluk denetimi, demokrasiyi, kendi temel kurum ve ilkelerinin ortadan kaldırılmasına yönelik olası eğilimlere karşı korumaktadır.²⁷⁷ Demokrasinin, hukukun üstünlüğü ilkesinin ve temel hak ve özgürlüklerin bekçisi olan

²⁷⁴ Gülser Yıldırım başvurusu (no. 2), Başvuru no. 2016/40170, Karar tarihi: 16.11.2017, para. 164; Selahattin Demirtaş başvurusu, Başvuru no. 2016/25189, Karar tarihi: 21.12.2017, para. 177; Selma İrmak başvurusu, Başvuru no. 2016/32948, Karar tarihi: 07.03.2018, para. 97; İdris Baluken başvurusu, Başvuru no. 21.03.2018, para. 99; Figen Yüksekdağ Şenoğlu başvurusu, Başvuru no. 2016/25187, Karar tarihi: 04.04.2018, para. 113; Nihat Akdoğan başvurusu, Başvuru no. 2016/29411, Karar tarihi: 23.05.2018, para. 91; Ferhat Encu başvurusu, Başvuru no. 2016/29925, Karar tarihi: 11.06.2018, para. 90; Besime Konca başvurusu, Başvuru no. 2017/5867, Karar tarihi: 03.07.2018, para. 109; Aysel Tuğluk başvurusu, Başvuru no. 2017/2447, Karar tarihi: 18.07.2018, para 77; Çağlar Demirel başvurusu, Başvuru no. 2017/5221, Karar tarihi: 12.09.2018, para. 90; Sebahat Tuncel başvurusu (no. 3), Başvuru no. 2017/23601, Karar tarihi: 10.10.2018, para. 71; Burcu Özkan başvurusu, Başvuru no. 2017/28895, Karar tarihi: 25.10.2018, para. 85; Nursel Aydoğan başvurusu, Başvuru no. 2016/35718, Karar tarihi: 30.10.2018, para. 91; Abdullah Zeydan başvurusu, Başvuru no. 2016/29875, Karar tarihi: 14.11.2018, para. 92; İlker Deniz Yücel başvurusu, Başvuru no. 2017/16589, Karar tarihi: 28.05.2019, para. 62 ve 88.

²⁷⁵ Ahmet Şık başvurusu, Başvuru no. 2017/5375, Karar tarihi: 02.05.2019, para. 34-35 ve 61; Ahmet Kadri Gürsel başvurusu, Başvuru no. 2016/50978, Karar tarihi: 02.05.2019, para. 34; Önder Çelik ve Diğerleri başvurusu, Başvuru no. 2016/50971, Karar tarihi: 02.05.2019, para. 39-40; Akın Atalay başvurusu, Başvuru no. 2016/50970, Karar tarihi: 02.05.2019, para. 36-37; Mehmet Murat Sabuncu başvurusu, Başvuru no. 2016/50969, Karar tarihi: 02.05.2019, para. 37-38; Nazlı Ilıcak başvurusu, Başvuru no. 2016/24616, Karar tarihi: 03.06.2019, para. 47; Ahmet Hüsrev Altan başvurusu, Başvuru no. 2016/23668, Karar tarihi: 03.05.2019, para. 80.

²⁷⁶ İbrahim Ö. Kaboğlu, **Anayasa Hukuku Dersleri – Genel Esaslar**, 3. Baskı, Legal Yayıncılık, Kasım 2006, s. 362-363.

²⁷⁷ *Ibid.*, s. 365.

Türkiye Anayasa Mahkemesi de klasik demokrasileri, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimler olarak tanımlamıştır: ²⁷⁸

“(…) Özgürlükler herkese hatta kişinin kendisine karşı bile korunmuş, Yasa Koyucudan gelebilecek tecavüzlere karşı Anayasa Mahkemesi güvencesine bağlanmıştır. Anayasamız özgürlüklere saygılı olunmasını istemekle yetinmemiş, bunların kullanılmasını sağlayacak önlemler alınmasını Devletin temel amaç ve görevleri arasında saymak suretiyle, özgürlükçü bir görüşü benimsemiştir. (...) Kişinin sahip olduğu dokunulmaz, vazgeçilmez, devredilmez, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulup tümüyle kullanılamaz hale getiren sınırlandırmalar, demokratik toplum düzeni gerekleriyle uyum içinde sayılamaz. Özgürlükçü olmak yanında, hukuk devleti olmak ve kişiyi ön planda tutmak da aynı rejimin öğelerindendir. Şu halde getirilen sınırlandırmaların, Anayasa’nın 2. maddesinde ifadesini bulan Cumhuriyet’in temel niteliklerine de uygun olması gerekir. Bu anlayış içinde özgürlüklerin yalnızca ne ölçüde kısıtlandığı değil, sınırlandırmanın koşulları, nedeni, yöntemi, sınırlandırmaya karşı öngörülen kanun yolları, hep demokratik toplum düzeni kavramı içerisinde değerlendirilmelidir. Özgürlükler, ancak; istisnâî olarak ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabilirler. Demokratik hukuk devletinde, güdülen amaç ne olursa olsun, özgürlük sınırlandırmalarının bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını ortadan kaldıracak düzeye vardırmasıdır.”

Görüldüğü üzere, Anayasa Mahkemesi, bir hak ve özgürlüğün yalnızca ne kadar sınırlandırıldığıyla değil, aynı zamanda hangi amaçla ve ne şekilde sınırlandırıldığıyla da ilgilenmektedir. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi, başvuru sahiplerinin Anayasa’da ve Sözleşme’de öngörülme amaçlarla, siyasi saiklerle tutuklandıkları iddialarını incelemekle yetkilidir.

Anayasa Mahkemesi tarafından bu konuda verilen kararlara bakıldığında, İHAM’ın aksine Anayasa Mahkemesi’nin bu madde altında ayrı bir inceleme yapmadığı görülmektedir. Öyle ki, başvuru formlarında avukatlar tarafından söz konusu ihlal iddiası, Anayasa’nın 19. maddesinin ihlal edildiği iddiasının tartışıldığı

²⁷⁸ Anayasa Mahkemesi, E: 1985/8 K:1986/27, Karar tarihi: 26.11.1986.

başlıktan ayrı bir başlık altında özel olarak ileri sürülmesine ve bu iddianın, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlali iddiası ile bağlantılı olarak fakat ondan ayrı olarak incelenmesi gerekmesine rağmen Anayasa Mahkemesi söz konusu değerlendirmeyi 19. madde altında kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edilip edilmediğini değerlendirdiği aynı başlık altında yapmaktadır. Kararın hüküm kısmında da ayrıca bu şikâyeteye yer verilmemektedir.

Yine kararlara bakıldığında, Anayasa'nın 13. maddesinin ihlal edildiği iddiasını desteklemek amacıyla ileri sürülen delil ve gerekçeler somut olarak tartışılmadan matbu cümlelerle karar verildiği görülmektedir.

Oysa Anayasa Mahkemesi'nin başvuruçuların siyasi saikle tutuklandıkları iddiasını Anayasa'nın 19. maddesinin 3. fıkrası altında incelemesi ya da yalnızca 19. maddenin 3. fıkrasının ihlal edildiğine karar vermesi, başvuruçuların siyasi saikle tutuklandıkları iddialarını karşılamaya yetmez. Zira bir kişinin ekonomik ya da siyasi sebeplerle, susturulmak ve cezalandırılmak ya da çoğulculuğu bastırmak amacıyla tutuklandığı iddiası, tutuklanmanın makul bir şüpheyeye dayanmadığı, keyfi ve ölçülü olmadığı yani hukuki olmadığı iddiasından farklıdır. Kaldı ki İHAM'ın *Merabishvili v. Gürcistan* (Büyük Daire) ve *Demirtaş v. Türkiye* (no. 2) kararlarında da vurguladığı üzere, bir kişinin Anayasa'nın 19. maddesinin 3. fıkrası uyarınca kuvvetli suç şüphesi olduğunu gösterir delillerle tutuklanmış olması, tutuklamanın siyasi saiklerle gerçekleştirilip devam ettirildiğini tespit etmenin önünde bir engel teşkil etmemektedir. Bu iddianın da mutlaka, diğer hak ve özgürlükler gibi ayrı bir başlık altında ve detaylı bir şekilde incelenmesi gerekmektedir.

Görüldüğü üzere, Anayasa Mahkemesi, İHAM'ın 2004 yılından önce yaptığı gibi, Anayasa'da güvence altına alınan bir hak ve özgürlüğün Anayasa'nın sözüne ve ruhuna aykırı olarak sınırlandırıldığı yani Sözleşme'nin 18. maddesinin ihlal edildiği iddiasını incelemekten ve bu konuda karar vermekten şimdilik kaçınmaktadır.

Ancak Anayasa'da güvence altına alınan bir hak ve özgürlüğünün Anayasa'nın 13. maddesiyle bağlantılı olarak ihlal edildiğini ileri süren, fakat bu şikâyeti Anayasa Mahkemesi tarafından incelenmeyen, açıkça dayanaktan yoksun bulunarak kabul edilemez bulunan ya da incelenip de ihlal bulunmayan başvuruçular ilgili kararı

öğrendikleri andan ya da karar kendilerine tebliğ edildikten itibaren altı ay içerisinde
²⁷⁹ İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne başvuru yapabilirler.

Nitekim İHAM, her ne kadar Mehmet Hasan Altan ve Şahin Alpay'ın başvurusunda Sözleşme'nin 18. maddesinin ihlal edildiği iddiasını incelemeye gerek görmemişse de, Selahattin Demirtaş'ın başvurusunda, Anayasa Mahkemesi'nin aksine bu ihlal iddiasını incelemiş ve daha önce de detaylı olarak anlatıldığı üzere, Türkiye'ye karşı yapılan bir başvuruda ilk kez Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrası ile bağlantılı olarak Sözleşme'nin 18. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Bilindiği üzere, sulh ceza mahkemeleri ve ağır ceza mahkemeleri tarafından verilen tutuklama ve tutukluluk halinin devamı kararlarının hukuka uygun olup olmadığını denetleme görevi Anayasa Mahkemesi'ne aittir. İHAM, Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrasıyla bağlantılı olarak 18. maddenin ihlal edildiğine karar verirken, Türkiye'de son yıllarda hüküm süren gergin siyasi iklimin mahkeme kararlarının etki altında kalabileceği bir ortam yarattığını ve yargı mercilerinin muhaliflere karşı sert davrandığını ve aralarında Anayasa Mahkemesi'nin de olduğu yerel mahkemelerin özellikle referandum ve cumhurbaşkanlığı seçimleri sırasında matbu gerekçelerle başvurusunun tutukluluk halinin devamına karar vermesinin birincil amacının çoğulculuğu boğma ve siyasi tartışma özgürlüğünü kısıtlama olduğunu tespit etmiştir.
²⁸⁰ Bu tespit, Anayasa Mahkemesi'nin Sözleşme'nin 18. maddesinin (Anayasa'nın 13. maddesinin) ihlal edilmesine yol açan süreci sona erdirmeye imkânı ve yetkisi olduğunu fakat bunu yapmayarak 18. madde ihlaline yol açan yerel makamlardan biri haline geldiğini de ortaya koymaktadır.

Anayasa Mahkemesi tarafından yukarıda yer verilen, temellendirilmemiş şikâyet olarak kabul edilemez bulunan ya da incelemeye gerek görülmeyen başvurular hâlihazırda İHAM önündedir ve Mahkeme, bu başvurularda Sözleşme'nin 5. maddesiyle bağlantılı olarak 18. maddesinin ihlal edilip edilmediği konusunda Hükümet'ten savunma istemiştir. Yakın dönemde bu başvurularda ve henüz Anayasa

²⁷⁹ 24 Haziran 2013 tarihinde imzaya açılan ve Türkiye tarafından da 17 Mart 2016 tarihinde onaylanan 15 Numaralı Ek Protokol yürürlüğe girdiğinde İHAS'ın 35. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen "altı aylık başvuru süresi", dört aya düşecektir. Protokol henüz Bosna Hersek, Yunanistan, İtalya ve İspanya tarafından onaylanmadığı için yürürlükte değildir. Protokolle ilgili detaylı bilgi için bkz: <https://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0911.pdf>

²⁸⁰ Demirtaş v. Türkiye (no. 2), para. 271 ve 273.

Mahkemesi tarafından karara bağlanmayan bazı başvurularda İHAM'ın Sözleşme'nin 18. maddesi altında benzer bir değerlendirme yapması beklenmektedir.

Bu noktada, verilecek ihlal kararının nasıl sonuç doğuracağından ve yerine getirilip getirilmeyeceğinden de bahsetmek gerekir. İHAM'ın Selahattin Demirtaş hakkında verdiği 18. madde kararının uygulanmaması amacıyla yapılan 'karşı hamle' sonucu Demirtaş'ın serbest bırakılmadığını ve İHAM kararının yerine getirilmediğini belirtmiştik. Benzer bir durum, 18. maddeden ihlal bulunmamış olsa da, Şahin Alpay ve Mehmet Altan başvurularında yaşanmıştır.

Anayasa Mahkemesi, Şahin Alpay ve Mehmet Altan'ın gazetecilik faaliyetleri sebebiyle tutuklandığına karar vererek özgürlük ve güvenlik hakkı ile ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiş, ihlal tespitinin ardından ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için kararı gazetecilerin yargılandığı 13. ve 26. Ağır Ceza Mahkemelerine göndermiştir. 13. ve 26. ağır ceza mahkemeleri ve itiraz sonrası 14. ve 27. Ağır Ceza Mahkemeleri, Anayasa Mahkemesi kararına başkaldırarak ²⁸¹ başvuru sahipleri serbest bırakmamıştır. Bu nedenle başvuru sahipleri, Anayasa Mahkemesi kararının yerine getirilmemesi nedeniyle yeniden Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. Bu sırada gazeteci Mehmet Altan hakkında yargılandığı davada mahkûmiyet kararı verilmiş, başvuru sahibinin tutulması hükme bağlı tutulmaya dönüştüğü için Anayasa Mahkemesi'nin kararının uygulanması imkânsız hale gelmiştir, fakat Şahin Alpay hakkında mahkûmiyet kararı henüz verilmediği için Anayasa Mahkemesi tarafından bu yeni başvuruda Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ile ilgili önemli tespitler içeren yeni bir ihlal kararı verilmiş ve Mahkeme, kararın hüküm fıkrasında ihlalin ortadan kaldırılması için başvuru sahibinin "tutukluluk halinin sona erdirilmesi"ni açıkça istemiştir. ²⁸²

Türkiye'de dört yerel mahkemenin Anayasa Mahkemesi kararlarına açıkça direnmesi, Anayasa Mahkemesi'nin etkililiğini dahi sorgulatacak anayasal bir kriz

²⁸¹ Başak Çalı, "Will Legalism be the End of Constitutionalism in Turkey?", 22 Haziran 2018, <https://verfassungsblog.de/will-legalism-be-the-end-of-constitutionalism-in-turkey/>

²⁸² Ulaş Karan, **Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası: Norm Denetimi İle Bireysel Başvuru Usulünde Verilen Kararlar Özelinde Bir İnceleme**, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, Ekim 2018, 220-221. Anayasa Mahkemesi'nin kararından sonra İHAM da Altan ve Alpay'la ilgili Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığına önem atfeden bir karar vermiş, fakat İHAM da Sözleşme'nin 18. maddesinin ihlal edildiği iddiasını incelemeye gerek görmemiştir.

olarak değerlendirilmiştir. ²⁸³ Yerel mahkemelerin Anayasa Mahkemesi kararlarına direndiği, Hükümet yetkililerinin İHAM kararlarının yerine getirilmemesi için açıkça çağrı yaptığı bir siyasi iklimde, İHAM'ın bile ihlal bulmamak için çaba sarf ettiği “18. madde şikâyetlerini içeren ‘hassas davalarda’ Anayasa Mahkemesi’nin ihlal bulmaya cesaret edip edemeyeceği” ²⁸⁴, ihlal bulması halinde bu kararların sonuçlarının gerektiği gibi yerine getirilip getirilemeyeceği ise merak konusudur.



²⁸³ bkz. Tolga Şirin, “Is the Turkish Constitutional Complaint System on the Verge of a Crisis?”, 27 Ocak 2018, <https://verfassungsblog.de/is-the-turkish-constitutional-complaint-system-on-the-verge-of-a-crisis/>; Dilek Kurban, “Think Twice before Speaking of Constitutional Review in Turkey”, 20 Şubat 2018, <https://verfassungsblog.de/think-twice-before-speaking-of-constitutional-review-in-turkey/>.

²⁸⁴ Senem Gürol, “Resuscitating the Turkish Constitutional Court: The ECtHR’s Alpay and Altan Judgments”, 3 Nisan 2018, <https://strasbourgobservers.com/2018/04/03/resuscitating-the-turkish-constitutional-court-the-ecthrs-alpay-and-altan-judgments/>.

II. 18. MADDEDEN VERİLEN İHLAL KARARLARININ BAĞLAYICILIĞI, YERİNE GETİRİLMESİ VE OLASI ETKİLERİ

Sözleşme'nin 18. maddesinin ihlal edildiğinin İHAM tarafından tespit edildiği kararlar oldukça nadirdir, bu nedenle bu kararlar, bu kararların sonuçları ve olası etkileri de bir o kadar ciddiye alınmalıdır.

Satzger, Zimmermann ve Eibach'a göre, Sözleşme'nin 18. maddesinden verilecek bir ihlal kararını "sıradan" ihlal kararlarından ayıracak önemli noktalar bulunmaktadır:²⁸⁵

"Sözleşme'nin 18. maddesinin yeni ve en önemli potansiyel işlevini kavramak için, Sözleşme'nin köklerinden başlamamız gerekir. Bir anlaşmanın etkili olabilmesi için, tüm taraf devletlerin, bu anlaşmalarla egemenliklerine getirilen sınırlandırmaları kabul etmesi gerekmektedir. İHAS (ve diğer uluslararası belgeler) bütün taraf devletlerin insan haklarını, hukukun üstünlüğünü, demokrasiyi ve çoğulculuğu korumaya ve güçlendirmeye sadık olduklarını varsayar. Ayrıca, hiçbir taraf devletin, vatandaşlarını baskı altına almak amacıyla Sözleşme'deki düzenlemeleri kötüye kullanarak 'anlaşmayı bozmayacağından' emin olmak gerekir. Sözleşme, taraf devletlerdeki yetkililerin iyi niyet içinde hareket ettikleri varsayımına dayanmaktadır. Sözleşme, bir başka deyişle, imzacı devletlerin arasında güvene dayanarak inşa edilmiştir.

Sözleşme'deki bir hak ihlal edildiğinde ve bu Mahkeme tarafından tespit edildiğinde, bu 'güven ilişkisinin temeli'nin tehlikede olduğu anlamına gelmeyecektir. Peki, bir devlet ve onun temsilcisi kasıtlı olarak modern demokratik ve çoğulcu toplumun en temel ilkelerini yok sayarsa ne olur? İnsan haklarının korunmasına uzak – Mahkeme'nin deyişiyle 'gizli bir ajanda'yla - amaçlar elde etmek için bu güvenceler sistematik olarak yok sayılırsa? Özellikle bizim durumumuzda, bir devlet, vatandaşlarının haklarına siyasi amaçlar elde etmek ya da siyasi muhalifleri yok etmek amacıyla müdahale ederse? Böyle davalarda, sadece yapılan müdahaleleri kınamak yeterli olmayacaktır. Burada,

²⁸⁵ H. Satzger, F. Zimmermann & M. Eibach, "Does Art. 18 ECHR Grant Protection Against Politically Motivated Criminal Proceedings?", s. 111-112.

‘anlaşmayı bozacak’ bir tehlikeyle ve bütün Avrupa’yı tehdit eden bir devlet politikasıyla karşı karşıyayız.

Böylece, örneğin ceza yargılamasının baskı aracına dönüştürüldüğü, sistematik bir kötüye kullanma haline karşı, Sözleşme’nin belli maddelerinden bir ya da daha fazla ihlal kararı verilmesi yeterli olmaz. Buna ek olarak, bu sistematik kusurun açıkça tanınması ve yaptırıma tabii tutulması gerekmektedir. Sözleşme’nin 18. maddesinin devreye girebileceği ve girmesi gereken nokta tam da burasıdır. Bu maddenin ihlali, ilgili devletin İHAS’a taraf bütün devletlerin ortak politikası olan insan haklarının korunması politikasından uzaklaştığı ve Sözleşme’nin en temel prensiplerine artık bağlı kalmadığı anlamına gelmektedir.

Sözleşme’nin 18. maddesinin ihlaline ilişkin bir karar, gücünü kasıtlı ve sistematik olarak kötüye kullanan taraf devletlere karşı açık bir uyarı sinyalidir.”

Gerçekten Sözleşme’de güvence altına alınan hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğini ileri süren başvuruçular ve Mahkeme, 18. maddenin ihlal edilip edilmediğini kanıtlamak amacıyla sıklıkla ilgili devletin “kötü niyet”le hareket ettiği argümanına dayanmaktadır. Bu tespit, Mahkeme tarafından nadiren yapılmaktadır ancak Mahkeme de başvuruçular gibi son yıllarda 18. maddeyi giderek daha fazla kullanmaktadır.

Bir hak ve özgürlüğün ihlal edildiğini tespit etmekle, Sözleşme’nin 18. maddesinin ihlal edildiğini tespit etmek aynı sonucu doğurmamaktadır. Çünkü 18. madde ihlaliyle Mahkeme aynı zamanda her şeyin “iyi niyet” karinesi üzerine kurulduğu Sözleşme sisteminde, bir devletin bu karineye aykırı hareket ettiğini de tespit etmektedir ki bu, aynı zamanda Sözleşme’nin ruhuna aykırı davranıldığının da tespit edilmesi demektir.

Mahkeme, bir kişinin tutuklanmasında makul bir şüphe olduğunu gösterecek deliller yok ise, Sözleşme’nin 5. maddesinin 1. fıkrasının c bendinin; yerel mahkemeler savcılık tarafından gösterilen delillerin bir kişinin tutukluluğunun makullüğünü gerektiği gibi incelemiyor ise Sözleşme’nin 5. maddesinin 4. fıkrasının ihlal edildiğine karar vermektedir. Sözleşme’nin 6. maddesi altında yapılacak inceleme, daha farklı bir inceleme gerektirse de, başvuruçunun hapis cezası almasıyla sonuçlanan olaylar, suçlamalar ve ceza yargılaması, başvuruçunun tutuklanmasına

sebeup olan dava ile aynı dava ise ve şayet başvurunun tutuklanmasının Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının c bendine aykırı olduğuna karar verilmesine neden olan suçlamalar ve deliller, mahkumiyet kararının da gerekçesi ise ve dosyaya, tutuklama gerekçesi olarak gösterilen delillerden başka bir delil girmediyse başvurucuya bu delillere dayanılarak hapis cezası verilmesi de Sözleşme'yi ihlal edecektir.

Mahkeme, önündeki delilleri yorumlayıp değerlendirme konusunun yerel mahkemelerin görevi olduğunu, yerel mahkeme kararları keyfi ya da açıkça gerekçesiz ve makul olmadığı sürece müdahale hakkını kendinde görmemektedir. Ancak yerel mahkemelerin kararları keyfi ise ve makul değilse, Mahkeme, bu kararların adil yargılanma hakkının sağladığı güvencelerle uyumlu olmadığına karar verebilecektir.²⁸⁶ Mahkeme'ye göre Sözleşme'deki haklar yalnızca teoride değil, pratikte de etkili bir şekilde güvence sağlamalıdır ve eğer yerel mahkemeler başvuru sahiplerinin taleplerini ve görüşlerini dikkate almaz ve delilleri sorgulayarak yeterli bir inceleme yapmazsa adil yargılanma hakkının etkili bir şekilde yerine getirildiğinden söz edilemeyecektir.

Ilgar Mammadov v. Azerbaycan davası, başvurunun tutuklanmasının Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. ve 4. fıkralarıyla ve 18. maddesiyle uyumlu olup olmadığının incelenmesiyle sınırlıdır. Başvurucuya verilen hapis cezası nedeniyle yapılan başvuru ise, ceza yargılamasının bir bütün olarak değerlendirildiğinde Sözleşme'nin 6. maddesi uyarınca adil olup olmadığına ilişkin ayrı bir incelemeyi gerektirmektedir.²⁸⁷ Nitekim Mahkeme, Mammadov (no. 2) davasında Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edilip edilmediğini incelemiştir. Başvurucunun Sözleşme'nin 5. maddesinin ve 5. maddeyle bağlantılı olarak 18. maddesinin ihlal edilmesiyle sonuçlanan tutuklama kararında gösterilen uydurma, hatalı ve saptırılmış delillerin mahkumiyet kararına da dayanak yapıldığını, başvurunun lehine olan delillerin sistematik olarak yeterli bir gerekçe sunulmadan reddedildiğini belirten Mahkeme, bir bütün olarak değerlendirildiğinde, başvurunun adil yargılandığından söz edilemeyeceğine karar vermiştir.²⁸⁸

Görüldüğü üzere Mahkeme, başvurunun adil bir şekilde yargılanmadığına karar verirken Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının c bendinden verilen ihlal

²⁸⁶ Nemtsov v. Rusya, Başvuru no. 1774/11, Karar tarihi: 31.07.2014, para. 87.

²⁸⁷ Ilgar Mammadov v. Azerbaycan, no. 2, para. 202.

²⁸⁸ *Ibid.*, para. 237-239.

kararında varılan sonuçları dikkate almıştır. Elbette ki Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının c bendinden verilen her ihlal kararı, yargılamanın sakatlanması anlamına gelmemektedir. Burada yargılamanın sakatlanmasına yol açan, 5. maddesinin 1. fıkrasının c bendinin ihlalinin Sözleşme'nin 18. maddesiyle bağlantılı olarak verilmesidir. Zira, 18. madde ihlali taraf devletin “kötü niyet”le, “gizli bir ajanda”yla başvurucuyu Sözleşme’de öngörülme-yen bir amaçla ilgili suçtan tutuklanmasını makul kılmayacak delillerle tutukladığını ortaya koymaktadır. Tutuklanan ya da tutukluluk hali devam ettirilen kişilerle ilgili gerekçe olarak sunulan keyfi ve uydurma delillere ek olarak, tutukluluğu, tutukluluk halinin devamını ya da mahkumiyet kararını meşru kılacak somut yeni bir delil ileri sürülmediği sürece 18. madde ihlali, yerel makamların görevlerini kötüye kullandıkları anlamına gelecektir. Bu nedenle Sözleşme’nin 18. maddesinin ihlal edilmesi demek, yargılamanın sakatlanması da demektir.

Ceza yargılamasını kötüye kullanarak kişileri somut delil ve makul bir şüphe olmaksızın ve/veya Sözleşme’de öngörülme-yen siyasi ya da ekonomik amaçlarla özgürlüklerinden alıkoyan, hak ve özgürlüklerini ihlal edebilen devletler, bu durumun tespit edildiği kararları da yok saymakta, sonuçlarının ortadan kaldırılması için üstlerine düşen yükümlülükleri yerine getirmemek için direnç göstermektedir.

Bu “başkaldırı” hali, sadece hakları ihlal edilen kişiler için değil, Mahkeme’nin ve Avrupa insan hakları sisteminin varlığı açısından da tehlikeli bir noktaya evrilmektedir. Bu durumun önüne geçebilmek için Mahkeme ve Mahkeme’nin verdiği kararların taraf devletler tarafından yerine getirilip getirilmediğini denetleyen Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Sözleşme’nin 18. maddesi altında verilen ihlal kararlarının niteliği ve ruhu gereği bu kararların sonuçları, kararların nasıl ve ne zaman yerine getirilmiş sayılacağı ve ihlalin ortadan kaldırılmaması halinde başvurulabilecek yollar konusunda daha önce örneği görülmemiş kararlar vermektedir.

Bu nedenle bu bölümde, yeni yeni gelişen ve yakın zamanda şekillenmeye devam edecek içtihat doğrultusunda 18. madde ihlali kararlarının bağlayıcılığı, etkileri ve İHAM kararlarını yerine getirmedikleri hallerde taraf devletlerin karşılaşabilecekleri olası sonuçlar, genel ilkeler ve 18. madde içtihadının yol açtığı örnek durumlar üzerinden anlatılacaktır.

A. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı

5 Mayıs 1949 tarihinde kabul edilen ve 3 Ağustos 1949 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Konseyi Statüsü'nün ²⁸⁹ 3. maddesi, Avrupa Konseyi'nin üyesi her devletin, hukukun üstünlüğü ilkesiyle yargı yetkisi içindeki herkesin insan hakları ve temel özgürlüklerden yararlanması ilkesini kabul ettiğini, bu amacın gerçekleşmesinde içten ve etkin bir biçimde işbirliği yapmayı üstlendiğini belirtmektedir. Statü'nün 4. maddesi, bu işbirliğini yerine getirmede yeterli ve istekli olduğu görülen herhangi bir Avrupa ülkesinin Avrupa Konseyi üyesi olabileceğine yer vermektedir.

Statü'nün 8. ve 9. maddelerinde ise, 3. madde hükümlerini ciddi biçimde çiğneyen herhangi bir Konsey üyesinin temsil haklarının askıya alınabileceği ve üyelikten çekilmesinin istenebileceği; bu isteğe uymaması halinde Komite tarafından belirlenecek bir tarihten itibaren taraf devletin Avrupa Konseyi üyeliğinin sona erdirilmesine karar verilebileceği düzenlenmektedir.

4 Kasım 1950 tarihinde kabul edilen ve 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe giren İHAS'ta ve 1 Haziran 2010 tarihinde yürürlüğe giren İHAS'a ek 14 Numaralı Protokol'de de bu işbirliğinin önemini vurgulayan düzenlemelere yer verilmiştir. Sözleşme'nin "insan haklarına saygı yükümlülüğü" başlığını taşıyan 1. maddesi, taraf devletlerin kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin hak ve özgürlüklerinden yararlanmasını sağlamakla yükümlü olduğunu hatırlatmakla başlamaktadır. Bu işbirliği ve saygı yükümlülüğünün bir sonucu olarak, Avrupa Konseyi üyesi ve Sözleşme'ye taraf olan devletler Sözleşme'nin 46. maddesinin 1. fıkrasına göre Mahkeme'nin verdiği kesinleşmiş kararlara uymayı taahhüt etmektedirler.

İHAM, Sözleşme'de ve ek protokollerinde düzenlenen hak ve özgürlüklerin bir veya birden fazlasının ihlal edildiğine karar verdiğinde, bir sonraki adım bağlayıcı olan bu kararın ulusal hukukta yerine getirilmesinin sağlanmasıdır.

²⁸⁹ Avrupa Konseyi Statüsü, <https://rm.coe.int/1680306052>.

B. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının Yerine Getirilmesi

İnsan Hakları Mahkemesi, kendi verdiği ihlal kararlarının uygulanıp uygulanmadığını ya da nasıl uygulandığını izlememektedir. Sözleşme'nin 46. maddesinin 2. fıkrası uyarınca kararların yerine getirilmesini izleme ve denetleme görevi Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'ndedir. Bakanlar Komitesi, Avrupa Konseyi üyesi 47 devletin dışişleri bakanlıklarından oluşmakta ve İnsan Hakları ve Hukuk İşleri Müdürlüğü kapsamındaki İnsan Hakları Kararlarının İcrası Departmanı tarafından desteklenmektedir. Her üye devletin dışişleri bakanları, Bakanlar Komitesi bünyesinde yılda bir kez toplantılarda bir araya gelmektedir. Uygulamada, Bakanlar Komitesi'ndeki temsil yetkisi, Bakanlar Komitesi'nin bulunduğu Strazburg'da bulunan daimi temsilcilere devredilmiştir. Bu temsilcilerle birlikte Bakanlar Komitesi, yılda dört kez, her biri üç gün süren toplantılar düzenlemektedir. Toplantılar kamuya kapalı olarak gerçekleştirilmekte, fakat, Bakanlar Komitesi'nin internet sitesi üzerinden izlenebilmektedir.²⁹⁰ Toplantı gündemi ve toplantılarda alınan kararlar da yine internet sitesinden paylaşılmaktadır.²⁹¹

Bakanlar Komitesi'nin denetim görevi, Mahkeme kararının kesinleşmesi ile başlamaktadır. Mahkeme'de Daire'nin verdiği karar, kesin bir karar değildir, başvuruçular ya da Hükümet tarafından Büyük Daire'ye taşınabilir. Başvuruçular ya da Hükümet, davanın Büyük Daire'ye taşınmasını istemediklerini beyan ederlerse veya karardan itibaren üç ay içerisinde dava Büyük Daire'ye taşınmazsa, karar kesinleşir. Taraflar, Daire kararından itibaren üç ay içerisinde Büyük Daire'ye başvurur ve Büyük Daire bünyesinde oluşturulacak kurul, bu istemi reddederse, karar yine kesinleşir. Tarafların davayı Büyük Daire'ye taşıma talebi kabul edilir ise, artık Büyük Daire tarafından verilecek karar da kesindir.

Bu durumlarda, kesinleşme ile birlikte karar, uygulanmasının izlenmesi için Bakanlar Komitesi'ne gönderilir. Bakanlar Komitesi, izleme sürecinin standart izleme ya da nitelikli izleme altında yapılmasına karar verecektir. Ocak 2011'den bu yana

²⁹⁰The Committee of Ministers' Human Rights meetings <https://www.coe.int/en/web/execution/committee-of-ministers-human-rights-meetings>

²⁹¹ The Committee of Ministers' Meetings and Events <https://www.coe.int/en/web/cm/september-2018> ve The Committee of Ministers' documents <https://www.coe.int/en/web/cm/documents>.

Bakanlar Komitesi iki aşamalı bir yöntem izlemektedir: ²⁹² Birinci aşama, Bakanlar Komitesi'nin aktif bir rol almadığı ancak İnsan Hakları Kararların İcrası Departmanı'nın devlet yetkilileri ile birlikte eylem planı hazırladığı, izleme sürecinde ilerlemenin tatmin edici olduğu, kararın uygulandığı ve davanın kapandığına karar verdiği standart izleme aşaması iken, ikinci aşama, Bakanlar Komitesi'nin aktif bir rol aldığı ve eylem planının hazırlanmasında, devletin ne tür önlemler alması gerektiğine karar vermesinde ve karmaşık ve uygulanması zor kararlarda çift veya çok taraflı işbirliği programları uygulanmasında (örneğin, yuvarlak masa tartışmaları) yardımcı olduğu nitelikli izleme aşamasıdır. Söz konusu dava, acil ve bireysel önlemlerin alınmasını gerektiren bir dava ise; pilot karar usulüne tabi ise; Mahkeme veya Bakanlar Komitesi tarafından belirlenmiş yapısal veya karmaşık sorunlar içeren bir dava ise ve devletlerarası bir dava ise, nitelikli izleme altında denetlenecektir. ²⁹³

Devletler, kararın kesinleşmesinden itibaren 6 ay içerisinde kararın uygulanması için atacakları ya da attıkları adımları içeren bir eylem planı ya da eylem raporu sunmak zorundadır. Bakanlar Komitesi tarafından gerçekleştirilen yıllık toplantılarda devletlerin kararın uygulanması için aldıkları bireysel ve/veya genel önlemler, bu eylem planları çerçevesinde değerlendirilmektedir. Bakanlar Komitesi bu değerlendirmeler sonucunda bireysel ve genel önlemlere ilişkin ara kararlar alabilir. Eğer devletin gerekli bütün önlemleri aldığına karar verirse, davaya ilişkin nihai kararını verecektir. Bu sürece sivil toplum kuruluşları da katkı sunabilmektedir. Bakanlar Komitesi artık nitelikli izlemeye ihtiyaç kalmadığına karar verirse, dava standart izleme altında takip edilmeye devam edilecektir. Tam tersi de geçerlidir; Bakanlar Komitesi, taraf devletin kararın uygulanması için gerekli adımları atmadığına kanaat getirirse davanın nitelikli izleme usulü altında izlenmesine de karar verebilecektir. Denetim süreci, bireysel ve/veya genel önlemlerin alınması ve kararın gereklerinin yerine getirilmesine kadar sürebilir.

Mahkeme, Sözleşme'de ve/veya Sözleşme'ye ek protokollerde güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin ihlal edildiğini tespit ettiğinde, ihlal kararının hüküm kısmında Sözleşme'nin hangi maddesinin ihlal edildiğine ve hükmedilmesi halinde, maddi ve/veya manevi tazminat ile masrafların ödenmesine yer vermektedir.

²⁹² Başak Çalı ve Nicola Bruch, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Uygulanmasının İzlenmesi: Sivil toplum Kuruluşları İçin Bir El Kitabı**, https://ecthrproject.files.wordpress.com/2012/01/ngo_tr.pdf, Mayıs 2011, s. 14.

²⁹³ Harris/ O'Boyle/ Bates/ Buckley/ Harvey/ Lafferty/ Cumper/ Arai/ Green, **op. cit.**, s. 183.

Mahkeme kararları, bir hakkın ihlal edildiğini bildirir niteliktedir.²⁹⁴ İkincillik ilkesi (*subsidiarity*) gereği Mahkeme, kararı yerine getirecek devlete geniş bir takdir yetkisi tanımakta ve Sözleşme'nin hükümlerine uygun hareket edilmesinde veya Sözleşme'yi ihlal eden bir durumun telafisi amacıyla ulusal hukuk sisteminde kullanılacak usul ve yöntemlerin seçiminde yetkinin Devlet'e ait olduğunu belirtmektedir.²⁹⁵ Mahkeme kararında ihlal tespit edilmiş ise, buna göre ihlalin durdurulması, ihlalin sonuçlarının giderilmesi ve tekrarının önlenmesi gerekmektedir ve devletler, bunları getirmek için bireysel ve/veya genel önlemler almakla yükümlüdür.²⁹⁶

1. Bireysel Önlemler – *Restitutio In Integrum*

İHAM tarafından tespit edilen bir ihlalin giderilmesi için uygulanacak temel prensip, Sözleşme'ye aykırılığın tüm sonuçlarıyla ortadan kaldırılması ve ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanması anlamına gelen eski hale getirme – *restitutio in integrum* prensibidir.²⁹⁷

Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun da belirttiği gibi, eski hale getirmenin 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 ancak eski hale dönmenin mümkün olmaması halinde ihlal öncesi duruma en yakın çözümü sağlayacak giderim araçlarının sağlanması hedeflenecektir.²⁹⁸ Mahkeme bu prensibe ilk kez *Papamichalopoulos v. Yunanistan* kararında yer vermiştir:²⁹⁹

“Mahkeme'nin Sözleşme'nin ihlal edildiğini tespit ettiği bir karar, davalı devlete ihlali sonlandırma ve mümkün olduğu ölçüde ihlal öncesi durumu tesis edecek

²⁹⁴ Marckx v. Belçika, Başvuru no. 6833/74, Karar tarihi: 13.06.1979, para. 58.

²⁹⁵ Yağcı ve Sargın v. Türkiye, Başvuru no. 16419/90, Karar tarihi: 08.06.1995, para. 81.

²⁹⁶ Osman Doğru, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının İç Hukuklara Etkileri”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, No. 17, Ankara, 2000, s. 196.

²⁹⁷ bkz. Daimi Uluslararası Adalet Divanı, *The Factory at Chorzów* (Almanya v. Polonya), http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1928.09.13_chorzow1.htm, 13 Eylül 1928.

²⁹⁸ Kerem Altıparmak, “Kopya Davalar ve Pilot Kararlar: Bir Kararda Bin Adaletsizlik, 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı?”, Yayına Hazırlayan: Kerem Altıparmak, **Ankara Barosu Yayınları**, Ankara, 2009, 60-107, s. 69.

²⁹⁹ *Papamichalopoulos v. Yunanistan* (50. madde), Başvuru no. 14556/89, Karar tarihi: 31.10.1995, para. 34.

(*restitutio in integrum*) şekilde ihlalin sonuçlarını gidermeye yönelik hukuksal bir sorumluluk yükler.”

Hak ve özgürlüğünün ihlal edildiği tespit edilen başvurucuyla ilgili durumun ihlal öncesi duruma getirilmesi için bireysel önlemlerin alınması gerekmektedir. Bu bazen özgürlüğünden mahrum bırakılan bir kişinin serbest bırakılması³⁰⁰, bazen adil yargılanmadığına karar verilen bir kişinin yeniden yargılanması³⁰¹, bazen bir davada kilisenin tanınması³⁰², bazen gözaltında kayıp davasında faillerin bulunması için etkili bir soruşturma yürütülmesi³⁰³, bazen gönderileceği ülkede yaşam hakkının ya da işkence yasağının ihlal edileceği durumlarda iade/geri gönderme kararının kaldırılması³⁰⁴ olabilir.

Bir davada Sözleşme’ye taraf olan devletler, ihlale hükmedilen bir kararın gereklerini yerine getirmek için kullanacakları yolları seçmekte ilke olarak takdir yetkisine sahiptirler. Bir kararın infazının yöntemleri hakkındaki söz konusu takdir yetkisi, İHAS tarafından Sözleşme’ye taraf olan devletlerin birincil yükümlülüğü olan insan haklarına saygı yükümlülüğünün (1. madde) cüz’ü olan seçme hakkının bir ifadesidir.

İhlalin niteliği bir *restitutio in integrum* uygulama imkânı sağlıyorsa, İHAM’ın bu konuda ne yetkisi ne elverişli bir imkânı bulunduğundan *restitutio in integrum* gerçekleştirmek taraf devlete düşmektedir. Buna karşın şayet, ulusal hukuk ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırma imkânı tanımıyorsa ya da yalnızca bir kısmını ortadan kaldırıyorsa, İHAS’ın 41. maddesi gerekirse İHAM’a, kendisine uygun gelen tazminatın mağdur tarafa ödenmesine hükmetme yetkisi sunmaktadır.

İHAM, Sözleşme’nin 5. maddesiyle bağlantılı olarak 18. maddenin ihlal edildiğine karar verdiği *Mammadov v. Azerbaycan* kararında, Azerbaycan’ın bu ihlal kararını yerine getirip getirmediğini incelerken devletlerin 18. madde ihlalinin sonuçlarını ortadan kaldırmak için alması gereken bireysel önlemlerle ilgili önemli tespitlerde bulunmuştur.³⁰⁵

³⁰⁰ Ilaşcu ve Diğerleri v. Moldova, Başvuru no. 48787/99, Karar tarihi: 08.07.2004.

³⁰¹ Aydın Çetinkaya v. Türkiye, Başvuru no. 2082/05, Karar tarihi: 02.02.2016, para. 119.

³⁰² Metropolitan Church of Bessarabia ve Diğerleri v. Moldova, Resolution CM/ResDH (2010)81. Aktaran: Philip Leach, **Taking a Case to the European Court of Human Rights**, 3. Baskı, Oxford/ New York: Oxford University Press, 2011, s. 97.

³⁰³ Tekçi ve Diğerleri v. Türkiye, Başvuru no. 13660/05, Karar tarihi: 10.12.2013, para. 117.

³⁰⁴ Beldjoudi v. Fransa, Başvuru no. 12083/86, Karar tarihi: 26.03.1992.

³⁰⁵ Mammadov v. Azerbaycan, (46/4), Başvuru no. 15172/13, Karar tarihi: 29.05.2019, para. 181-218.

Bakanlar Komitesi, önünde Sözleşme'nin 18. maddesinin ihlaline ilişkin bekleyen başvurularda bireysel önlemlerin yerine getirilip getirilmediğine karar verirken üç başlık altında inceleme yapmaktadır: Başvurucuya tazminat ödenmesi; başvurunun serbest bırakılması ve 18. madde ihlalinin bütün olumsuz sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde yargılamanın yenilenmesi.³⁰⁶

a. Adil Tazmin

Mahkeme, Sözleşme'nin ihlal edildiğine karar verdiğinde ihlal tespitinin tek başına başvuru için adil bir tatmin sağlayacağına karar verebilir. Ancak son yıllarda artarak devam eden yaklaşımı doğrultusunda karar Sözleşme'nin 41. maddesi uyarınca adil tazmin bölümünü de içerebilmektedir. Sözleşme'nin 41. maddesine göre:

“Eğer Mahkeme bu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeciler tarafın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldırılabiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören taraf lehine adil bir tazmin verilmesine hükmeder.”

Mahkeme, *De Wilde, Ooms ve Versyp v. Belçika* davasında adil tazmine hükmedebilmesi için üç şartın yerine gelmesi gerektiğini belirtmiştir: Devlet'in Sözleşme ile güvence altına alınan yükümlülüklerini ihlal etmesi, başvurunun maddi ve/veya manevi zarara uğraması ve Mahkeme'nin tazmini gerekli görmesi.³⁰⁷

Buna göre, Mahkeme tarafından Sözleşme'nin ihlal edildiğine dair bir karar verilmesi halinde, başvuru, maddi ve/veya manevi tazminat talepleri ile birlikte

³⁰⁶ Strazburg Mahkemesi'nin *resitutio in integrum* içtihadının uluslararası hukukun sunduğu imkânların gerisinde kaldığı, özellikle İnter-Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına bakıldığında daha iyi görülmektedir. İnter-Amerikan Mahkemesi, davalı devletin adil yargılamaya aykırı bir şekilde hüküm giyen kişiyi serbest bırakmasına, bu kişinin ilgili ceza davası nedeniyle ilişkisi kesilen kamu kurumlarındaki görevine geri dönmesine, başvurunun alıkonulduğu dönem de dâhil olmak üzere tüm emeklilik haklarının sağlanmasına, ilgili kararın Sözleşme'ye aykırı bulunduğu iç hukuk kurallarının değiştirilmesi için gerekli önlemleri almaya ve başvuru sahiplerinin aleyhine sonuçlanan ve Sözleşme'yi ihlal eden usul sonucu verilen mahkûmiyet kararının geçersizliğine, ihlalden sorumlu olanların tespit edilip cezalandırılabilmesi için şikâyetin soruşturulmasına, ölüm cezasının geçersiz sayılmasına, sabıka kaydının silinmesine, para cezalarının iptaline, psikolojik tedavi sağlanmasına, geçmişte alıkonulanlar için öğretim ve mesleki eğitim desteğinin sağlanmasına, kararın günlük gazetelerde yayınlanmasına, bir kamu binasına mağdurların isminin verilmesine, hatta daha da ileri giderek, haksız alıkonma nedeniyle öğrenciliğini sürdüremeyen başvuru sahiplerine burs sağlanması ve davalı devletin kamuya açık bir şekilde özür dilemesine, zararların karşılanması için fon kurulmasına karar vermiştir. Söz konusu kararlar için bkz. Kerem Altıparmak, *op.cit.*, s. 74-75.

³⁰⁷ *De Wilde, Ooms ve Versyp v. Belçika*, Başvuru no. 2832/66, Karar tarihi: 10.03.1972, para. 21.

yaptığı masraf ve harcamaları ve avukat ile temsil edilmişse, avukatı için avukatlık ücretini Sözleşme'nin 41. maddesi altında isteyebilir. Burada önemli olan nokta, söz konusu tazminat ve masraf taleplerinin başvuru tarafından süresi içerisinde ve mümkün olduğunca belgelere dayanılarak ve makul bir miktar gözetilerek talep edilmiş olmasıdır.³⁰⁸

Mahkeme'nin 41. madde altında tazminata hükmetmesi durumunda devletin bu ödemeyi yapması için bir süre de belirlenmektedir. Mahkeme, *Moreira de Azevedo v. Portekiz* kararından itibaren³⁰⁹ ilgili taraf devlete ödeme için üç ay süre vermektedir. Tazminat ve masraf tutarının üç ay içinde ödenmemesi halinde “geçen her gün için Avrupa Merkez Bankası'nın en yüksek kredi faiz oranına %3'lük bir ekleme yapılarak temerrüt faizi hesaplaması” yapılmaktadır.

Davalı devletin başvurucaya ödemeyi yapması ve bu ödemeyi yaptığına dair banka dekontunu Bakanlar Komitesi'ne iletilmesiyle hüküm uygulanmış olmaktadır.³¹⁰ Adalet Bakanlığı, Türkiye açısından verilen kararlar açısından, kararların kesinleşmesini takip eden üç ay içinde 41. madde altında Euro cinsinden hükmedilen tutarın ödeme günündeki TL karşılığını başvuruca, vekâletname sunulması durumunda da avukatının banka hesabına masrafları devlete ait olmak üzere havale etmekte, sonrasında da bu ödeme bilgisini Bakanlar Komitesi'ne iletmektedir.³¹¹

Sözleşme'nin 41. maddesi altındaki ödemeler genellikle zamanında yapılmaktadır. Ancak İHAM kararlarını yerine getirmemek konusunda ısrarcı olan bazı devletlerin tazminatları da süresinde ya da tam ödemediği görülmektedir. Bu durumda İHAM kararı yerine getirilmiş sayılamayacağı için, tazminatların ödenip ödenmediğini takip etme görevi de Bakanlar Komitesi'ne aittir.

Örneğin, *Loizidou v. Türkiye* yargılamasında kararın icrasının yaratacağı kapsamlı sonuçları göz önüne alan Türkiye icradan ısrarla imtina etmiş; Bakanlar

³⁰⁸ Sözleşme'nin 41. maddesi altında ne zaman ve nasıl talepte bulunulacağı Mahkeme İç Tüzüğü'nde ve 28 Mayıs 2007 tarihli “İHAS'ın 41. Maddesi Uyarınca Yapılacak Tazminat Taleplerine İlişkin Yönerge”de düzenlenmiştir. Mahkeme, başvurunun Hükümet'e bildirilmesi ve Hükümet'in savunmalarını hazırlaması üzerine başvurucaya Hükümet savunmalarına karşı görüşlerini hazırlaması için süre vermektedir. Adil tazmin taleplerinin de genellikle bu görüşlerle birlikte, verilen süre içerisinde, Mahkeme'ye bildirilmesi beklenmektedir.

³⁰⁹ Serkan Cengiz, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin AİHS m. 41 Kapsamındaki Hükümlerinin Mahiyeti ve Unsurları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 90.

³¹⁰ Osman Doğru, *op.cit.*, s. 199.

³¹¹ Serkan Cengiz, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin AİHS m. 41 Kapsamındaki Hükümlerinin Mahiyeti ve Unsurları*, s. 96.

Komitesi konuya ilişkin değişik zamanlarda yayımladığı kararlarında bu konuya dikkat çekmiş ve özellikle 24 Temmuz 2000 tarihli kararında, Komite, Avrupa Konseyi Statüsü'nün 8. maddesi kapsamında herhangi bir yaptırıma başvurmamışsa da *“Türkiye'nin Mahkeme'nin vermiş olduğu bir kararı uygulamayı reddetmesi onun, Avrupa Konseyi'nin bir üyesi ve bir Yüksek Sözleşmecisi Taraf olarak, uluslararası yükümlölüklerini önemsemediğini açık olarak göstermektedir. (...) Komite, Türkiye'nin bu karar uyarınca yükümlölüklerini yerine getirmesini sağlamak amacıyla elinde bulunan tüm yollara başvuracağı kararını bildirir.”* diyerek ilk kez bir Sözleşme tarafına (Türkiye'ye) adeta gözdağı vermiştir.³¹²

Sözleşme'nin 18. maddesinin ihlaline ilişkin kararlar bakımından da benzer bir risk bulunmaktadır. Rusya'ya karşı verilen Gusinsky, Moldova'ya karşı verilen Cebotari ve Ukrayna'ya karşı verilen Lutsenko ve Tymoshenko kararlarında ilgili devletler tarafından Mahkeme'nin hükmettiği tazminatlar başvuruçulara ödenmiş ve bireysel ve genel önlemler yerine getirilmiştir. Tazminat ödenmesi, taraf devletlerin 46. madde altında en kolay yerine getirdikleri yükümlölüktür. Zira *Merabishvili v. Gürcistan* davasında da görüleceği üzere, bireysel ve/veya genel önlemlerin yerine getirilmesi konusunda gönülsüz olan ve direnen devletlerin dahi tazminatları ödemekten kaçınmadığı görülmektedir. Ancak Azerbaycan, bu konuda da bir istisna teşkil etmektedir. Aşağıda yeniden yargılama başlığı altında detaylı olarak anlatılacak *Jafarov v. Azerbaycan* davasında İHAM tarafından 16 Mart 2016 tarihinde verilen Sözleşme'nin 18. maddesinin ihlali kararıyla birlikte başvuruçucu lehine hükmedilen 25.000 Euro'luk manevi tazminat ile 7.448 Euro'luk masraf ve harcama tutarının yalnızca 8.500 Euro'su Azerbaycan Hükümeti tarafından ödenmiştir.³¹³ Konu Bakanlar Komitesi tarafından halen yakından takip edilmektedir.

Öte yandan 18. madde ihlallerinin sonuçlarının ortadan kaldırılması amacıyla alınacak bireysel önlemler konusunda Mahkeme'nin ve Bakanlar Komitesi'nin gündemini daha uzun yıllar meşgul edecek esas konu, başvuruçuların serbest bırakılması ve ihlalin bütün olumsuz sonuçlarının ortadan kaldırılmasına ilişkin atılacak adımlardır.

³¹² Serkan Cengiz, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İcrası ve Sürecin Denetlenmesi”, **Toplum ve Hukuk Dergisi**, Bahar Sayısı, 2003, s. 4-5. Türkiye daha sonra 2003 yılında gecikme faiziyle birlikte 1 milyon 200 bin Euro tazminat ödemiştir.

³¹³ Jafarov v. Azerbaycan, Status of Execution, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900001680749f54.

b. Serbest Bırakma, Af ve Adli Sicilden Silme

Bazı durumlarda Mahkeme tarafından ihlal kararı verilmiş olması ve başvurucuya tazminat ödenmesi, başvurucunun mağduriyetini gidermeye yetmez. Böyle durumlarda *restitutio in integrum*ın sağlanması için başvurucunun mağduriyetine özgü tedbirlerin alınması gerekmektedir.

Örneğin başvurucunun tutuklu yargılandığı ve Mahkeme'nin özgürlük ve güvenlik hakkının ihlal edildiğine karar verdiği bir davada başvurucuya yalnızca tazminat ödemek, ihlali ortadan kaldırmayacaktır. Haksız yere özgürlüğünden mahrum bırakılan başvurucu için ihlalin durdurulmasının ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasının en etkili yolu, başvurucunun serbest bırakılmasıdır.

Nitekim İHAM, başvurucunun özgürlüğünden yoksun bırakılmasının İHAS'ın 5. maddesinin 1. fıkrasına aykırı olduğuna karar verdiği *Assanidze v. Gürcistan* kararında ilk kez "... davanın kendine özgü koşulları altında, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrası ile 6. maddesinin 1. fıkrasının ihlaline derhal son verilmesi ihtiyacı dikkate alınarak, taraf devletin mümkün olan en kısa süre içerisinde başvurucunun serbest bırakılmasını sağlamak zorunda olduğunu" belirtmiştir.³¹⁴ Mahkeme'nin bu kararını *İlaşcu ve Diğerleri v. Moldova*³¹⁵ ve *Fatullayev v. Azerbaycan*³¹⁶ kararları izlemiştir. Son dönemde Mahkeme, bu içtihadını Türkiye'den giden davalarda da tekrarlamıştır.

Bilindiği üzere, Zaman Gazetesi'nde gazeteci olarak çalışırken 27 Temmuz 2016 tarihinde evinden gözaltına alınan ve FETÖ/PDY üyesi olduğu iddiasıyla emniyete götürülen, 30 Temmuz 2016 tarihinde İstanbul 4. Sulh Ceza Hâkimliği tarafından yazdığı köşe yazıları gerekçe gösterilerek tutuklanan, Türk Ceza Kanunu'nun 309., 311. ve 220. maddenin 6. fıkrasıyla bağlantılı olarak 312. maddeleri altında Türkiye Büyük Millet Meclisini ortadan kaldırmaya veya görevini yapmasını engellemeye

³¹⁴ Assanidze v. Gürcistan, Başvuru no. 71503/01, Karar tarihi: 08.04.2004, para. 203.

³¹⁵ İlaşcu ve Diğerleri v. Moldova, Başvuru no. 48787/99, Karar tarihi: 08.07.2004.

³¹⁶ Fatullayev v. Azerbaycan, Başvuru no. 40984/07, Karar tarihi: 22.04.2010. Bu kararda Mahkeme, Assanidze ve İlaşcu kararlarından farklı olarak Sözleşme'nin 5. maddesinden bir ihlal bulmamıştır. Mahkeme bu başvuruda başvurucunun bir gazetede yayımladığı makaleler nedeniyle 2.5 ve 8.5 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasını, Sözleşme'nin 10. maddesinde güvence altına alan ifade ve basın özgürlüğüne aykırı bulmuştur.

teşebbüs etme, Türkiye Cumhuriyeti hükûmetini ortadan kaldırmaya veya görevini yapmasını engellemeye teşebbüs etme, anayasal düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs etme ve silahlı terör örgütüne üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme suçlarını işlediğinden bahisle hakkında iddianame hazırlanan ve 11 Ocak 2018 tarihinde Anayasa Mahkemesi'nin verdiği özgürlük ve güvenlik hakkı ile ifade ve basın özgürlüğü ihlali kararına rağmen tahliye edilmeyen gazeteci Şahin Alpay hakkında İHAM'a yapılan başvuruda İHAM, Alpay'ın Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararına rağmen serbest bırakılmaması nedeniyle özgürlük ve güvenlik hakkı ile ifade ve basın özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.³¹⁷

Söz konusu davada İHAM, başvurucuya 21.500 Euro tazminat ödenmesinin yanı sıra, başvurucunun derhal serbest bırakılmasına da karar vermiştir. Mahkeme, Şahin Alpay'ın tutukluluğunun devam etmesi durumunda Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrası altında tespit edilen ihlalin devam edeceğini, bunun da Sözleşme'nin 46. maddesi uyarınca Hükümet'e yüklenen yükümlülüğünün ihlali anlamına geleceğini vurgulamıştır. Bu nedenle Mahkeme, ihlal kararının gerekçesi ve davanın somut durumu itibarıyla Alpay'ın tutukluluk halinin mümkün olan en kısa zamanda sona erdirilmesinin Hükümet tarafından güvence altına alınmasını istemiştir.³¹⁸

Son olarak ise Mahkeme, 20 Kasım 2018 tarihinde verdiği *Demirtaş v. Türkiye* (no. 2) kararında, 4 Kasım 2016 tarihinden bu yana tutuklu olan Selahattin Demirtaş'ın tutukluluğunun devamı için Anayasa Mahkemesi de dâhil olmak üzere, mahkemeler tarafından yeterli hiçbir gerekçe sunulmadığı için İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin (İHAS) kişi özgürlüğü ve güvenliğini güvence altına alan 5. maddesinin 3. fıkrasının ihlal edildiğine; özellikle referandum ve Cumhurbaşkanlığı seçimi sırasında, sadece bir milletvekili ve muhalif bir partinin eş genel başkanı olarak kendisinin değil, aynı zamanda temsil ettiği seçmenlerin de durumunu dikkate alarak tutukluluğu nedeniyle TBMM faaliyetlerine katılmasının imkânsız hale gelmesi sonucunda Sözleşme'ye Ek 1 Numaralı Protokol'ün 3. maddesinde güvence altına alınan serbest seçim hakkının ihlal edildiğine; ve, Türkiye'deki genel siyasi durumu

³¹⁷ Şahin Alpay v. Türkiye, Başvuru no. 16538/17, Karar tarihi: 20.03.2018. Şahin Alpay, İHAM kararından birkaç gün önce, 16 Mart 2018 tarihinde ev hapsi kararıyla tahliye edilmiş, 12 Mayıs 2018 tarihinde ev hapsi kararı da kaldırılmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin ve İHAM'ın tutuklanması için yeterli makul şüphe olmadığı gerekçesiyle Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının c bendinin ihlal edildiği yönündeki kararlarına rağmen, Alpay'a 6 Temmuz 2018 tarihinde 8 yıl 9 ay hapis cezası verilmiş, karar istinafta onanmıştır. Yargıtay'ın kararı beklenmektedir.

³¹⁸ Şahin Alpay v. Türkiye, para. 190-195.

dikkate alarak başvurunun tutuklanmasının ardında yatan nedenin ve kendisine yönelik hak sınırlandırmalarının birincil amacının çoğulculuğu boğmak ve siyasi tartışma özgürlüğünü kısıtlamak olduğu ve buna göre tehdit altında olanın yalnızca başvurunun bireysel hak ve özgürlükleri değil, tüm demokratik sistem olduğu sonucuna ulaşarak Sözleşme'nin 18. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.³¹⁹

Mahkeme ayrıca, Sözleşme'nin 46. maddesi uyarınca, başvuru Demirtaş'ın hakkında yeni bir delil olmadığı sürece, özgürlüğünden alıkonulmasının tespit edilen ihlallerin devamı anlamına geleceğini belirterek, Demirtaş'ın derhal serbest bırakılmasına karar vermiştir.³²⁰

18. maddeden verilen ihlal kararının, diğer ihlal kararlarından farkı bu noktada ortaya çıkmaktadır. Mahkeme'nin Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının c bendi altında kişinin makul şüphe olmadan tutuklandığına karar verip ihlal bulması durumunda, yukarıda verilen örneklerden de anlaşılacağı üzere, başvuru serbest bırakılabilmektedir. Ancak Mahkeme'nin Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının c bendi ile birlikte Sözleşme'nin 18. maddesinden de ihlal bulması halinde bu ihlal kararının tahliyenin de ötesinde sonuçları olabilmektedir, olmalıdır.

*Restitutio in integrum*un sağlanması için bazen başvurunun serbest kalması yeterli değildir. Makul şüphe olmadan ve siyasi sebeplerle gözaltına alınıp tutuklanan ve daha sonra hapis cezası olarak hükümlü hale gelen muhalif bir kişinin ilerleyen aşamalarda serbest kalmasına rağmen verilen hapis cezası kararı nedeniyle yaşamaya devam ettiği bazı olumsuz sonuçlar olabilir. Bu sonuçlar arasında, seçimlerde milletvekili adayı olmasının yasaklanması, baroya kaydolarak avukatlık yapmasının engellenmesi ya da hapis cezasının adli siciline işlenmesi sayılabilir.

Bakanlar Komitesi, böyle durumlarda kişinin serbest bırakılmış olmasını *restitutio in integrum* olarak kabul etmemektedir. Nitekim, serbest kalmalarına rağmen 2024 yılına kadar seçimlere katılması yasaklanan ve aldığı hapis cezası adli siciline işlenen Mammadov'un ve 2021 yılına kadar baroya kaydolup avukat olmasına izin

³¹⁹ Demirtaş v. Türkiye (no. 2), Başvuru no. 14305/17, Karar tarihi: 20.11.2018.

³²⁰ Başvuru Selahattin Demirtaş'ın tutuklu olarak yargılandığı Ankara 19. Ağır Ceza Mahkemesi, İHAM'ın Demirtaş'ın serbest bırakılması yönündeki ihlal kararına rağmen 30 Kasım 2018 tarihinde başvurunun tutuk halinin devamına karar vermiş, bu sırada Cumhurbaşkanı'nın "karşı hamle yapar, işi bitiririz" açıklamasının ardından 4 Aralık 2018 tarihinde, başvurunun daha önce örgüt propagandası yaptığı iddiasıyla 4 yıl 8 ay hapis cezası aldığı davada İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 2. Ceza Dairesi başvurunun istinaf talebini reddetmiş, böylece, ceza kesinleşmiş ve başvuru hükümlü hale gelmiştir.

verilmeyen Jafarov'un davalarında Mahkeme tarafından verilen ihlal kararının sonuçlarının tam anlamıyla ortadan kaldırılmadığını düşünmektedir.

Mahkeme de 29 Mayıs 2019 tarihinde yayımladığı *Mammadov v. Azerbaijan* kararında 18. maddeden verilen ihlal kararıyla devletin kötü niyetle hareket ettiğinin tespit edildiğini, böylece kişinin siyasi sebeplerle gözaltına alınıp tutuklanmasının bundan sonraki süreci sakatlayacağını belirterek bu “ihlal kararının sonuçları ve ruhu” ile uyumlu olarak, tahliyenin yanı sıra, diğer bütün olumsuz sonuçların da ortadan kaldırılması gerektiğini hatırlatmıştır.

Öte yandan Mahkeme tarafından bizzat başvurunun serbest bırakılmasına karar verilmemiş olsa dahi, ihlal kararının başvurunun affedilmesini ve serbest bırakılmasını sağladığı örnekler de bulunmaktadır.

Daha önce, hakkındaki suçlamalara karşı masum olduğuna dair basına verdiği açıklamalar nedeniyle tutuklanan Ukrayna muhalefet partisi liderinin başvurusunda Mahkeme'nin 5. maddeyle bağlantılı olarak 18. madde ihlali ³²¹ bulmasının ardından 27 Şubat 2012 tarihinde hükümlü haline gelen, 7 Nisan 2013 tarihinde İHAM kararına dayanılarak Ukrayna devlet başkanı tarafından affedilen ve serbest bırakılan Lutsenko, 28 Şubat 2014 tarihli İHAM kararlarının yerine getirilmesine ilişkin kanuna dayanarak hakkındaki hükmün kaldırılmasını istemiştir. 20 Mayıs 2014 tarihinde Ukrayna'nın Bakanlar Komitesi'ne verdiği bilgiye göre, 20 Mart 2014 tarihinde Kyiv'deki Pechersky Bölge Mahkemesi kararı bozmuş, bu kararın ardından Lutsenko 26 Ekim 2014 tarihinde yeniden milletvekili seçilmiş ve 12 Mayıs 2016 tarihinde savcı olarak atanmıştır. ³²²

Lutsenko kararından yalnızca dokuz ay sonra Mahkeme bu kez de Ukrayna'nın eski başbakanı Tymoshenko'nun tutuklanmasının Sözleşme'nin 18. maddesine aykırı olduğuna karar vermiş, ³²³ bunun üzerine Tymoshenko Yüksek Mahkeme'ye başvuru yaparak yeniden yargılanma talebinde bulunmuştur. Ancak bu talebi gerekçe gösterilmeksizin reddedilmiştir. ³²⁴ 22 Şubat 2014 tarihinde Ukrayna Parlamentosu Tymoshenko'nun serbest bırakılmasına karar vermiş, Tymoshenko'nun aynı gün

³²¹ Lutsenko v. Ukrayna, Başvuru no. 6492/11, Karar tarihi: 03.07.2012, para. 108-110.

³²² Lutsenko v. Ukrayna, Status of Execution, <http://hudoc.exec.coe.int/eng?i=004-32285>

³²³ Tymoshenko v. Ukrayna, Başvuru no. 49872/11, Karar tarihi: 30.04.2013, para. 296-301.

³²⁴ “Council of Europe: Ukraine must implement ECHR judgment in Tymoshenko case”, 30 Eylül 2013, <https://www.unian.info/politics/837019-council-of-europe-ukraine-must-implement-echr-judgment-in-tymoshenko-case.html>.

serbest bırakılmasından sonra 28 Şubat 2014 tarihinde bütün hakları Parlamento tarafından iade edilmiş ve bu karar 24 Haziran 2014 tarihinde Yüksek Mahkeme tarafından kabul edilmiştir.³²⁵

Tymoshenko sonunda serbest kalmasına ve bütün hakları iade edilmesine karşın, Tymoshenko kadar “şanslı” olmayanlar için serbest kalmanın yanı sıra, diğer olumsuz sonuçların ortadan kalkması için bazen en iyi ve tek yol yargılamanın yenilenmesi olabilir.

c. Yargılamanın Yenilenmesi

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, 19 Ocak 2000 tarihinde kabul ettiği R(2000)2 sayılı Tavsiye Kararında³²⁶ tüm taraf devletleri, *restitutio in integrum*’un en ileri seviyede sağlanması amacıyla ulusal boyutta etkin olanakların mevcudiyetini sağlamaya davet etmiştir.

Restitutio in integrum’un sağlanmasında en uygun önlemlerin neler olduğunun sorumlu devletin yetkili otoriteleri tarafından tespit edileceği belirtilmiş olmasına rağmen, Mahkeme kararlarının yerine getirilip getirilmediğini denetleyen Bakanlar Komitesi, bazı istisnai koşullarda davanın yeniden incelenmesinin veya yeni bir yargılamanın yapılmasının, *restitutio in integrum*’un sağlanmasında, tek olmasa bile, en etkili yöntem olduğunu belirtmiştir.

Tavsiye Kararına göre, yargılamanın yenilenmesi için aşağıdaki şartların yerine gelmesi gerekmektedir:

(i) mağdur tarafın, ulusal kararın sonuçları nedeniyle adil tazminat ile giderilemeyen ve yalnızca yargılamanın yenilenmesi veya davanın yeniden incelenmesi ile giderilebilecek, çok ciddi olumsuz sonuçlara katlanmaya devam etmesi ve,

(ii) Mahkeme kararından şu sonuçlar ortaya çıkıyorsa:

(a) şikâyet konusu iç hukuktaki kararın esas itibarıyla Sözleşme’ye aykırı

veya

³²⁵ Tymoshenko v. Ukrayna, Status of Execution, <http://hudoc.exec.coe.int/eng?i=004-32291>

³²⁶ Recommendation No. R(2000)2 of the Committee of Ministers to member states on the re-examination or reopening of certain cases at domestic level following the judgments of the European Court of Human Rights, adopted by the Committee of Ministers on 19.1.2000 at the 694th meeting of Ministers’ Deputies.

(b) tespit edilen ihlal, dava edilen ulusal yargılamanın sonucu üzerinde ciddi bir şüphe doğuracak düzeyde ağır usul hataları veya eksikliklerinden kaynaklanıyor olması.

Her ne kadar Sözleşme, taraf devletlere ulusal hukuklarında yeniden yargılama ya da davanın yeniden incelenmesi ile ilgili düzenleme yapma zorunluluğu getirmemişse de, bu konuda özel düzenleme getiren taraf devletlerin sayısı her geçen gün artmaktadır.³²⁷ Taraf devletlerin ulusal hukuklarında yeniden yargılama ya da davanın yeniden incelenmesi yoluna başvurma imkânının bulunmaması halinde Mahkeme, Sözleşme'nin 46. maddesi uyarınca ilgili taraf devletin “ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeni ve etkili bir yol kurması” gerektiğine hükmetmiştir.³²⁸

Yeniden yargılama yoluna özellikle Sözleşme'nin 6. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı ihlallerinde başvurulmaktadır. Mahkeme özellikle başvuruçuların avukat yokluğunda ya da baskı altında ifadelerinin alınması, tarafsız ve bağımsız mahkeme önünde yargılanmama, duruşmalar sırasında tanıklarının dinletilmemesi, baskı ve zorlama altında ifadeleri alınan kişilerin beyanlarına ya da hukuka aykırı olarak elde edilen delillere dayanılarak mahkûmiyet kararı verilmesi gibi yargılamanın bir bütün olarak “adil” kabul edilemeyeceği durumlarda “adil yargılanma hakkını ihlal ettiği tespit edilen yargılamanın en etkin telafisinin, başvuru tarafından talep edilmesi halinde, davanın yeniden görülmesi olduğuna” karar vermektedir.³²⁹

Zira, bazı istisnai durumlarda, tespit edilen ihlal, ihlali gidermek için alınması gereken tedbirlerle ilgili olarak seçenек bırakmayacak özellik sergileyebilir ve İHAM, sadece bir tedbir belirtmeye karar verebilir. Nitekim İHAM, *Öcalan v. Türkiye* (Büyük Daire) davasında, Devlet Güvenlik Mahkemelerinin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile ilgili olarak Türkiye'ye karşı açılan davaların özel durumu çerçevesinde, prensip

³²⁷ Explanatory Memorandum (Rec. No. R (2000) 2, para. 3. Yeniden yargılama yolu, Türkiye hukukunda da düzenlenmiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 172. ve 311. maddeleri, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 375. maddesi, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 53. maddesi ve Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 67. maddesi İHAM kararlarını yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak kabul edilmektedir.

³²⁸ *Laska ve Lika v. Arnavutluk*, Başvuru no. 12315/04, Karar tarihi: 20.04.2010, para. 76-77. Aktaran: Philip Leach, **Taking a Case ...**, s. 94.

³²⁹ *Gençel v. Türkiye*, Başvuru no. 53431/99, Karar tarihi: 23.10.2003, para. 27; *Aydın Çetinkaya v. Türkiye*, Başvuru no. 2082/05, Karar tarihi: 02.02.2016, para. 119.

olarak en iyi tazmin şeklinin, talep etmesi halinde başvurunun gecikmeksizin yeniden yargılanması olacağını belirtmiştir.³³⁰

Ancak Mahkeme'nin yeniden yargılama yapılması yönündeki kararı, başvurunun yeniden yapılacak yargılama sonunda beraat etmesi gerektiğini anlamı taşımamaktadır. Bu durumda yerel mahkemenin görevi, İHAM kararı doğrultusunda yargılama yapmak ve ihlalin tekrarlanmamasını sağlamaktır.³³¹ Mahkeme (ve Bakanlar Komitesi) yalnızca yapılacak yeni yargılamanın Sözleşme'deki usuli güvenceler ve İHAM tarafından tespit edilen ihlaller doğrultusunda adil olup olmadığını denetleyecektir.

Görüldüğü üzere, şimdiye kadar ağırlıklı olarak Sözleşme'nin 6. maddesine dayanılarak adil bir yargılama yapılmadığının tespit edildiği ihlal kararlarına karşı yeniden yargılama yolu gösterilmişse de son yıllarda Sözleşme'nin 5. maddesinden verilen bir ihlal kararının da yeniden yargılama yolunu açıp açmayacağı tartışılmaktadır.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin R(2000)2 sayılı Tavsiye Kararı'nda yer verilen "tespit edilen ihlalin dava edilen ulusal yargılamanın sonucu üzerinde ciddi bir şüphe doğuracak düzeyde ağır usul hataları veya eksikliklerinden kaynaklanması" hali, Mahkeme'nin başvuru sahiplerinin siyasi amaçla, kötü niyetli olarak, ceza kanunlarında düzenlenmeyen suçlarla "cezalandırıldıklarına" ve bu nedenle Sözleşme'nin 5. maddesiyle bağlantılı olarak 18. maddesinin ihlal edildiğine karar verildiği bazı davalarda yeniden yargılama nedeni olarak gösterilmektedir.

Bu konu, Mahkeme'nin Sözleşme'nin 18. maddesinin 5. maddesiyle bağlantılı olarak ihlal edildiğine karar verdiği az sayıdaki davada da tartışma konusu olmuştur. Örneğin *Merabishvili v. Gürcistan* davasında, her ne kadar başvuru hemen hükümlü hale getirilmişse de, Mahkeme'nin bütün ceza yargılamasının kusurlu olduğuna karar verdiği bir davanın sonuçlarının nereye kadar gidebileceği, verilen 18. madde ihlalinin

³³⁰ Öcalan v. Türkiye [Büyük Daire], Başvuru no. 46221/99, Karar tarihi: 12.05.2005, para. 210.

³³¹ Şayet başvuru, yeniden yargılandığı davanın da adil bir yargılama olmadığı iddiasında ise, iç hukuk yollarını tükettikten sonra yeniden İHAM'a başvuru yapılabilir. Benzer bir örnek, yakın zaman önce Anayasa Mahkemesi'nden dönmüştür. 12 Eylül 2008 tarihinde anayasal düzeni değiştirmeye teşebbüs suçundan ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası alan başvuru hakkında başvurunun gözaltında tutulduğu sırada müdafii yardımından yararlanma hakkının ihlal edildiği yönünde İHAM tarafından 2004 yılında verilen karar üzerine yapılan yeniden yargılama talebinin "CMK'nin 311. maddesinde öngörülen şartları taşımadığı gerekçesiyle" reddedilmesi, Anayasa Mahkemesi tarafından adil yargılanma hakkının ihlali olarak kabul edilmiştir. Bkz. Yüksek Yiğitdoğan başvurusu, Başvuru no. 2015/12755, Karar tarihi: 12.06.2018.

başvurucunun serbest bırakılmasına ya da yeniden yargılanmasına neden olup olamayacağı tartışılmıştır.³³²

Bu tartışmalar, daha önce, yukarıda '*serbest bırakma, af, sicilden silme*' başlığında da değinilen, Ukrayna'ya karşı Lutsenko ve Tymoshenko'nun davası özelinde de yapılmış, en uygun giderim yolunun, mümkünse kişinin mahkûmiyet kararının bozulmasıyla sonuçlanacak yeniden yargılama prosedürü olduğu düşünülmüştür.³³³

Aşağıda daha detaylı olarak anlatılacağı üzere, bir kişinin tutuklanması için dahi yeterli "makul şüphe"yi taşımayan delillerle bir kişiyi susturmak ve cezalandırmak amacıyla özgürlüğünden alıkoymak, daha en başından yargılamayı sakatlamaktadır. Bu kişilerin daha sonra yeni bir delil ve somut bir gerekçe olmaksızın, tutuklama kararındakilerle aynı delillere dayanılarak mahkûm edildikleri düşünüldüğünde, Mahkeme'nin 5. maddeyle bağlantılı olarak vereceği 18. madde ihlalinin de yargılamanın bir bütün olarak adil olmadığına karar verdiği 6. madde ihlali kararları gibi, yeniden yargılama etkisi olabilmelidir.

Mahkeme'nin Sözleşme'nin 18. maddesinin ihlal edildiğine karar vermesi durumunda, bu, yetkililerin çok temel prensiplerden uzaklaşarak ceza yargılaması sistemini kasti olarak kötüye kullandıkları anlamına gelecektir ki bu koşullarda, yapılan yargılamanın hiçbir hükmü ve bağlayıcılığı olmayacağından yetkililerin bu kez siyasi ya da başka bir farklı amaç taşımayacak, adil bir yargılama başlatması gerekecektir.³³⁴

Lutsenko ve Tymoshenko'nun başvurularında 5. maddeyle bağlantılı olarak 18. maddenin ihlal edildiğine ilişkin Ukrayna'ya karşı verilen iki ihlal kararında da başvuruclar tarafından yapılan yeniden yargılanma talebi Yüksek Mahkeme tarafından reddedilmiş ancak daha sonra Parlamento tarafından alınan kararlar ile başvuruclar affedilmiş ve bütün hakları iade edilmiştir.

³³² Philip Leach, "Strasbourg Censures Georgia over Detention of Former Prime Minister – the impact of an Article 18 violation", 2 Ağustos 2016, <https://www.ejiltalk.org/strasbourg-censures-georgia-over-detention-of-former-prime-minister-the-impact-of-an-article-18-violation/>.

³³³ Philip Leach, "Georgia: Strasbourg's scrutiny of the misuse of power", 5 Aralık 2017, <https://www.opendemocracy.net/en/odr/georgia-strasbourgs-scrutiny-of-the-misuse-of-power/>.

³³⁴ H. Satzger, F. Zimmermann & M. Eibach, "Does Art. 18 ECHR Grant Protection Against Politically Motivated Criminal Proceedings?" (Part 2), s. 263-264.

En güncel tartışma ise, Azerbaycan’a karşı Rasul Jafarov’un davasında gündeme gelmiştir. Azerbaycan’da ise durum daha farklıdır. 2 Ağustos 2014 tarihinde tutuklanan, 16 Nisan 2015 tarihinde 6 yıl 5 ay hapis cezası alan, üç yıl süreyle devlet makamlarında ve yerel makamlarda resmi bir görevde bulunması, 2021 yılına kadar Azerbaycan Barosu’na bağlı olarak avukatlık yapması ve seçimlere katılması yasaklanan insan hakları savunucusu Rasul Jafarov’un başvurusunda İHAM, daha önce de belirtildiği gibi, Jafarov’un bir insan hakları savunucusu olarak yürüttüğü insan hakları faaliyetleri nedeniyle tutuklandığına, bu tutuklamanın da Azerbaycan’da 2014 yılından beri devam eden insan hakları savunucularını susturma ve cezalandırma politikasının bir aracı olduğuna karar vererek Sözleşme’nin 5. maddesiyle bağlantılı olarak 18. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.³³⁵

Jafarov’un avukatları, İHAM’ın başvurucunun tutuklanmasında hem yerel mahkemelerin hem de Azerbaycan Hükümeti’nin Ceza Kanunu’ndaki hiçbir düzenlemeye atıf yapamadığını, Sözleşme’nin 5. maddesinin 1. fıkrasının c bendine göre makul şüphe şartını yerine getirecek hukuki ya da somut bir delil olmadığını belirterek³³⁶ verdiği ihlal kararına dayanılarak, “yeni olaylar ve yeni deliller bulunması halinde yeniden yargılama yapılması”na olanak veren Ceza Kanunu’nun 461 – 467. maddeleri uyarınca başvurucunun yeniden yargılanması için talepte bulunmuştur.³³⁷

Bu talep, Yüksek Mahkeme tarafından 26 Ağustos 2016 ve 27 Ocak 2017 tarihlerinde “İHAM kararının yalnızca tutukluluk hali için uygulanabileceği” gerekçesiyle reddedilmiştir.³³⁸ 26 Ekim 2016, 8 Ocak 2017 ve 1 Eylül 2017 tarihlerinde başvuru avukatları İHAM kararı doğrultusunda başvurucuya verilen tazminatın ödenmesi ve başvuru hakkında yeniden yargılama kararı verilmesi için Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’ne başvuru yapmıştır.³³⁹ 1 Eylül 2017 tarihli

³³⁵ Jafarov v. Azerbaycan, Başvuru no. 69981/14, Karar tarihi: 17.03.2016, para. 159-163.

³³⁶ Jafarov v. Azerbaycan, Başvuru no. 69981/14, Karar tarihi: 17.03.2016, para. 125 ve 130-133.

³³⁷ Ramute Remezaite, “Azerbaijan: Is it Time to Invoke Infringement Proceedings for Failing to Implement Judgments of the Strasbourg Court?”, 22 Mart 2017, <https://www.ejiltalk.org/azerbaijan-is-it-time-to-invoke-infringement-proceedings-for-failing-to-implement-judgments-of-the-strasbourg-court/comment-page-1/>.

³³⁸ EHRAC, “Rasul Jafarov v. Azerbaijan – submissions pursuant to Rule 9(1) of the Committee of Ministers’ Rules for the Supervision of the Execution of Judgments”, 1 Eylül 2017, <http://ehrac.org.uk/wp-content/uploads/2017/09/Rasul-Jafarov-Rule-9.1.-submission-to-CM-Azerbaijan-final.pdf>.

³³⁹ Jafarov v. Azerbaycan, Status of Execution, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900001680749f54

başvuruda ayrıca Londra’da çalışan hukukçu Julian B. Knowles tarafından hazırlanan uzman görüşü de sunulmuştur.

Bu değerlendirmesinde Knowles, genelde İHAM’ın adil yargılanma hakkının ihlali kararlarından sonra yeniden yargılama yapılmasına karar veren yerel mahkemelerin İHAM’ın bir kişinin insan hakları alanındaki faaliyetleri nedeniyle susturulmak ve cezalandırılmak amacıyla tutuklandığını ve tutuklamayı meşru kılacak bir delil olmadığını tespit ettiği yani Sözleşme’nin 5. maddesiyle bağlantılı olarak 18. maddesinin ihlal edildiğine karar verdiği durumlarda da benzer bir sonuca ulaşıp ulaşılmayacağı sorusuna yanıt aramıştır.³⁴⁰

Knowles’a göre, Mahkeme tarafından verilen her 5. maddeyle bağlantılı 18. madde ihlali kararı yeniden yargılama yapılması için yeterli olmayacaktır. Başvurucunun Mahkeme’ye olan başvurusundan ya da Mahkeme’nin ihlal kararından sonra ilerleyen aşamalarda ihlal ortadan kaldırılmış, mağduriyet giderilmiş ya da başvurucunun tutuklanmasını haklı gösterecek bir delil ortaya çıkmış ise yeniden yargılamanın koşulları oluşmayacaktır.

Ancak Jafarov’un başvurusunda olduğu gibi, Mahkeme’nin başvuru aleyhine yürütülen ceza davasının tutuklama kararından hüküm verilmesine kadar bir bütün olarak “siyasi amaçlarla” yürütüldüğünü tespit ettiği durumlarda yeniden yargılamanın koşullarının oluştuğunda şüphe yoktur.³⁴¹ Knowles bu noktada yalnızca başvuruca verilen hapis cezasını değil, ayrıca hapis cezası ile birlikte getirilen üç yıl süreyle devlet makamlarına eve yerel makamlarında resmi bir görevde bulunma ve 2021 yılına kadar Azerbaycan Barosu’na bağlı olarak avukatlık yapma ve seçimlere katılma yasağını da dikkate almaktadır.³⁴² Jafarov her ne kadar İHAM’ın ihlal kararı verdiği 17 Mart 2016 tarihinde Azerbaycan başkanı tarafından affedilip serbest bırakılmış olsa da, Jafarov’un özgürlüğüne kavuşmuş olması hapis cezasının diğer ciddi sonuçlarını ortadan kaldırmamaktadır, bu nedenle tam anlamıyla *restitutio in integrum*’dan söz edilemeyecektir.

³⁴⁰ Julian B. Knowles, “Advice: Expert legal opinion on Rasul Jafarov v. Azerbaijan”, 17 Ağustos 2017, <http://ehrac.org.uk/wp-content/uploads/2017/09/Annex-1.-Expert-legal-opinion-on-Rasul-Jafarov-v-Azerbaijan-17-August-2017.pdf>.

³⁴¹ *Ibid.*, para. 15.

³⁴² Azerbaycan’ın ceza kanunlarına göre Jafarov hapis cezası süresince başka bir suçtan daha ceza alırsa, daha ağır bir ceza alacaktır.

Nitekim 21 Eylül 2017 tarihinde Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 1294. oturumunda alınan bir karar ile Komite, serbest kalmasına rağmen Jafarov hakkında verilen hapis cezası kararının Jafarov üzerinde ciddi sonuçlarının devam ettiği gerekçesiyle, bu sonuçların ortadan kaldırılması için yetkililer tarafından gerekli tüm adımların atılmasına karar vermiş ve verilecek yeniden yargılama kararının bu ihtiyacı karşılayacağını belirtmiştir.³⁴³ Azerbaycan tarafından ise henüz bu konuda atılmış herhangi bir adım yoktur.

Bilindiği üzere Jafarov kararında Mahkeme, yalnızca 5. maddeyle bağlantılı olarak 18. maddenin ihlal edildiğine değil, aynı zamanda Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının c bendinin de ihlal edildiğine karar vermiştir. Peki, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının c bendinin ihlal edilmediği, yani başvurunun makul şüpheye dayanılarak tutuklandığına karar verildiği ama yine de 18. maddenin ihlal edildiği başvurular açısından durum ne olacaktır? Bu başvurularda da tıpkı Jafarov gibi yeniden yargılama istenebilecek midir?

Bakanlar Komitesi, *Merabishvili v. Gürcistan* davasında bu soruya “hayır” yanıtını vermiştir. Merabishvili'nin hapis cezası nedeniyle 21 Şubat 2020 yılına kadar cezaevinde olacağını belirten Bakanlar Komitesi, Mahkeme'nin başvurunun tutukluluğunun makul şüpheye dayanmadığı yönünde bir kararı olmadığını dikkate alarak 18. madde ihlalinin tek başına başvurunun serbest bırakılması ya da yargılamanın yenilenmesi için bir sebep olamayacağını söylemiştir.³⁴⁴

Sözleşme'nin 18. maddesinden verilecek bir özgürlük ve güvenlik hakkı ihlali kararı nedeniyle yeniden yargılama talep edilip edilemeyeceği sorunu yakın bir gelecekte Türkiye'nin de gündemine girecektir. Daha önce de belirtildiği üzere, başvuru tarihinde tutuklu olan gazeteciler ve HDP milletvekilleri için yapılan başvurularda³⁴⁵ Mahkeme, tutuklama tedbirinin Sözleşme'nin 18. maddesine aykırı olup olmadığına dair Hükümet'ten savunma istemiş ve ilk kez, Selahattin Demirtaş'ın

³⁴³ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından 19-21 Eylül 2017 tarihleri arasında düzenlenen toplantıda alınan karar, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=090000168074a3bd Bakanlar Komitesi ayrıca başvurucuya hala ödenmeyen tazminatın geri kalan kısmının faiziyle birlikte başvurucuya ödenmesine ve yasal değişiklikler başta olmak üzere genel önlemlerin alınmasına da karar vermiştir.

³⁴⁴ Merabishvili v. Gürcistan, Status of Execution, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016808effbe

³⁴⁵ bkz. Giriş bölümü, dipnot 52.

başvurusunda Sözleşme'nin 18. maddesinin Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrasıyla bağlantılı olarak ihlal edildiğine karar vermiştir.

Mahkeme, Demirtaş başvurusunda da 5/1-c ihlali bulmadığı için Büyük Daire önünde görülecek duruşmanın ardından bu kararını değiştirmedığı sürece Bakanlar Komitesi'nin Merabishvili benzeri bir yaklaşım izleyeceği tahmin edilmektedir. Diğer başvurularda Mahkeme henüz kararını açıklamadığı için Türkiye yönünden durum hala belirsizdir ancak 5/1-c'den ve 18. maddeden ihlal bulunması durumunda diğer başvuruçular açısından da Jafarov örneğinde olduğu gibi yeniden yargılama yolu açılabilir.³⁴⁶

2. Genel Önlemler

Taraf Devletler, İHAM tarafından verilen ihlal kararlarının tekrarlanmaması amacıyla, gelecekte benzer ihlallerin oluşmasını önleme ve engelleme amacıyla Sözleşme'nin 46. maddesi uyarınca genel önlemler almakla yükümlüdür. Çeşitli şekillerde alınabilecek bu önlemlerin en yaygını, Anayasa değişikliği ve mevzuat değişikliğine gitmektir. Alınabilecek bir diğer önlem de, içtihatta değişikliğe gidilmesidir.

Bazı durumlarda Mahkeme, uzun yıllardır devam eden, iç hukuk düzeninde yapısal ve sistematik bir problemin olduğu ve önünde benzer çok sayıda başvurunun bulunduğu konularda, çıkabilecek muhtemel ihlalleri de göz önüne alarak pilot karar prosedürünün uygulanmasına karar verebilmektedir.

Mahkeme'nin ihlal kararının yayımlanması, ilgili devletin resmi diline çevrilmesi ve ihlal konusuyla ilgili eğitimler düzenlenmesi, alınabilecek diğer genel

³⁴⁶ Bilindiği üzere yeniden yargılama, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 311 – 323. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Sahte belge, yalancı tanık veya gerçek dışı görüş bildiren bilirkişi, suçlu hâkim, mahkûmiyet kararının dayanağı hukuk mahkemesi son kararının kesin hüküm halini almış bir başka kararla ortadan kalkması ve yeni olaylar ile yeni deliller ileri sürülmesi halinde yeniden yargılama talep edilebileceğini düzenleyen 311. maddeye 4771 sayı ve 3 Ağustos 2002 tarihli kanunla yapılan değişiklik ile İHAS'ın ihlal edilmesi de bir gerekçe olarak eklenmiştir. Buna göre, verilen ceza hükmünün İHAS'ı veya İHAS'a ek protokolleri ihlal ettiğine dair İHAM tarafından verilen ihlal kararının kesinleşmesi veya ceza hükmü aleyhine İHAM'a yapılan başvuru hakkında dostane çözüm ya da tek taraflı deklarasyon sonucunda düşme kararı verilmesi halinde, İHAM kararının kesinleşmesinden itibaren bir yıl içerisinde yeniden yargılama talebinde bulunulabilmektedir. Bkz. Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Ruhan Erdem, Özge Sırma, Yasemin F. Saygılar, Esra Alan, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Üçüncü Baskı, Ekim 2010, s. 650.

önlemlerendir. Mahkeme'nin resmi dili İngilizce ve Fransızca olduğundan, Mahkeme kararlarını uygulayacak ve bu kararlara dayanarak içtihat oluşturacak kişilerin bu kararları gerektiği gibi anlayabilmesi için Mahkeme kararlarının, el kitaplarının, bilgi notlarının, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi ve Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi gibi kurumların rapor ve tavsiye kararlarının ilgili devletin diline çevrilmesi ve bu karar ve çevirilerin yayımlanarak ilgili kişi ve kurumlarla paylaşılması önemli bir adımdır. Eğitimler ise yeni ihlallerin meydana gelmesini önlemek amacıyla yapılmaktadır.

Sözleşme'nin 18. maddesinin ihlal edildiği durumlarda alınabilecek genel önlemlerin neler olabileceği, bireysel önlemlerin aksine, Mahkeme ve Bakanlar Komitesi tarafından henüz tam anlamıyla belirlenmemiştir.

18. maddeden verilen ilk ihlal kararı olan Gusinsky kararında Bakanlar Komitesi, bu davadaki sorunu Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 90. maddesinin başvuruçunun tutuklandığı dönemde oldukça geniş olması ve tutukluluğun etkili bir şekilde incelenmesine imkân vermemesi olarak tespit etmiş, Kanun'da yapılan değişiklikten sonra 5. maddenin ve 5. maddeyle bağlantılı olarak 18. maddenin ihlal edilmesine yönelik sorunların giderildiğine karar vermiştir.³⁴⁷

Cebotari davasında Bakanlar Komitesi, başvuruçunun serbest bırakılması ve hakkında beraat kararı verilmesi nedeniyle bireysel önlemlerin yerine getirilmiş olması ve Moldova'da savcılarının bağımsızlığının sağlanması ve güvence altına alınması için reform yapıldığı ve bunun gelecekte benzer şekilde 18. maddenin ihlaliyle sonuçlanacak bir durumun yaşanmasını engelleyebilecek bir reform olarak kabul edilmesi nedeniyle izleme prosedürünün kapatılmasına karar vermiştir.³⁴⁸

Lutshenko ve Tymoshenko davalarında ise, Sözleşme'nin 18. maddesinden verilen ihlalin giderilmesi için alınacak genel önlemlerin kişilerin keyfi, gerekçesiz ve siyasi sebeplerle gözüaltına alınıp tutuklanmalarını engelleyecek önlemler olması aranmıştır. Bu nedenle Ukrayna'da benzer ihlallerin yeniden yaşanmaması için yargı sisteminde önemli değişiklikler yapılması gerekmiştir. Bu bağlamda Ukrayna,

³⁴⁷ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından 8-9 Aralık 2015 tarihleri arasında düzenlenen toplantıda alınan karar. Fakat Bakanlar Komitesi, Gusinsky başvurusunun diğer yönleriyle Rusya'ya karşı Klyakin grubu olarak adlandırılan davalarla birlikte hala inceleme altında olduğuna karar vererek izleme prosedürünü kapatmamıştır.

³⁴⁸ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından 8 Haziran 2016 tarihinde alınan karar, <https://rm.coe.int/compilation-decisions-2014-2018-en-/16808e5c42>.

yargısının siyasetin etkisinden çıkartılması ve Başsavcılıkların bağımsızlıklarının güçlendirilmesi amacıyla 2014 yılında savcılarla ilgili yeni yasal düzenleme yapmış, 2015 yılında 2020 yılına kadar sürmesi planlanan bir yargı reformu hazırlamış, 2016 yılında Anayasa’da değişiklik yapmıştır. Ukrayna yetkilileri 19 Kasım 2018 tarihinde Bakanlar Komitesi’ne bir eylem planı sunmuştur ve bu eylem planı hala değerlendirme altındadır.³⁴⁹

18. maddeyle ilgili verilen ilk Büyük Daire kararı olan *Merabishvili v. Gürcistan* davasında Bakanlar Komitesi son incelemesini Aralık 2018’de yapmış, yargı bağımsızlığının sağlanması amacıyla hazırlanan reform paketini, tutuk incelemelerinin etkili bir şekilde yapılması ve tutuk devam kararlarının gerekçeli olarak verilmesi yönünde farkındalık yaratarak Ceza Muhakemesi Kanunu’nda ve Anayasa’da değişiklik yapılmasını olumlu karşılamıştır.

Büyük Daire tarafından 15 Kasım 2018 tarihinde verilen *Navalnyy v. Rusya* kararında ise henüz herhangi bir gelişme yoktur, Rusya’nın eylem planı beklenmektedir.³⁵⁰

Görüldüğü üzere şu ana kadar Bakanlar Komitesi, ağırlıklı olarak yargı bağımsızlığının sağlanması ve ceza muhakemesi kanunlarında değişiklik yapılması için yasal düzenlemeler ve reformlar hazırlanmasını, gelecekte benzer bir 18. madde ihlali olmasının önüne geçmek için yeterli bir genel önlem olarak görme eğilimindedir.

Kanımızca, Bakanlar Komitesi tarafından, genel önlem olarak yargı bağımsızlığının sağlanması ve ceza yasaları aracılığıyla adalet sisteminin kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla yasal değişikliklerin yapılmasının istenmesi önemlidir ancak sorunun ortadan kaldırılması için yeterli değildir. Zira ceza yasalarında ve anayasalarında ilgili değişiklikleri yapsalar bile Sözleşme’nin 18. maddesini ihlal eden ya da ettikleri iddiasıyla İHAM’a başvuru bu devletlerde ifade özgürlüğünden özgürlük ve güvenlik hakkına kadar hak ve özgürlükler sistematik olarak ihlal edilmeye devam edilmektedir. Kaldı ki bu devletlerde üst düzey devlet görevlileri, muhalif kişileri tutuklanmaları ve/veya hapis cezaları almaları amacıyla hedef göstermekte, İHAM kararlarının uygulanmaması için açıkça yargı organlarına çağrı yapmakta ve İHAM kararlarını yerine getirmeyen yeni ihlallerin yaşanmasına neden

³⁴⁹ Lutshenko v. Ukrayna, Status of Execution, <http://hudoc.exec.coe.int/eng?i=004-32285> ve Tymoshenko v. Ukrayna, Status of Execution, <http://hudoc.exec.coe.int/eng?i=004-32291>.

³⁵⁰ Navalnyy v. Rusya, Büyük Daire, Status of Execution, <http://hudoc.exec.coe.int/eng?i=004-50807>.

olmaktadır. Üstelik bu durum münferit değildir. Savcılarının ve hâkimlerinin, cezai açıdan hukuka aykırılığı ve isnat edilen suçun işlendiğini ortaya koyacak doğrudan, inkar edilemez delillerin yokluğunda; özellikle de tek dayanağın mesleki faaliyetler ya da inandırıcılıktan uzak mesnetsiz deliller olduğu durumlarda tutuklama tedbirini kullanmaktan vazgeçmesi ancak yargı bağımsızlığının tam anlamıyla sağlanabilmesiyle mümkündür ki bunun için de yetkililerin bu yönde bir siyasi irade sergilemesi gerekmektedir. Aksi, bütün yasal değişiklikleri ve atılan bütün olumlu adımları geçersiz kılacaktır. Bu nedenle, Mahkeme'nin ve Bakanlar Komitesi'nin taraf devletlerin üstüne daha açık ve somut yükümlülükler yüklemesi gerekmektedir.

Bu davaların aksine Mahkeme, *Aliyev v. Azerbaycan* davasında Sözleşme'nin 46. maddesine dayanarak taraf devletlere genel önlemler altında birtakım yükümlülükler yüklemiştir.³⁵¹ Kararlarında taraf devletler tarafından alınmasını istediği genel önlemleri nadiren açıklayan ve bu görevi Bakanlar Komitesi'ne bırakan İHAM, Sözleşme'nin 18. maddesinin ihlal edildiğine karar verdiği *Aliyev v. Azerbaycan* davasında bu çizgisinin dışına çıkmayı tercih etmiştir.

İHAM, Sözleşme'nin 18. maddesinin ihlal edildiğine ilişkin daha önce verdiği İlgar Mammadov, Rasul Jafarov, Mammadli, Rashad Hasanov ve Diğerleri kararlarını hatırlatarak, Azerbaycan'da Hükümet'e muhalif olanların, sivil toplum aktivistlerinin ve insan hakları savunucularının ceza hukukunun kötüye kullanılması ve misilleme amaçlı soruşturmalarla hukukun üstünlüğünün hiçe sayılması yoluyla keyfi gözaltı ve tutuklamalara maruz kaldığını, bu beş başvuruda meydana gelen olayların münferit olmadığını, bu tür keyfi tutuklama örneklerinin ifade özgürlüğü ve örgütlenme özgürlüğü gibi temel hak ve özgürlüklerin kullanımına misilleme amaçlı olduğunun Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri ve diğer uluslararası insan hakları kurumları tarafından da tespit edildiğini ve anılan başvurulardakine benzer sorunların ortaya konulduğu birçok başka başvurunun ya Azerbaycan Hükümeti'ne bildirildiğini ya da Mahkeme önünde devam ettiğini vurgulayarak, muhalif kişileri, sivil toplumu ve insan hakları savunucularının keyfi yakalama ve tutuklamaya karşı korunması ve bu gruptan insanlara karşı, misilleme niteliğindeki kovuşturma süreçleri ve ceza hukukunun

³⁵¹ Detaylı bilgi için bkz. Linos-Alexander Sicilianos, "The Involvement of the European Court of Human Rights in the Implementation of its Judgments: Recent Developments under Article 46 ECHR", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 32(3), 235–262, <https://doi.org/10.1177/016934411403200303>.

suiistimalinin sona erdirilmesi için Azerbaycan'ın genel önlemler alması gerektiğine karar vermiştir.³⁵²

Mahkeme bu kararıyla, Azerbaycan'ın ceza yasalarını bilerek kötüye kullandığını ve bunu Sözleşme'yi ihlal ettiğini bildiği halde yapmaya devam ettiğini tespit etmiş, bunun gelecekte tekrarlanmaması için böyle bir adım atmıştır.³⁵³

Mahkeme tarafından seçilen “(...) taraf devlet, Hükümet'i eleştiren kişileri korumaya odaklanmak zorundadır”, ‘alınacak önlemler, misilleme niteliği taşıyan soruşturmaların kökünün kurutulduğunu güvence altına almak zorundadır” ve “taraf devlet tarafından alınacak bireysel önlemler Mahkeme'nin kararı ışığında yerine getirilmelidir” gibi ifadeler, yalnızca birer tavsiye olarak görülemez, aksine, Mahkeme tarafından alınacak önlemler oldukça açıklayıcı şekilde tanımlanmıştır.³⁵⁴

Aliyev kararının ardından Bakanlar Komitesi, Azerbaycan'a karşı 18. madde ihlali verilen Mammadov, Jafarov, Mammadli, Hasanov ve Aliyev kararlarını Mammadov grubu altında toplayarak bu başvuruların nitelikli izleme usulü altında izlenmesine karar vermiştir. Bu bölümün sonunda Büyük Daire tarafından verilen Mammadov kararında detaylı olarak açıklanacağı üzere, Mahkeme, İHAM'ın verdiği 5. maddeyle bağlantılı 18. madde ihlali kararını yıllarca yerine getirmeyen ve sonunda Sözleşme'nin 46. maddesi altında açıkça birtakım yükümlülükler yüklenen Azerbaycan'ın Mammadov'un başvurusunda alması gereken genel önlemlerin ne olduğunun bu gruptaki diğer davalarla birlikte değerlendirilmesi gerektiğini söyleyerek detaylı bir inceleme yapmaktan kaçınmıştır.

Ancak Mahkeme, Sözleşme'nin 18. maddesinin ihlal edildiğine karar verdiği durumlarda, bu karardan sonra başvuruçuların yargılandıkları yerel mahkemelerin verdikleri kararda mutlaka 18. madde ihlaline ilişkin de bir değerlendirme yapmaları gerektiğini söylemiştir. Örneğin Mammadov için verilen ihlal kararından sonra istinaf mahkemesi ve Yüksek Mahkeme, sonunda dikkate almasa da Mahkeme'nin 5. maddeyle ilgili ihlal kararına atıf yapmış ancak 18. maddenin ihlaline ilişkin tespitlere

³⁵² Aliyev v. Azerbaycan, para. 220-228.

³⁵³ Kanstantsin Dzehtsiarou, “Is the European Court of Human Rights capable of changing legal systems? Judgment in Aliyev v Azerbaijan?”, 25 Ekim 2018, <https://strasbourgobservers.com/2018/10/25/is-the-european-court-of-human-rights-capable-of-changing-legal-systems-judgment-in-aliyev-v-azerbaijan/>.

³⁵⁴ Marco Antonio Simonelli, “Harassment of Human Rights Defenders: Measuring Democracy, Bad Faith and Hidden Agendas - What Role for the European Court of Human Rights?”, 9 Kasım 2018, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2018/11/harassment-of-human-rights-defenders.html>.

hiç yer vermemiştir. Mahkeme, yerel mahkemelerin kararlarında bu konuya da yer vermeleri gerektiğini, bunun kararın sonuçlarının yerine getirilmesi için önemli olduğunu düşünmektedir.

Bakanlar Komitesi, İHAM'ın 29 Mayıs 2019 tarihli kararından sonra 4-6 Haziran 2019 tarihinde yapılan oturumda Mammadov grubu davalarını izlemeye devam etmiştir. Yetkililerin Hükümet'i eleştiren kişileri, insan hakları savunucularını ve sivil toplum aktivistlerini keyfi soruşturma, gözaltı, tutuklama ve ceza kanunlarının kötüye kullanıldığı diğer ihtimallere karşı koruyacak etkili ve kapsamlı önlemler alması gerektiğine karar vermiş, bu bağlamda yargı bağımsızlığının güçlendirilmesi için atılan adımlarla bilgi sunmalarını istemiştir. Bakanlar Komitesi, 2019 sonbaharında bu dava grubunu görüşmeye kaldığı yerden devam edecektir.³⁵⁵ Elbette ki bu reformlar, yalnızca Azerbaycan Hükümeti'nin Avrupa Konseyi ile işbirliği yapmaya hazır olması durumunda gerçekleştirilebilecektir.

C. İHAM Kararlarının Yerine Getirilmemesi

İHAM'a yapılan başvuru sayısının ve İHAM'dan çıkan ihlal kararlarının sayısının her geçen gün artması, bu başvurularda ileri sürülen ihlal iddialarının altında yatan problemlerin hızlı bir şekilde ortadan kaldırılması ihtiyacını da beraberinde getirmektedir. İHAM kararlarının yerine getirilmesi, böylece Sözleşme sisteminin uzun vadede etkililiğinin güvence altına alınması için uzun yıllardır çeşitli adımlar atılmaktadır.

Bu sorunların üstesinden gelmek ve Sözleşme sisteminin geleceğini güvence altına almak amacıyla Interlaken, İzmir, Brighton ve Brüksel konferansları düzenlenmiş yerel makamlar ile Mahkeme arasındaki diyalogun güçlendirilmesi için 12-13 Nisan 2018 tarihinde Danimarka'da Kopenhag Deklarasyonu kabul edilmiştir. Son olarak 1 Ağustos 2018 tarihinde "mahkemelerarası yargısal diyalog" (*judicial dialogue*) sürecini başlatmak amacıyla taraf devletlerin yüksek mahkemelerinin, önlerinde olan davalara ilişkin dava konusu ve yasal düzenlemelerle ilgili gerekli ve

³⁵⁵ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından 4-6 Haziran 2019 tarihli oturumda alınan karar, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=090000168094c4c3. Ayrıca bkz. Ilgar Mammadov v. Azerbaycan grubu davalar, Status of Execution, <http://hudoc.exec.coe.int/eng?i=004-1866>.

yeterli bilgileri verdikten sonra Sözleşme’de ve Sözleşme’ye ek protokollerde düzenlenen hak ve özgürlüklerin söz konusu davaya uygulanması ya da bu doğrultuda yorumlanması için İHAM’dan tavsiye niteliğinde görüş isteyebilmesinin önünü açan İHAS’a Ek 16 numaralı Protokol yürürlüğe girmiştir.³⁵⁶

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından İHAM kararlarının uygulanması hakkında yayımlanan 2017 yılı raporunda,³⁵⁷ atılan adımların etkilerine yer verilmiş ve 2017 yılında, 2016 yılına oranla %24’lük rekor bir artışla, Bakanlar Komitesi önünde bekleyen 3.691 davanın kapatıldığı duyurulmuştur. Böylece 2017 yılı sonu itibarıyla Bakanlar Komitesi önünde bekleyen dava sayısı, 11.000’den 7.584’e düşmüştür.

Her ne kadar Bakanlar Komitesi önünde bekleyen dava sayısında bir düşüş olsa da, geçmiş yıllardan bu yana hazırlanan raporlar incelendiğinde iki sorun göze çarpmaktadır:³⁵⁸ Bunlardan ilki, tekrarlayan davaların³⁵⁹ çokluğu ile İHAM kararlarının uygulanma süresinin uzunluğudur. İkincisi ise, Mahkeme’nin yetki alanına karşı taraf devletlerden gelen doğrudan saldırılardır.

2017 yılı raporuna göre, Bakanlar Komitesi’nin önüne 2017 yılında gelen 1.333 yeni davanın 1.156’sı tekrarlayan dava kategorisine girmiştir. 2015 yılında 1.285 yeni davanın 1.099’u, 2016 yılında ise 1.352 yeni davanın 1.146’sı tekrarlayan davalardandı. Görüldüğü üzere Komite önüne gelen dava sayısı ile birlikte tekrarlayan dava sayısı da her sene artmaktadır.

Yine rapora göre, 2017 yılı sonu itibarıyla Bakanlar Komitesi önünde bekleyen öncü davaların (*leading cases*) 317’si iki yıldan az, 344’ü iki yıl ile beş yıl arası, 718’i ise beş yıldan fazla bir süredir uygulanmayı beklemektedir. Dahası, 2015 yılından bu

³⁵⁶ Benan Molu, “İHAS’a Ek 16 Numaralı Protokol, 1 Ağustos 2018’de Yürürlüğe Girecek”, 23 Nisan 2018, <https://anayasagundemi.com/2018/04/23/ihasa-ek-16-numarali-protokol-1-agustos-2018de-yururluge-girecek/>. Fransız Yargıtay’ı, 5 Ekim 2018 tarihinde aldıkları karar ile yurtdışında taşıyıcı anne yöntemiyle doğan bebek için Fransa’da doğum belgesi verilmesi konusunda devletin bir yükümlülüğü bulunup bulunmadığına ilişkin 16 Ekim 2018 tarihinde Mahkeme’den ilk kez görüş istemiş, Mahkeme de 10 Nisan 2019 tarihinde ilk kez görüş bildirmiştir. Türkiye, 16 Numaralı Ek Protokolü 20 Aralık 2013 tarihinde imzalamış olmasına rağmen henüz onaylamadığı için, Türkiye’deki yüksek mahkemeler için böyle bir imkân bulunmamaktadır.

³⁵⁷ Council Of Europe Committee of Ministers, Supervision Of The Execution Of Judgments And Decisions Of The European Court Of Human Rights, 2017, <https://rm.coe.int/annual-report-2017/16807af92b>, 4 Nisan 2018.

³⁵⁸ Nils Muiznieks, “Non-implementation of the Court’s judgments: our shared responsibility”, 23 Ağustos 2016, <https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/non-implementation-of-the-court-s-judgments-our-shared-responsibility>.

³⁵⁹ Tekrarlayan davalar (*repetitive cases*) yapısal ve/veya genel bir problemle ilgili daha önce Bakanlar Komitesi’nin önüne getirilmiş davalardır.

yana iki yıldan az ve iki yıl ile beş yıl arası bekleyen davaların sayısında azalma olurken, beş yıldan fazla Komite önünde bekleyen dava sayısı her geçen sene artmaktadır.

Bakanlar Komitesi tarafından atılan adımlar ve dava sayısındaki düşüş ne yazık ki yapısal sorunların süratle çözülmesine yardımcı olmamıştır. Nitekim Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi de Bakanlar Komitesi önünde bekleyen davaların uygulanmama süresinin uzunluğundan kaygı duyduklarını dile getirmiştir.³⁶⁰ Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi tarafından hazırlanan rapora göre, yaşam hakkı, işkence yasağı ve özgürlük ve güvenlik hakkı ihlali ile sonuçlanan ve neredeyse yarısı nitelikli inceleme usulüne tabii 10.000'e yakın dava beş yıldan uzun bir süredir uygulanmayı beklemektedir.³⁶¹ Parlamenterler Meclisi ayrıca İtalya, Rusya, Türkiye, Ukrayna, Romanya, Macaristan, Yunanistan, Bulgaristan ve Polonya'nın İHAM kararlarını en az uygulayan devletler olduğunu, bu ülkelerde meydana gelen yapısal ihlallerin neredeyse on yılı aşkın süredir giderilmediğini vurgulamaktadır.³⁶²

Şüphesiz bazı devletlerin aleyhlerine verilen bu kararları on yılı aşkın süredir uygulamamalarının tek nedeni söz konusu ihlal kararlarının yerine getirilmesinin yollarının çok karışık ya da zor olması değildir. Avrupa Konseyi Genel Sekreteri Jagland'ın ve Avrupa Konseyi İnsan Hakları eski Komiseri Muiznieks'in de daha önce belirttiği üzere, son yıllarda Mahkeme'ye karşı bir "direnç" ve "saldırı" söz konusudur. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'ne göre Sözleşme'nin 46. maddesinin 1. fıkrası ile getirilen yasal zorunluluğa rağmen İHAM kararlarını uygulamayan bazı devletler, Sözleşme'ye dayalı insan haklarının korunması sistemini de çiğneme yönünde siyasi irade geliştirmektedir.³⁶³

Bu konudaki ilk büyük tartışmalar, Birleşik Krallık'ın hükümlülerin oy kullanmasına getirdiği mutlak yasağın Sözleşme'yi ihlal ettiğinin tespit edilmesinden sonra başlamıştır. 2005 yılında verilen *Hirst v. Birleşik Krallık* (no. 2) kararında ve daha sonra *Greens ve M.T. v. Birleşik Krallık* kararında Mahkeme, hükümlülerin oy kullanmasının yasaklanmasını Sözleşme'ye Ek 1 Numaralı Protokol'ün 3. maddesinde

³⁶⁰ Parliamentary Assembly of the Council of Europe, **Committee on Legal Affairs and Human Rights, Implementation of judgments of the European Court of Human Rights: 9th report**, <http://website-pace.net/documents/19838/3115031/AS-JUR-2017-15-EN.pdf/18891586-7d6c-4297-b5f7-4077636db28e>

³⁶¹ *Ibid.*, para. 5.

³⁶² *Ibid.*, para. 6.

³⁶³ *Ibid.*, para. 8.

düzenlenen serbest seçim hakkına aykırı bulmuş, bu iki kararın uygulanmaması nedeniyle Mahkeme 2014 – 2016 yılları arasında üç yeni ihlal kararı daha vermiştir ve benzer çok sayıda başvuru Mahkeme önünde beklemektedir.³⁶⁴ Mahkeme, Greens ve M.T. pilot kararında Birleşik Krallık'ın bu ihlalin önüne geçmesi için mevzuatında değişiklik yapması gerektiğini belirtmiştir. 22 Kasım 2012 tarihinde Parlamento önüne seçim yasasında değişiklik yapılması için yasa tasarısı getirilmiş ancak 2015 ve 2017 yılında yapılan seçimlerde bu konuda bir gelişme olmamıştır.³⁶⁵

Hirst başvurusunda verilen karar sonrası, Muhafazakar Parti bir bildiri yayımlayarak İHAS'ı iç hukukun bir parçası haline getiren Human Rights Act'in kaldırılması teklifinde bulunmuş ve Brexit süreciyle birlikte Avrupa Konseyi sisteminden de çıkılması gerektiği tartışılmıştır. Avrupa Konseyi İnsan Hakları eski Komiseri Nils Muiznieks, Birleşik Krallık'ın Hirst (no.2) kararını uygulamaktan kaçınması ve Avrupa Konseyi'nden çıkmayı tartışmasıyla başlayan süreçte hükümlülerin oy hakkıyla ilgili 10 Ekim 2013 tarihli memorandumunda Birleşik Krallık'ta başlayan tartışmaların başka Avrupa Konseyi üyesi devletlere de sıçrama ihtimalinden bahsetmiş, bunun İHAS sistemi için sonun başlangıcı olabileceğini söylemişti.³⁶⁶

Muiznieks'in öngörüsü doğru çıkmış ve Birleşik Krallık'ı pek çok Avrupa Konseyi üyesi devlet takip etmiştir. Polonya, Macaristan ve aşağıda detaylı olarak anlatılacağı üzere Azerbaycan'da yaşanan gelişmelerin³⁶⁷ yanı sıra, Rusya, İHAM kararlarının uygulanmaması için yargıya – ve yürütmeye- yasal yetki veren ilk Avrupa Konseyi üyesi ülke olmuştur.

³⁶⁴ Bu konuda daha fazla bilgi sahibi olmak için bkz. Ed Bates, "The Continued Failure to Implement Hirst v UK", 15 Aralık 2015, <https://www.ejiltalk.org/the-continued-failure-to-implement-hirst-v-uk/#more-13906>.

³⁶⁵ 7 Aralık 2017 tarihinde Bakanlar Komitesi, hükümlülerin oy kullanmasıyla ilgili davalara Birleşik Krallık tarafından sunulan önerileri kabul etmiştir. Komite, Birleşik Krallık'a 1 Eylül 2018 tarihine kadar süre vermiştir. Büyük Daire kararından 12 yıl sonra sunulan ve sınırlı bir etkiye sahip olacak bu önerinin Komite tarafından kabul edilmesinin Mahkeme'nin yetki alanını ve Sözleşme sistemini riske atan bir fedakarlık olup olmadığı tartışılmaktadır. Lucy Moxham, "Implementation of ECtHR judgments – What do the latest statistics tell us?", 27 Temmuz 2018, <https://strasbourgobservers.com/2018/07/27/implementation-of-ecthr-judgments-what-do-the-latest-statistics-tell-us/>.

³⁶⁶ Nils Muiznieks, Memorandum: Observations for the Joint Committee on the Draft Voting Eligibility (Prisoners) Bill, <https://rm.coe.int/16806db5c2>, 10 Ekim 2013.

³⁶⁷ Diğer Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Committee on Legal Affairs and Human Rights, Implementation of judgments of the European Court of Human Rights: 9th report, <http://website-pace.net/documents/19838/3115031/AS-JUR-2017-15-EN.pdf/18891586-7d6c-4297-b5f7-4077636db28e>, s. 11-16.

Aralarında İHAM'ın da olduğu uluslararası organlar tarafından Rusya aleyhine verilen kararların uygulanıp uygulanmayacağına Rusya Anayasa Mahkemesi'nin karar vermesi hakkında hazırlanan yasa taslağının son halinin 4 Aralık 2015 tarihinde Duma'ya sunulmasının ardından, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin Hukuk İşleri ve İnsan Hakları Komisyonu, 11 Aralık 2015 tarihinde yasa taslağıyla ilgili görüşlerini sunması için Venedik Komisyonu'na başvurmuştur.³⁶⁸

Yasa değişikliğinin 14 Aralık 2015 tarihinde Putin tarafından onaylanmasının ardından Avrupa Konseyi Genel Sekreteri Thorbjorn Jagland aynı gün içerisinde yaptığı açıklamada, Avrupa Konseyi'ne taraf devletlerin İHAS'ın 46. maddesi uyarınca İHAM tarafından verilen kararlara uyma yükümlülüğü altında olduklarını hatırlatarak, sorunlar karşısında İHAS'a uygun davranmak amacıyla diğer taraf devletlerin her zaman başka bazı çözüm yolları bulduğunu, Rusya'nın da böyle bir yol bulması gerektiğini bunun da Rusya Anayasa Mahkemesi'ne bağlı olduğunu söylemiştir.³⁶⁹

Jagland'ın ardından o tarihte Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi başkanı olan Anne Brasseur, çoğu ağır insan hakları ihlalleri ve/veya yapısal sorunlarla ilgili olan yaklaşık 1.500 ihlal kararıyla Rusya'nın İHAM kararlarını uygulamayan ülkeler arasında ilk sırada yer aldığını, taraf devletlerin hangi Mahkeme kararını uygulayıp hangilerini uygulamayacaklarını seçemeyeceklerini, aksinin bütün Sözleşme sistemine zarar vereceğini vurgulamıştır.³⁷⁰

En sert tepkiyi ise İHAM Başkanı Raimondi vermiştir. İHAM'ın 2015 yılı istatistiklerinin açıklandığı gün yapılan basın toplantısında bir gazetecinin sorusuna yanıt veren Raimondi, taraf devletlerin İHAS'ın 46. maddesine saygı duyması ve İHAM kararlarına uymaması halinde, Sözleşme sistemi içinde de kalamayacaklarını söylemiştir.³⁷¹

³⁶⁸ Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi Hukuk İşleri ve İnsan Hakları Komisyonu, 10 Aralık 2015, <http://www.assembly.coe.int/Committee/JUR/2015/JUR008E.pdf> Venice Commission, 11 Aralık 2015, <http://www.venice.coe.int/webforms/events/default.aspx?v=2015>.

³⁶⁹ Jagland, Russia's New Law on The Constitutional Court: "A Solution Should Be Possible", 15 Aralık 2015, <http://www.coe.int/en/web/portal/-/russia-s-new-law-on-the-constitutional-court-jagland-a-solution-should-be-possible->

³⁷⁰ PACE President Concern By Decision on 'Selective Implementation' of Strasbourg Ruling in Russia, 16 Aralık 2015, <http://assembly.coe.int/nw/xml/News/News-View-EN.asp?newsid=5720&cat=15>

³⁷¹ Annual Press Conference of the ECtHR 2016 <https://vodmanager.coe.int/cedh/webcast/cedh/2016-01-28-1/lang>

Bütün bu tepkilere rağmen Rusya Anayasa Mahkemesi'ne ilk başvuru 2 Şubat 2016 tarihinde Adalet Bakanı Georgy Matyushkin tarafından tutuklu ve hükümlülerin oy kullanma hakkına getirilen mutlak yasak nedeniyle Rusya'nın serbest seçim hakkını ihlal ettiğinin saptandığı 4 Temmuz 2013 tarihli *Anchugov ve Gladkov v. Rusya* kararına karşı yapılmış ve Rusya Anayasa Mahkemesi, İHAM kararının uygulanmasının imkânsız olduğuna karar vermiştir.³⁷²

Rusya Anayasa Mahkemesi'nin ilk kararını, 2003 yılında Yukos petrol şirketinin patronu olan Mihail Hodorkovski'nin vergi kaçakçılığıyla suçlayıp tutuklanmasının ve şirkete el konulmasının ardından yapılan başvuruda İHAM'ın Rusya'yı 1.86 milyar dolar tazminat ödemeye mahkûm ettiği 20 Eylül 2011 tarihli *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Rusya* kararı izlemiştir. Rusya Anayasa Mahkemesi, 19 Ocak 2017 tarihli kararı ile Rusya'nın bu ihlal kararının sonuçlarını da yerine getirmek zorunda olmadığına hükmetmiştir.³⁷³

Son yıllarda özellikle Kırım'ın işgali nedeniyle Rusya delegasyonunun Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nde oy kullanma, temsil edilme ve seçim gözlem görevlerine katılma haklarının 2014 döneminin sonuna kadar (26 Ocak 2015) askıya alınması³⁷⁴ ile artan gerginlik, Rusya'nın İHAM kararlarını uygulamamak için gösterdiği direncin ardından 18 Ocak 2016 tarihinde Rusya'nın 25-29 Ocak 2016 tarihlerinde başlayacak AKPM'nin yeni dönemine temsilci göndermeyeceklerini duyurması ile devam etmiş ve son olarak Rusya, Avrupa Konseyi bütçesine olan yaklaşık 53 milyon Euro'luk katkısını kesmiştir.³⁷⁵

Rus yetkililerin bu gelişmeleri “*herhangi bir Avrupa ülkesindeki uygulamaya baktığımızda, İHAM kararlarının Almanya’da, İtalya’da ve özellikle Birleşik Krallık’ta da uygulanmadığını görüyoruz*” diyerek³⁷⁶ meşrulaştırmaya çalıştığı

³⁷² Natalia Chaeva, “The Russian Constitutional Court and its Actual Control over the ECtHR Judgement in Anchugov and Gladkov”, 26 Nisan 2016, <https://www.ejiltalk.org/the-russian-constitutional-court-and-its-actual-control-over-the-ecthr-judgement-in-anchugov-and-gladko/>.

³⁷³ Iryna Marchuk, “Flexing Muscles (Yet Again): The Russian Constitutional Court’s Defiance of the Authority of the ECtHR in the Yukos Case”, 13 Şubat 2017, <https://www.ejiltalk.org/flexing-muscles-yet-again-the-russian-constitutional-courts-defiance-of-the-authority-of-the-ecthr-in-the-yukos-case/>.

³⁷⁴ Citing Crimea, PACE Suspends Voting Rights of Russian Delegation and Excludes It From Leading Bodies, 10 Nisan 2014, <http://www.assembly.coe.int/nw/xml/News/News-View-EN.asp?newsid=4981&lang=2&cat=8>

³⁷⁵ Russia withholds payments to the Council of Europe, 1 Mart 2018, <https://www.dw.com/en/russia-withholds-payments-to-the-council-of-europe/a-42792673>.

³⁷⁶ Russian Law On Rejecting Human Rights Courts Violates Constitution, Experts Say, 16 Aralık 2015, <https://www.rferl.org/a/russian-law-on-rejecting-human-rights-courts-violates-constitution-experts-say/27432125.html>.

düşünüldüğünde Muiznieks bir kez daha haklı çıkıyor. İHAM kararlarının uygulanmamasını Mahkeme'ye ve Sözleşme sistemine karşı bir meydan okuma olarak yorumlayan Muiznieks, son yıllarda devletler tarafından daha açık ve yüksek sesli bir şekilde yapılan bu meydan okumanın önce bir devletin, sonra bir başka devletin, sonra bir başkasının hangi kararı uygulayıp hangi kararı uygulamayacağına kendisinin karar vermesi ve böylece Sözleşme sisteminin çökmesi ile sonuçlanacağını düşünüyor.³⁷⁷

Bu sadece başta yaşam hakkı, özgürlük ve güvenlik hakkı, adil yargılanma hakkı gibi hakları olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin sistematik olarak ihlal edildiği baskıcı bir devlette yaşayan ve bu ihlallere karşı önce iç hukukta şimdi de uluslararası insan hakları kurumları önünde sonuç alması engellenen kişiler için değil aynı zamanda insan hakları, demokrasi ve hukuk devleti gibi değerleri “yücelten” Avrupa toplumu için de zor bir süreç. İHAM kararlarını uygulamamak için “başkaldıran” devletlerin, “İkinci Dünya Savaşı’ndan bu yana en kötü çağını yaşayan Avrupa ülkelerini”³⁷⁸ olumlu etkilemeyeceği kesin ama bu başkaldırıya karşı Mahkeme'nin ve Bakanlar Komitesi'nin de kendilerini ve Sözleşme sistemini korumak için harekete geçtiklerini söyleyebiliriz.

1. İHAS'ın 46. Maddesinin 4. Fıkrasının Hayata Geçirilmesi: Ilgar Mammadov v. Azerbaycan Örneği

İHAM kararlarının uygulanmasının denetlenmesi konusunda İHAS'a ek 14 Numaralı Protokol ile İHAM önünde, Bakanlar Komitesi yararına iki yeni başvuru imkânı oluşturulmuştur.

Bunlardan ilki, Sözleşme'nin 46. maddesine eklenen 3. fıkrası ile getirilen “kararın yorumlanmasının zorluğu halinde Mahkeme'ye başvuru” imkânıdır. Buna göre, Bakanlar Komitesi, kesinleşen bir İHAM kararının yerine getirilmesinin denetlenmesinin, söz konusu kararın yorumundan kaynaklanan bir zorluk nedeniyle engellendiği kanaatindeyse, Komite toplantılarına katılma hakkına sahip temsilcilerin

³⁷⁷ Nils Muiznieks, Non-implementation of the Court's judgments: our shared responsibility, <https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/non-implementation-of-the-court-s-judgments-our-shared-responsibility>, 23 Ağustos 2016.

³⁷⁸ Secretary General Thorbjørn Jagland: “Europe in biggest human rights crisis since Cold War”, 16 Nisan 2014, https://www.coe.int/en/web/secretary-general/news-2014/-/asset_publisher/EYIBJNjXtA5U/content/selon-le-secretaire-general-thorbj-rn-jagland-les-droits-de-l-homme-en-europe-connaissent-une-crise-sans-precedent-depuis-la-guerre-froide.

üçte iki oy çokluğu ile bu yorum konusunda Mahkeme'ye başvurma kararı alabilir. Bakanlar Komitesi önünde bekleyen kararın yorumu sorunu her zaman ortaya çıkabileceği için, herhangi bir süre sınırlaması öngörülmemiştir.³⁷⁹

İkinci imkân ise, Sözleşme'nin 46. maddesine eklenen 4. ve 5. fıkralardan düzenlenmiştir. Buna göre, bir taraf devlet, İHAM tarafından verilen bir kararı yerine getirmemekte ısrar ederse, Komite toplantılarına katılma hakkına sahip temsilcilerin üçte iki oy çokluğu ile alınacak bir karar ile dava yeniden İHAM'a taşınabilir. Bu hükmün getirilmesinin amacı, Mahkeme'nin daha önce karar verdiği bir konuda yeniden karar vermesi ya da taraf devlete tazminat yoluyla para cezası verilmesi değil, tam anlamıyla ve hızlı bir şekilde yerine getirilmesi hayati önemi haiz İHAM kararlarını yerine getirmemek için direnen bir devlete karşı, yeni ve tekrarlayan davaların önüne geçmek ve Sözleşme sisteminin güvenilirliğini ve etkililiğini sürdürmek için Bakanlar Komitesi'nin elini güçlendirmek ve İHAM kararlarını yerine getirmeyen devleti siyasi baskı altına alarak kararları uygulamasını güvence altına almayı sağlamaktır.³⁸⁰

Bu yola ilk kez Azerbaycan'ın muhalif liderlerinden Ilgar Mammadov'un İHAM önündeki davasından sonra başvurulmuştur. 4 Şubat 2013 tarihinde Azerbaycan'da başlayan eylemler sırasında tutuklanan ve hapis cezası ile cezalandırılan Mammadov'un davası İHAM önündeyken, yerel mahkeme, 17 Mart 2014 tarihinde Mammadov'a yedi yıl hapis cezası vermiştir. Mahkeme, bu karardan iki ay sonra, 22 Mayıs 2014 tarihinde verdiği karar ile Mammadov'un tutuklanması için makul bir sebep olmadığını, seçimlere hazırlanan bir muhalefet lideri olarak siyasi nedenlerle Mammadov'un susturulmak amacıyla tutuklandığını ortaya koymuş ve Sözleşme'nin 5. maddesinin ve 5. maddesiyle bağlantılı olarak 18. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Her ne kadar Mahkeme, başvurucunun Sözleşme'nin 5. ve 18. maddeleri ihlal edilerek tutuklandığına karar vermişse de başvuru artık tutuklu değil, hükümlüdür. Başvurucu, bu hapis cezası kararına karşı da İHAM'a başvurmuş, Mahkeme, 2017 yılının Kasım ayında Sözleşme'nin 18. maddesinin ihlal edildiği iddiasını incelemeye gerek görmese de, adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.³⁸¹

³⁷⁹ Explanatory Report to Protocol No. 14, <https://rm.coe.int/16800d380f>, para. 97.

³⁸⁰ Explanatory Report to Protocol No. 14, <https://rm.coe.int/16800d380f>, para. 98-99.

³⁸¹ Ilgar Mammadov v. Azerbaycan, no. 2., Başvuru no. 919/15, Karar tarihi: 16.11.2017.

13 Ekim 2014 tarihinde kesinleşen ilk kararın ardından 4 Aralık 2014 tarihinde Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından Mammadov'un derhal serbest bırakılması çağrısında bulunulmuştur ancak bu çağrı dikkate alınmamıştır. Bir dönem Mahkeme'de çalıştıktan sonra Bakanlar Komitesi Sekreterliği'ne geçen bir kişinin aktardığına göre, Mahkeme'nin kararında açıkça Mammadov'un derhal serbest bırakılması gerektiği ve benzer ihlallerin yaşanmaması için alınacak önlemler belirtilmediği için Azerbaycan Hükümeti ile Bakanlar Komitesi arasında kararın sonuçlarının ne olduğuna dair yasal tartışmalar yaşanmıştır.³⁸²

İlgar Mammadov'un İHAM kararına rağmen tahliye edilmemesi nedeniyle aralarında Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, Uluslararası Af Örgütü, İnsan Hakları İzleme Derneği gibi önemli kişi ve insan hakları kuruluşlarının da olduğu insan hakları savunucuları ve sivil toplum kuruluşlarının tepki göstermesinin ardından Avrupa Konseyi Genel Sekreteri Thorbjörn Jagland de sürece dâhil olmuş ve İHAS'ta öngörülen yükümlülüklerini yerine getirmeyen ve İHAM kararlarını uygulamayan Azerbaycan hakkında İHAS'ın 52. maddesi uyarınca 16 Aralık 2015 tarihinde inceleme başlatmıştır. Jagland'e göre nadiren başvuru bu yola gidilmesinin nedeni, vahim bir hal alan duruma karşı Azerbaycan Hükümeti tarafından herhangi bir olumlu adım atılmaması ve Azerbaycan'da hukukun özellikle eleştirel sesleri susturmak ve ifade özgürlüğünü sınırlandırmak için keyfi olarak kullanıldığını tespit eden İHAM kararlarının uygulanmamasıdır. Bu kararın alınmasının en önemli nedenlerinden biri de, Avrupa Konseyi tarafından yapılan tahliye çağrılarına ve 2014 tarihli İHAM kararına rağmen ülkenin muhalif seslerinden İlgar Mammadov'un hiçbir yasal dayanak olmadan hala cezaevinde tutulmaya devam ediliyor olması olmuştur.

2015 yılının son ayında yaşanan bu gelişmeden sonra, 19-21 Eylül 2017 tarihinde Strazburg'ta düzenlenen Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 1294. toplantısında İHAM kararının kesinleşmesinden yaklaşık üç yıl sonra hala tahliye edilmeyen Mammadov'un derhal tahliye edilmesi için yeni bir karar alınmıştır. Bu karar, aynı zamanda Avrupa Konseyi tarihinde bir ilkin gerçekleşmesi yönünde atılmış

³⁸² Alice Donald, Anne-Katrin Speck; "The European Court of Human Rights' Remedial Practice and its Impact on the Execution of Judgments", **Human Rights Law Review**, 04.02.2019. Ayrıca bkz. Mammadov v. Azerbaycan, (46/4), para. 159.

yeni bir adımı da içermiştir: İHAM'ın 46. maddesinin 4. fıkrası uyarınca Azerbaycan'a ihtarda bulunulması.³⁸³

Sözleşme'nin 46. maddesinin 4. fıkrasına göre, şayet Sözleşme'ye taraf bir devlet, taraf olduğu davada İHAM tarafından verilen ve kesinleşen bir karara uygun davranmayı reddederse, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, ilgili devlete ihtarda bulunduktan sonra, Bakanlar Komitesi toplantılarına katılmaya yetkili temsilcilerin üçte iki oy çokluğu ile alınacak bir kararla ilgili devletin Sözleşme'nin 46. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen *“taraf devletler, Mahkeme'nin verdiği kesinleşmiş kararlara uymayı taahhüt ederler.”* yükümlülüğüne aykırı davranıp davranmadığı konusunu İHAM önüne taşıyabilmektedir.

Buna göre Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, bir sonraki oturumun yapılacağı 25 Ekim 2017 tarihine kadar Azerbaycan'a süre verilmesine karar vermiştir. Bu arada, 11 Ekim 2017 tarihinde Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, Azerbaycan'da başta yargı bağımsızlığı, ifade özgürlüğü ve toplantı ve dernek kurma özgürlüğüne yönelik müdahaleler, insan hakları savunucuları, gazeteciler, sivil toplum kuruluşları ve Hükümet'i eleştiren kişiler üzerindeki baskılar gibi konular olmak üzere devam eden insan hakları ihlallerine karşı yeni bir tavsiye karar almıştır. Bu kararda Azerbaycan'a karşı İHAM tarafından işkence yasağı, özgürlük ve güvenlik hakkı, adil yargılanma hakkı, ifade özgürlüğü, toplantı ve dernek kurma özgürlüğü, serbest seçim hakkı üzerine verilen 120'den fazla kararın Azerbaycan tarafından uygulanmadığı hatırlatılarak, İHAM'ın 22 Mayıs 2014 tarihli Mammadov kararının gereğinin derhal yerine getirilmesi ve Mammadov'un tahliye edilmesi çağrısı bir kez daha yinelemiştir.

384

İlgar Mammadov'un hala tahliye edilmemesi nedeniyle 25 Ekim 2017 tarihli oturumda Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, 29 Kasım 2017 tarihine kadar Azerbaycan'a yazılı görüşlerini sunması için süre verilmiştir.³⁸⁵ Azerbaycan'ın tazminatı ödediklerini, kararın infazı için Mammadov'un tahliye edilmesine gerek

³⁸³ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından 19-21 Eylül 2017 tarihleri arasında düzenlenen toplantıda alınan karar, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900001680749f3c.

³⁸⁴ Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, “Azerbaijan's Chairmanship of the Council of Europe: what follow-up on respect for human rights?”, Resolution 2185 (2017), <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=24196&lang=en>, 11 Ekim 2017.

³⁸⁵ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından 25 Ekim 2017 tarihli oturumda alınan karar, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900001680760c7a

olmadığını belirtmesinin ardından 5 Aralık 2017 tarihli oturumda Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Avrupa Konseyi tarihinde ilk kez, İHAM'ın Mammadov'un Hükümet'e yönelik eleştirileri nedeniyle onu susturma ve cezalandırma amacıyla tutuklandığı ve tahliye edilmesi yönündeki 5. maddeyle bağlantılı olarak 18. maddeden ihlal kararını yerine getirmeyen Azerbaycan'ı İHAS'ın 46. maddesinin 4. fıkrasına göre İHAM'a "şikâyet etme" (*infringement procedure*) kararı almıştır.³⁸⁶

11 Aralık 2017 tarihinde yapılan resmi başvurunun ardından İHAM'ın Azerbaycan'ın İHAM kararını ısrarla yerine getirmemesinin Sözleşme'yi ihlal edip etmediğine karar vermesi gerekmiştir. Mahkeme tarafından 14 Aralık 2017 tarihli basın duyurusu³⁸⁷ ile yapılan açıklamada, Bakanlar Komitesi tarafından Mahkeme önüne taşınan konunun Büyük Daire tarafından karara bağlanacağı, Büyük Daire başkanı tarafından verilecek süre içerisinde Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi ve taraflar tarafından yazılı görüş sunulacağı ve ayrıca bir duruşma yapılmasına karar verilebileceği belirtilmiştir.³⁸⁸ Nitekim 29 Mayıs 2019 tarihinde İHAM Büyük Dairesi, merakla beklenen tarihi kararını açıklamıştır.

a. Büyük Daire'nin Mammadov v. Azerbaycan kararı

Büyük Daire tarafından 29 Mayıs 2019 tarihinde açıklanan karar ile Mahkeme, ilk kez, bir taraf devletin, kendi verdiği kararı yerine getirmediği için Sözleşme'nin 46. maddesini ihlal ettiğine karar vermiş oldu.³⁸⁹ Böylece, getirilen bu yeni mekanizmanın uygulamada nasıl yorumlanıp uygulanacağı görülmüştür.

Azerbaycan Hükümeti, başvurucunun 13 Ağustos 2018 tarihinde tahliye edilmiş olması ve 28 Mart 2019 tarihinde Yüksek Mahkeme'nin başvurucunun davasını

³⁸⁶ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından 5 Aralık 2017 tarihli oturumda alınan karar, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=090000168076f1fd

³⁸⁷ İHAM, "New infringement procedure used for first time over 2014 judgment against Azerbaijan on opposition politician Mammadov", <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-5951567-7605836&filename=ECHR%20to%20use%20new%20infringement%20procedure%20in%20case%20concerning%20Azerbaijan%20opposition%20politician%20for%20first%20time.pdf>, 14 Aralık 2017.

³⁸⁸ Azerbaycan'ın muhalif haber sitesi Meydan.tv'de yer verilen bir habere göre, 22 Aralık 2017 tarihinde İHAM, Bakanlar Komitesi, Azerbaycan Hükümeti ve Ilgar Mammadov'un avukatı Fuad Agayev'e bir mektup göndererek taraflara yazılı görüşlerini sunması için 31 Mart 2018 tarihine kadar süre vermiştir. <https://www.meydan.tv/en/site/news/27749/>

³⁸⁹ Mammadov v. Azerbaycan, (46/4), Başvuru no. 15172/13, Karar tarihi: 29.05.2019.

onaması nedeniyle meydana gelen yeni durumlar sonucu Sözleşme'nin 46. maddesinin 4. fıkrası altında bir sorun kalmadığını ileri sürmüştür. Mahkeme, Bakanlar Komitesi tarafından 46. maddeye dayanılarak Mahkeme'ye gönderilen bir davanın daha sonra geri çekilebileceğine dair bir düzenleme olmadığını ancak Bakanlar Komitesi'nin Mahkeme'ye gönderdiği bir davayı geri çekmesi önünde de herhangi bir yasal engel olmadığını belirtmiştir. Ancak Mahkeme, Bakanlar Komitesi'nin başvurusunun tahliyesinden sonra bu talebini geri çekmediğini, aksine, yeni gelişmeler ışığında Mahkeme'ye görüşlerini sunduğunu dikkate alarak davayı incelemeye devam etmiştir.

390

Mahkeme, bu davaya yönelik yaklaşımını belirlerken üç temel konuda değerlendirme yapmıştır. Bunlardan ilki, Bakanlar Komitesi ve Mahkeme arasındaki ilişkidir. Mahkeme, Ek 14 Numaralı Protokol'ün tarihçesinden ve hazırlanma amacından da anlaşılacağı üzere, Bakanlar Komitesi'nin yerine geçmeden ve iki kurum arasındaki görev dengesini bozmadan bir karar verecektir.³⁹¹ Bu kararı verirken, Sözleşme'nin 46. maddesinin 4. fıkrası uyarınca Bakanlar Komitesi'nin tavsiyeleri ve kararları, Hükümet'in pozisyonu ve başvurusunun ileri sürdüğü argümanlar dâhil olmak üzere ilgili bütün faktörleri dikkate alacaktır.

İkinci konu, taraf devletin ne zaman verilen ihlal kararını yerine getirmemiş kabul edileceğine ilişkindir. Bu soruya Mahkeme, “Bakanlar Komitesi'nin ilgili davayı Sözleşme'nin 46. maddesinin 4. fıkrası uyarınca Mahkeme'ye gönderdiği tarih” olarak cevap vermiştir. Zira Mahkeme'ye göre, ihlal kararlarının yerine getirilmesi bir süreçtir ve bu tarihe kadar Bakanlar Komitesi, taraf devletin (bu davada Azerbaycan'ın) ihlal kararından doğan yükümlülüklerini yerine getirmesini beklemiştir. Ancak davanın Mahkeme'ye gönderilmesi talebiyle birlikte, Bakanlar Komitesi'nin taraf devletin bu yükümlülüklerini “zamanında, yeterli ve gerekli bir şekilde” yerine getirmeyeceğinden emin olunmuştur.³⁹²

Üçüncü ve son konu ise, incelemenin kapsamına ilişkindir. Mahkeme, Azerbaycan'ın Mammadov'un Sözleşme'nin 5. maddesiyle bağlantılı olarak 18. maddesinde düzenlenen haklarını ihlal ettiğine dair İHAM kararının yerine getirilip

³⁹⁰ Mammadov v. Azerbaycan, (46/4), para. 143-146.

³⁹¹ Mammadov v. Azerbaycan, (46/4), para. 166.

³⁹² Mammadov v. Azerbaycan, (46/4), para. 170-171.

getirilmediğini incelemiştir. Bunu yaparken Mahkeme, genel önlemler ve bireysel önlemler olarak ikili bir ayrıma gitmiştir.

Genel önlemler konusunda Bakanlar Komitesi önünde devam eden benzer davaları (*Aliyev v. Azerbaycan* ve *Jafarov v. Azerbaycan*) gerekçe göstererek genel önlemlerin bu davalarla birlikte değerlendirilmesi gerektiğini belirterek, ayrıca bir değerlendirme yapmaya gerek görmemiştir.³⁹³

Başvurucuya 25 Aralık 2014 tarihinde 20.000 Euro manevi tazminat, 2.000 Euro da masraf ödendiğini hatırlatan Mahkeme için geriye cevaplanması gereken tek bir soru kalmıştır: Mahkeme'nin 5. maddeyle bağlantılı olarak 18. maddenin ihlal edildiği yönünde verdiği ihlal kararının yerine getirilmesini sağlayacak bireysel önlemler alındı mı?

Mammadov kararında Mahkeme, ihlal kararının nasıl yerine getirileceğini açıklamamıştır. Ancak Mahkeme'ye göre, her ne kadar bu durumda alınacak önlemlerin seçimi taraf devlete bırakılmışsa da, bu önlemler verilen "ihlal kararının sonuçlarıyla ve ruhuyla" uyumlu olmak zorundadır.³⁹⁴ Burada Devlet yetkililerine düşen yükümlülük, durumu olabildiğince ihlalden önceki hale getirmektir (*restitutio in integrum*).

Mahkeme'nin Sözleşme'nin 5. maddesiyle bağlantılı olarak 18. maddesinin ihlal edildiğine karar verirken ileri sürdüğü gerekçelere bakılırsa, Mahkeme'nin başvurunun tutuklanmasındaki tek amacın eleştirel yazıları sebebiyle başvuru süstürmek ve cezalandırmak olduğu görülecektir ki, Sözleşme'nin 18. maddesinden verilen bu ihlal kararı, başvurucuya ceza verilmesiyle sonuçlanan her eylemi sakatlamaktadır.³⁹⁵ Bu durumda Azerbaycan'ın yapması gereken, verilen ihlal kararının sonuçlarına ve ruhuna uygun olarak, başvurucuya yönelik suçlamaları, cezaları ve bütün olumsuz sonuçları ortadan kaldırmak ve başvurunun tutuk haline son vermektir.

³⁹³ Mammadov v. Azerbaycan, (46/4), para. 179.

³⁹⁴ Mammadov v. Azerbaycan, (46/4), para. 182.

³⁹⁵ Mammadov v. Azerbaycan, (46/4), para. 189.

Buna rağmen, 29 Aralık 2016 tarihinde Shaki İstinaf Mahkemesi, Mahkeme'nin ihlal kararını yok sayarak başvurunun cezasını onamıştır. Söz konusu kararda Sözleşme'nin 18. maddesinin ihlaline ilişkin hiçbir referans verilmemiştir. Bakanlar Komitesi'nin davayı Mahkeme'ye gönderdiği 11 Aralık 2017 tarihinden sonra meydana geldiği için Mahkeme'nin kararında dikkate alınmamış olsa da, başvuru, 13 Ağustos 2018 tarihinde yurtdışı çıkış yasağıyla serbest bırakılmıştır ancak her ne kadar Yüksek Mahkeme 28 Mart 2019 tarihli kararıyla başvuru hakkında verilen hapis cezasını yedi yıldan beş yıl altı ay dokuz güne düşürmüştü de, sonuçta başvuru beraat etmemiştir. Başvuru tarafından Büyük Daire kararının açıklanmasından birkaç saat sonra yapılan açıklamada da belirtildiği üzere, başvurunun 2024 yılına kadar Azerbaycan'da yapılacak seçimlerde aday olması da mümkün değildir, ayrıca söz konusu hapis cezası başvurunun adli sicilinden de silinmemiştir.³⁹⁶ Üstelik Azerbaycan yetkilileri, bunları neden yapmadığını ya da yapamadığını da hiçbir zaman açıklamamıştır.

Mahkeme, bütün Sözleşme sisteminin taraf devletlerin “iyi niyet” içerisinde hareket ettiği varsayımına dayandığını tekrarlamıştır. Sözleşme ile güvence altına alınan haklar, teoride olduğu kadar, pratikte de etkili olmalıdır. Mammadov'la ilgili verilen ilk ihlal kararının sonuçlarının yerine getirilmesi için atılan sınırlı adımlar, Mahkeme'yi Azerbaycan'ın ihlal kararının sonuçları ve ruhuyla uyumlu bir şekilde ve “iyi niyet”le hareket ettiğine ikna edememiştir. Bu nedenle Mahkeme, oybirliğiyle, Azerbaycan'ın Sözleşme'nin 46. maddesinin 1. fıkrası uyarınca Mammadov hakkında verilen ihlal kararını yerine getirme yükümlülüğüne uygun hareket etmediğine karar vererek ihlal bulmuştur.³⁹⁷

Bundan sonra gözler, yeniden Bakanlar Komitesi'ndedir. Mammadov'un hapiste geçen beş yılını geri getiremeyecek olsa da, adaletin yerini bulması ve Azerbaycan'ın “iyi niyet”le hareket edip kararın bütün gereklerini yerine getirmesi için Bakanlar Komitesi'nin kaldığı yerden harekete geçmesi gerekmektedir.³⁹⁸

³⁹⁶ Ilgar Mammadov Briefing, 29 Mayıs 2019, <https://www.youtube.com/watch?v=l3fctIA7yeM&feature=youtu.be>

³⁹⁷ Mammadov v. Azerbaycan, (46/4), para. 214-217.

³⁹⁸ Giorgi Gogia, “Justice Not Served for Prominent Azerbaijani Activist”, 31 Mayıs 2019, <https://www.hrw.org/news/2019/05/31/justice-not-served-prominent-azerbaijani-activist>

b. Kararın Değerlendirmesi

Söz konusu karar her ne kadar oybirliği ile çıkmış olsa da, Büyük Daire'nin 17 hâkiminin yedisi yazdıkları onaylayıcı şerh yazısında bu karara bazı noktalarda karşı çıkmıştır.

Yedi hâkimin şerhlerinde en çok üzerinde durdukları nokta, Bakanlar Komitesi'nin ve Mahkeme'nin bu süreçteki geniş yetkileridir. Hâkimler, kararının 207. paragrafına atıf yaparak Mahkeme'nin “(...) *Bakanlar Komitesi, yerel mahkemeler önündeki süreci yakından izlemiş ve yerel mahkemelerin ihlalin olumsuz sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde karar vermediklerine karar vermiştir*” cümlesine değinmiştir. Hâkimlere göre, başvurunun derhal serbest bırakılmasının kararın yerine getirilmesi için tek yol olduğunu düşünen ve bu nedenle ısrarla Azerbaycan'dan Mammadov'u serbest bırakmasını isteyen Bakanlar Komitesi, Mammadov'un davası istinaf mahkemesi önünde görülürken de bu talebini yineleyerek devam eden bir yargı sürecine müdahalede bulunmuş, böylece yargı bağımsızlığıyla bağdaşmayacak şekilde hareket etmiştir. Taraf devletler ve Avrupa Konseyi organları da dâhil olmak üzere, hiçbir uluslararası kurum incelenmeyi bekleyen davalara müdahale ederek yargının işleyişine karışmamalıdır zira bu durum hem yerel mahkemelerin bağımsızlığını koruyacak güvenceleri azaltmakta hem de Bakanlar Komitesi'nin 46. maddenin 4. fıkrası altında sınırsız bir yetkisi olduğu izlenimini yaratmaktadır.³⁹⁹

Bugün, Avrupa Konseyi ve/veya Avrupa Birliği üyesi olan devletlerin pek çoğunun anayasasında özellikle temel hak ve özgürlükler söz konusu olduğunda iç hukukla bağdaşmayan bir durum bir durumda uluslararası sözleşmelerin uygulanacağı düzenlenmiştir.⁴⁰⁰ Hukuk devleti ve insan haklarının korunması ve siyasi iktidarın kötüye kullanılmasını engellemek amacıyla hazırlanan uluslararası sözleşmeleri onaylayan devletler, bu sözleşmelere uygun hareket etmek, uluslararası mahkemelerin verdikleri bağlayıcı kararlara uymak ve bu kararları yerine getirmekle yükümlüdür. Bakanlar Komitesi'nin görevi de, taraf devletlerin, İHAM'ın ihlal kararının

³⁹⁹ Mammadov v. Azerbaycan, (46/4), onaylayıcı şerhler, para. 16-18, 22.

⁴⁰⁰ Sibel İnceoğlu, “Türkiye: AB'nin Yetkileri Karşısında Nasıl Bir Egemenlik Anlayışı”, Anayasa Mahkemesi'nin 43. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyum, Ankara 28-29 Nisan 2005, Anayasa Yargısı, Cilt 22, Ankara 2005, s. 231-251.

sonuçlarını ortadan kaldıracak ve gelecekte benzer ihlallerin yeniden gerçekleşmesini önleyecek bireysel ve genel önlemler konusunda taraf devlete yol göstermektir. İHAM da Bakanlar Komitesi de ilgili ihlalin giderimi konusunda takdir yetkisi tanımaktadır. Ancak bir ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması, başka bir seçenek bırakmayacak şekilde o kişiye tazminat ödenmesine, o kişinin serbest bırakılmasına ya da yeniden yargılanmasına bağlıysa, o önlemin alınması konusunda Bakanlar Komitesi'nin ısrarcı olması, Bakanlar Komitesi'nin görevinin sonucudur. Bu şekilde bağımsız olması gereken yargıya müdahale edilmemekte, aksine, yerel mahkemeler ve taraf devlet Sözleşme ile uyumlu hareket etmeye davet edilmektedir.

Bu kararın bardağın dolu ya da boş olduğu gibi iki şekilde de yorumlanabileceğini söyleyen Başak Çalı'ya göre ise, Mahkeme, bu kararıyla, kararında ihlalin nasıl giderileceğini açıkça söylememiş olsa bile, böyle durumlarda Bakanlar Komitesi'nin *restitutio in integrum*un sağlanmasında sahip olduğu rolün altını çizmiş ve dahası, taraf devletin kötü niyetle hareket ederek verdiği hapis cezasıyla başvuruçuları hükümlü hale getirdiği davalarda başvuruçuyu serbest bırakmanın tek başına yeterli olmadığını kabul etmiştir.⁴⁰¹ Bu gerekçe, mahkûmiyet kararlarının arkasına saklanarak ihlal kararlarının sonuçlarını yerine getirmekten kaçan devletleri gelecekte benzer ihlallerde bulunmaktan alıkoyabilme ihtimaline sahiptir.

Bardağın boş tarafı ise, Mahkeme'nin Azerbaycan'a karşı yürüyen benzer davaları gerekçe göstererek genel önlemlerle ilgili detaylı bir inceleme yapmaktan kaçınmış olmasıdır. Zira gelecekte benzer ihlallerin önüne geçebilmek için Mahkeme'nin bireysel önlemler kadar genel önlemler hakkında da yol göstermesi beklenmekteydi.

Yine kanımızca kararın soru işareti yaratan noktalarından biri de zaman yönünden yaptığı değerlendirmedir. Daha önce belirtildiği üzere, Mahkeme, ihlal kararının sonuçlarının yerine getirilmesini bir süre bekleyen Bakanlar Komitesi'nin davayı Mahkeme'ye gönderdiği tarihi esas almakta, bu tarihten sonra meydana gelen

⁴⁰¹ Başak Çalı, "No Going Nuclear in Strasbourg: The Infringement Decision in Ilgar Mammadov v. Azerbaijan by the European Court of Human Rights", 30 Mayıs 2019, <https://verfassungsblog.de/no-going-nuclear-in-strasbourg/>.

gelişmeleri taraf devletin 46. maddeden kaynaklanan yükümlölüklerini yerine getirip getirmediğini incelerken dikkate almamaktadır.

Davanın Bakanlar Komitesi'nden Mahkeme'ye gönderilmesinin taraf devlet üzerinde bir baskı aracı olduğu ve söz konusu davada, yıllar sonra Mammadov'un serbest bırakılmasına yol açtığı aşikârdır. Ama bu, aynı zamanda, taraf devletin dava Mahkeme'ye gönderilene kadar kararın gereğini yerine getirmekten kaçınması için belirsiz bir süreye sahip olması anlamına da gelmektedir. Özellikle, bu sürecin başlatılması için Bakanlar Komitesi'nde üçte iki oy çokluğu şartı aranması gibi koşullar dikkate alındığında Azerbaycan dışında bir devletin benzer bir süreçten geçmesinin dahi ne kadar zor olduğu görülecektir. Hâkim Wojtyczek'e göre, böyle bir ihtimalde kararın gereklerinin yerine getirilip getirilmediği kadar, bu yükümlölüklerin herhangi bir gecikme olmaksızın, zamanında yerine getirilmiş olması da Sözleşme'nin 46. maddesi bakımından önem taşımaktadır.⁴⁰²

Burada ayrıca dikkat çekmek istediğimiz bir husus da, Mammadov örneğinde görüldüğu üzere, davanın Mahkeme'ye gönderildiği tarihten sonra yaşanan gelişmelerin Mahkeme tarafından dikkate alınmamasının yaratabileceği olası sorunlardır. Mammadov serbest bırakılmış olmasına rağmen, aldığı hapis cezası adli siciline işlemiştir ve 2024'e kadar seçimlerde aday olması yasaktır. Bu da Mahkeme'nin *"Sözleşme'nin 18. maddesinden verilen ihlal kararıyla başvurucuya ceza verilmesiyle sonuçlanan her eylemin sakatlanacağı ve kararın yerine getirilmesi için bütün olumsuz etki ve sonuçların ortadan kaldırılması gerektiği"* yorumuna aykırıdır.

Mammadov'un davanın Mahkeme'ye gönderilmeden önce serbest bırakıldığı ancak yargılamanın devam ettiği ve bu engellerin davanın Mahkeme'ye gönderilmesinden sonra gerçekleştiği ihtimalinde, Mahkeme bu içtihadına göre sonradan meydana gelen gelişmeleri dikkate alamayacağı için kendi içtihadıyla çelişen bir karar verebilecektir.

Mahkeme'nin net bir şekilde ortaya koymadığı bir diğer husus ise, 18. madde ihlalinin Sözleşme'de düzenlenen bir hak ve özgürlüğün birden fazla amaçla sınırlandırıldığı ve bu amaçlardan birinin daha baskın hale geldiği davalar söz konusu

⁴⁰² Mammadov v. Azerbaycan, (46/4), Hâkim Wojtyczek'in görüşü, para. 4.

olduğunda Mahkeme'nin nasıl hareket edeceğidir. Zira Mahkeme, Mammadov'un tutuklanmasındaki *tek amacın* muhalif ve eleştirel görüşleri nedeniyle susturulması ve cezalandırılması olduğunun altını çizmiş ve başvurucuya karşı başlatılan yargılamanın meşru bir amacı olduğunu, ancak başvurucunun özgürlüğünden alıkonulmasında ağır basan amacın zamanla değişebileceğini söylediği *Merabishvili v. Gürcistan* kararıyla bir karşılaştırma yapmıştır. Mahkeme, Merabishvili ve sonrasında Demirtaş kararlarında başvuruçuların tutuklanmasında meşru bir amaç olduğuna karar vererek Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının c bendinin ihlal edilmediğine ancak belirli bir süre sonra başvuruçuların cezaevinde tutulmaya devam edilmelerinde başvuruçudan zorla bilgi alma ve demokrasiyi boğma amaçlarının baskın hale geldiğini söyleyerek Sözleşme'nin 5. maddesiyle bağlantılı olarak 18. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir. Bu kararların uygulanmaması halinde, Mahkeme'nin “bütün sürecin sakatlanacağı” yorumunu yapıp aynı sonuca ulaşip ulaşmayacağı merak konusudur.

Nitekim Antoine Buyse da söz konusu kararın –nasıl okumak isterseniz- esnek ya da belirsiz bir yoruma yol açtığını düşünmektedir.⁴⁰³ Karardan anlaşılan Mahkeme, Azerbaycan'ın Mahkeme kararlarını yerine getirme konusunda iyi niyetle hareket etmediği ve bunun Sözleşme'nin açık ihlali olduğu konusunda uzlaşmış ve vermek istediği güçlü mesaj karşısında, aslında muhalefet şerhi gibi yazılan onaylayıcı şerhlerinde tartışılan başlıkları ve diğer belirsizlikleri bir sonraki karara bırakmıştır. Bakanlar Komitesi'nin bir kez daha benzer bir yola girip girmeyeceğini ve Mahkeme'nin bu kez ne yönde karar vereceğini hep birlikte göreceğiz.

c. Mammadov Kararından Sonra: Şimdi ve Bundan Sonra Ne Olacak?

13 Mayıs 2004 tarihinde kabul edilen ve 1 Haziran 2010 tarihinde yürürlüğe giren İHAS'a ek 14 Numaralı Protokol'ün 16. maddesi⁴⁰⁴ ile Sözleşme'nin 46.

⁴⁰³ Antoine Buyse, “First Infringement Proceedings Judgment of the European Court : Ilgar Mammadov v Azerbaijan”, 31 Mayıs 2019, <http://echrblog.blogspot.com/2019/05/first-infringement-proceedings-judgment.html>.

⁴⁰⁴ İHAS'a Ek 14 Numaralı Protokol, <https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/rms/0900001680083711>

maddesine eklenen bu düzenlemeye dayanılarak Mahkeme tarafından Azerbaycan'ın 2014 tarihli İHAM kararına uymaması nedeniyle verilen bu ihlal kararı, gerekli tedbirlerin alınması için yeniden Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi önüne gönderilecek.⁴⁰⁵

Bu, artık Bakanlar Komitesi önünde yerine getirilmesi beklenen iki dava olacağı anlamına geliyor: Mahkeme'nin verdiği ilk ihlal kararı ve bu ihlal kararının yerine getirilmemesi nedeniyle verilen yeni karar.

Dzehtsiarou'ya göre, Bakanlar Komitesi'nde önünde bekleyen bu iki davanın akıbetiyle ilgili üç olasılık bulunmaktadır.⁴⁰⁶ Bunlardan ilki, Azerbaycan'ın ihlal kararlarını yerine getirmeyi reddetmeye devam etmesidir. Bu durumda, Avrupa Konseyi Statüsü'nün 8. maddesine göre Azerbaycan'ın oy kullanma hakkının askıya alınmasından Avrupa Konseyi üyeliğinden çıkarılmasına kadar bir dizi yaptırım uygulanması mümkün olacaktır.

İkinci ihtimal, Azerbaycan'ın ilk ihlal kararının sonuçlarını yerine getirmesidir. Bu ihtimalde Bakanlar Komitesi'nin izleme prosedürünü kapatacağı öngörülmektedir.

Üçüncü ve en karmaşık ihtimal ise, Azerbaycan'ın ihlal kararını kısmen yerine getirmesidir. Azerbaycan'ın gereken her önlemi olmasa da, bazı önlemleri alarak Bakanlar Komitesi'nin askıya alma ya da ihraç etme seçeneklerini bertaraf etmeyi seçebileceği düşünülmektedir. Dzehtsiarou'ya göre bütün bu senaryolarda, Mahkeme'nin kararı hukuki değil siyasi bir araç olarak kullanılacaktır.

Bu kararın Avrupa insan hakları sistemi için tarihi bir adım olacağı ve sadece Mammadov davasıyla sınırlı kalmayacak sonuçlar doğuracağı şimdiden öngörülmüyor⁴⁰⁷ ve bu yeni gelişme, pek çok soruyu beraberinde getiriyor.

⁴⁰⁵ Mahkeme bir ihlal bulmamış olsaydı, dava yine Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'ne gönderilecek, ancak bu kez 46. maddenin 5. fıkrası uyarınca davanın Bakanlar Komitesi önündeki incelemesine son verilecekti.

⁴⁰⁶ Kanstantsin Dzehtsiarou, "How many judgments does one need to enforce a judgment? The first ever infringement proceedings at the European Court of Human Rights", 4 Haziran 2019, <https://strasbourgobservers.com/2019/06/04/how-many-judgments-does-one-need-to-enforce-a-judgment-the-first-ever-infringement-proceedings-at-the-european-court-of-human-rights/>.

⁴⁰⁷ Julie-Enni Zastrow, "Introductory Note To Interim Resolution CM/RESDH(2017)429: Execution of the Judgment of the European Court of Human Rights Ilgar Mammadov Against Azerbaijan (Council of Eur. Comm. of Ministers)", **International Legal Materials**, 57(2), 359. doi:10.1017/ilm.2018.16. Azerbaycan'dan sonra bu yola tekrar başvurulabileceğinin ilk sinyali Türkiye'ye karşı verilmiştir. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, Türkiye'deki muhalif milletvekillerinin giderek kötüleşen durumunu dikkate alarak acil bir toplantı düzenlemiş, bu toplantı sonunda demokrasinin işleyişini sağlamak amacıyla bir dizi karar alınmıştır. İHAM'ın Selahattin Demirtaş'ın davasında Sözleşme'nin

Öncelikle merak edilen ilk konu, 2010 yılında Sözleşme'nin 46. maddesine eklenen bu yolun neden şimdi, Mammadov'un davasında ve Azerbaycan'a karşı kullanıldığıdır. Doktrinde bu soruya verilen cevaplar ortak: Akademisyenler ve insan hakları hukukçuları bunun nedeni olarak Azerbaycan'da son yıllarda artarak devam eden insan hakları ihlallerinin geldiği aşamayı, Azerbaycan'ın "Avrupa değerlerinden" uzak ve diktatörlükle yönetilen bir ülke olarak kabul edilmesini, Ilgar Mammadov'un önemli ve popüler bir siyasi figür olmasını ve bu prosedürün Avrupa Konseyi üyeliğinin sona erdirilmesine kadar gidebilecek sonuçları düşünüldüğünde Azerbaycan'ın Avrupa Konseyi üzerinde daha önce belirli konularla ilgili İHAM kararlarını uygulamayacağını dile getiren Birleşik Krallık ya da Rusya gibi "büyük bir etki"ye sahip olmamasını gösteriyor.⁴⁰⁸

Bir diğer soru da, Azerbaycan ile açılan bu yolun bundan sonra Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından yeniden kullanılıp kullanılmayacağı ya da ne sıklıkla ve hangi devletlere karşı kullanılacağıdır.

Glas'a göre, bir dizi önemli şartı da beraberinde getirdiği için Komite tarafından ancak çok istisnai hallerde bu yola başvurulabilecektir. Bu şartlardan ilki, Mahkeme kararında, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri ve insan hakları savunucuları tarafından hazırlanan raporlarda ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından defalarca verilen tavsiye kararlarında Azerbaycan'ın Mammadov'u muhalif görüşleri nedeniyle susturma ve cezalandırma amacıyla hareket ettiğinin ortaya konulduğu gibi, ilgili taraf devletin Sözleşme'nin 18. maddesine dayanılarak "kötü niyetli" olduğunun belirlenmesidir.

İkinci şart, "kötü niyet"le hareket eden taraf devletin İHAM kararını uygulamamak için bir direnç göstermesidir. Gras bu noktada bir ayrıma gitmekte ve

18. maddesinin ihlal edildiğine ve başvurucunun serbest bırakılması gerektiğine karar verdiğini hatırlatan Parlamenterler Meclisi, İHAM'ın Demirtaş kararının ve söz konusu tavsiye kararında alınan tavsiyelerin yerine getirilmemesi halinde Türkiye'ye karşı 46/4 prosedürünün başlatılması talebiyle Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'ne başvuru yapabilecekleri konusunda uyarıda bulunmuştur. Bkz. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, Resolution 2260 (2019) Provisional version, "The worsening situation of opposition politicians in Turkey: what can be done to protect their fundamental rights in a Council of Europe member State?", 24 Ocak 2019, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=25425&lang=en>.

⁴⁰⁸ Bkz. Julie-Enni Zastrow ve Andreas Zimmermann, "Council of Europe's Committee of Ministers Starts Infringement Proceedings in Mammadov v. Azerbaijan: A Victory for the International Rule of Law?", 5 Şubat 2018, <https://www.ejiltalk.org/council-of-europes-committee-of-ministers-starts-infringement-proceedings-in-mammadov-v-azerbaijan-a-victory-for-the-international-rule-of-law/>; Kanstantsin Dzehtsiarou, "Mammadov v. Azerbaijan: It Is about Effectiveness of the Strasbourg System", 15 Haziran 2018, <https://strasbourgobservers.com/2018/06/15/mammadov-v-azerbaijan-it-is-about-effectiveness-of-the-strasbourg-system/>.

her ne kadar Mahkeme kararının uygulanmamasının “çok kaygı verici” olduğu düşünölse de, İHAM kararı sonrası alınacak kararın başvurucuyu serbest bırakmak dışında, örneğin kanun değışikliğıne gitmek gibi, daha karışık bir tedbiri gerektirmesi durumunda Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin 46. maddenin 4. fıkrasında düzenlenen prosedürü izlemekte tereddüt edeceğini belirtmektedir.⁴⁰⁹

Son şart ise, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’ndeki toplantılara katılmaya yetkili temsilcilerin üçte iki oy çokluğunun bu yönde bir karar almasıdır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, 47 taraf devletin dışışleri bakanlıklarındaki temsilcilerden oluşan siyasi bir yapı olduğu için, her zaman bu üçte iki oy çokluğunun sağlanması mümkün olmayacaktır. Fiona de Londras ve Kanstantsin Dzehtsiarou’ya göre, özellikle kendilerine muhalif kişilerle ilgili kararları uygulamaya direnecek devletler için bu oylamaya katılmak, ilerleyen günlerde kendileri aleyhine bir oylama yapılmasına da yol açabilecektir.⁴¹⁰ Bu riski düşünerek devletler oy kullanmaktan kaçınabilecektir.

Görüldüğü gibi Bakanlar Komitesi’nin ve taraf devletlerin İHAS’ın 46. maddesinin 4. fıkrasını kullanarak İHAM’a kadar gitmesi pek kolay gözükmemektedir. Ancak “başarıya ulaşıldığı” bir durumda İHAM’ın vereceğı kararın Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından nasıl uygulanacağı da ayrı bir soru işaretidir.

Örneğin Mammadov başvurusunda başvuru, 13 Ağustos 2018 tarihinde adli kontrol kararıyla, daha sonra 29 Mart 2019 tarihli Yüksek Mahkeme kararıyla koşulsuz olarak serbest bırakılmıştır. Bu karar ile birlikte Mahkeme’nin 2014 tarihli kararı kısmen yerine getirilmiş olmaktadır. Bu durumda verilecek ihlal kararının pratik bir faydası olacak mıdır? Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi ve insan hakları savunucuları olumlu yönde görüş bildirirken, Londras ve Dzehtsiarou, uluslararası alandaki itibarını düşünen bir devletin İHAM kararlarını yerine getireceğini, en başından beri kararları yerine getirmemek için direnen bir devlet için bu ihlal kararının da bir etkisi olmayabileceğini dile getirmektedir.⁴¹¹

⁴⁰⁹ Liza R. Glas, “The Committee of Ministers goes nuclear: infringement proceedings against Azerbaijan in the case of Ilgar Mammadov”, 20 Aralık 2017, <https://strasbourgobservers.com/2017/12/20/the-committee-of-ministers-goes-nuclear-infringement-proceedings-against-azerbaijan-in-the-case-of-ilgar-mammadov/>.

⁴¹⁰ Fiona de Londras, Kanstantsin Dzehtsiarou, **Great Debates on the European Convention on Human Rights**, Palgrave Macmillan, 1st Edition, April 2018, s. 185.

⁴¹¹ *Ibid.*, s. 185.

Londras ve Dzentsiarou, bir adım daha ileri giderek, Sözleşme'nin 46. maddesinin 4. fıkrası uyarınca başlatılacak bir prosedürün pratik olmadığı, fayda sağlamayacağı gibi, ters tepmeyle sonuçlanmasının da muhtemel olduğu gerekçesiyle “manasız” olduğunu düşünmektedir.⁴¹² Yazarlara göre, Bakanlar Komitesi'nin politik bir organ olduğu düşünüldüğünde, yukarıda da belirtildiği üzere, sıranın bir gün kendilerine gelme ihtimalini düşünen devletler tarafından üçte iki oy çokluğunun sağlanması çok zordur. İHAM kararlarını uygulamayan ya da uygulamaya direnen devletlerin sayısının çokluğu da göz önünde bulundurulunca, bu durum ilgili Devlet açısından “*neden (kararları uygulamayan diğer devletler değil de) ben?*” sorusunu sormak kaçınılmaz olacaktır.

Akademisyenlere göre bu durumun olası bir sonucu, İHAM kararlarını yerine getirmek için *bir şey* yapmak isteyen ilgili Devlet'in bu prosedürün başlatılmasıyla birlikte *hiçbir şey* yapmak istememe ihtimalidir. İHAM tarafından verilen kararların bağlayıcı olduğu ve eninde sonunda yerine getirilmek zorunda olduğu gerçeği karşısında, bu durumda sadece bazı kararlar değil, hiçbir karar yerine getirilmeyebilecektir.

Bu durumun bir diğer olası sonucu da, 46. maddenin 4. fıkrası uyarınca başlatılan prosedürün hâlihazırda “yanan ateşe odun atma” etkisi yaratma ihtimalidir. Londras ve Dzentsiarou'ya göre, bu prosedür gücü elinde tutan, muhalefeti bastıran devletlerin bu yöndeki eğilimlerini daha da arttırmalarına yol açabilecektir.

Bu örneklerden görüleceği üzere, söz konusu en başından beri “kötü niyet”le hareket eden ve İHAM kararlarını uygulamamak için direnen bir devlet ise, bu prosedürün işletilmesi sonucu İHAM'dan alınacak yeni bir kararın mevcut durumu yeniden tespit etmekten başka bir etkisinin olup olmayacağı tartışmalıdır. Burada en önemli rol, tekrar, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'ne düşmektedir. Zira, her ne kadar İHAM Büyük Daire tarafından verilen bir ihlal kararı tek başına ilgili devletin Avrupa Konseyi üyeliğinden çıkartılması için yeterli değilse de, üyeliğin askıya alınması, üyelikten çıkartma ya da oy kullanma hakkının askıya alınması gibi başka

⁴¹² Fiona de Londras, Kanstantsin Dzehtsairou, “Mission Impossible? Addressing Non-Execution Through Infringement Proceedings In The European Court Of Human Rights”, **International and Comparative Law Quarterly**, 66(2), s. 482-489.

bir yaptırım uygulanmaz ve böylece İHAM’ın kararlarının icra edilmediği yönündeki yeni kararı da Bakanlar Komitesi tarafından icra edilmez ise bu kez İHAM’ın meşruluğu ve kararlarının etkisi üzerine yeni bir sorun doğacaktır.⁴¹³



⁴¹³ Benzer yönde bkz. Kanstantsin Dzehtsiarou, “Mammadov v. Azerbaijan: It Is about Effectiveness of the Strasbourg System”, 15 Haziran 2018, <https://strasbourgobservers.com/2018/06/15/mammadov-v-azerbaijan-it-is-about-effectiveness-of-the-strasbourg-system/>.

SONUÇ

İHAS'ta güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin yine İHAS'ta öngörülen sınırlandırma sebeplerinden başka, farklı ya da daha baskın bir amaçla sınırlandırılmasını yasaklayan Sözleşme'nin 18. maddesi, Sözleşme'de yer verilen diğer hak ve özgürlükler kadar bilinirliği ve uygulanabilirliği olmayan bir maddedir. Bu nedenle hem başvuruçular tarafından 2010'lu yılların sonralarına kadar pek fazla ileri sürülmemiş hem de Mahkeme tarafından oldukça nadiren karara bağlanmıştır.

Özellikle 2016 yılından sonra Azerbaycan'a karşı muhalif siyasetçilerin, insan hakları savunucularının ve insan hakları avukatlarının tutuklanmasına yönelik başvurularda Sözleşme'nin 18. maddesinden verilen önemli ihlal kararları ve bu kararları takip eden iki Büyük Daire kararı maddenin uygulanmasını arttırmış ve Mahkeme'ye Sözleşme'nin 18. maddesinin ihlali iddiasıyla çok sayıda başvuru getirilmeye başlanmıştır. Üstelik artık bu başvurular sadece özgürlük ve güvenlik hakkıyla bağlantılı değildir. Özel hayata saygı hakkından seyahat özgürlüğüne, adil yargılanma hakkından mülkiyet hakkına kadar çeşitli hak ve özgürlüklerin siyasi ya da ekonomik amaçlarla, başvuruçuyu susturma ya da cezalandırma ya da demokratik değerleri boğma amacıyla sınırlandırıldığı ileri sürülmektedir.

Tabii bu durum, siyasi olarak ön planda olan kişilere karşı başlatılan ceza yargılamalarının hepsinin Sözleşme'nin 18. maddesini ihlal edeceği anlamına gelmemektedir, zira Mahkeme “yüksek siyasi statü sahibi olmanın dokunulmazlık bahşetmediği” konusunda oldukça tutarlıdır. Fakat Mahkeme bu kötü niyetli müdahaleleri sineye çekerse, “Avrupa'nın vicdanı” olma görevini yerine getirmemiş olur ki bu sadece kişilerin haklarının ihlal edilmesiyle sonuçlanmaz, aynı zamanda temel demokratik prensiplerin ihlaline karşı alarm görevi görmediğinden bu tutum devletlerin demokrasisi üzerinde de olumsuz sonuçlar doğurur.⁴¹⁴

Bu rolünü daha kolay yerine getirmek amacıyla Merabishvili kararında Büyük Daire, olumlu sayılabilecek iki büyük adım atmıştır. Bunlardan ilki, başvuruçunun omuzlarına yüklenen ispat yükünün biraz olsun kaldırılmasıdır. Zira Devlet yetkililerinin kişilerin haklarını sahte beyanlarla ve delillerle, gizli bir amaç güderek

⁴¹⁴ Corina Heri, Merabishvili, Mammadov and Targeted Criminal Proceedings: Recent Developments under Article 18 ECHR, 15 Aralık 2017, <https://strasbourgobservers.com/2017/12/15/merabishvili-mammadov-and-targeted-criminal-proceedings-recent-developments-under-article-18-echr/>.

sınırlandırdıkları durumlarda etrafta pek delil bırakmayacakları aşikârdır. Bu delilleri toplama yükümlülüğü sadece başvurucuya yüklendiğinde, başvurucunun Mahkeme’ye başvurmasının ve olumlu bir sonuç alabilmesinin önüne de set çekilmektedir.⁴¹⁵

İkincisi ve Sözleşme’nin 18. maddesinin uygulanabilirliğini arttırması nedeniyle belki de en önemlisi ise, hem Mahkeme içinden hâkimler tarafından hem de akademisyenler ve uygulayıcılar tarafından oldukça ağır şekilde eleştirilen delil ve ispat standardının yumuşatılmasıdır. Büyük Daire kararıyla, aranan doğrudan ve/veya inkâr edilemez delil standardı kaldırılarak başvurucuların iddiaları bağlamsal delillerle ve siyasi atmosferle bir bütün olarak değerlendirilmeye başlanmıştır.

Ayrıca, daha önce yeterli görülmeyen uluslararası kurumların açıklamalarına ve raporlarına daha fazla önem verilmeye başlanmıştır. Özellikle Azerbaycan’a karşı verilen ihlal kararlarında başvurucuların maruz kaldığı hak ihlallerinin ‘münferit’ olmadığını göstermesi amacıyla aralarında Venedik Komisyonu, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, Uluslararası Af Örgütü, İnsan Hakları İzleme Örgütü gibi uluslararası kurumların raporlarına, sivil toplum kuruluşları tarafından davaya sunulan uzman görüşlerine ve davaya müdâhil olma yetkisi bulunan Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri’nin beyanlarına değinilmiş, bu da bu rapor ve açıklamaların Mahkeme nezdindeki değerini arttırmıştır. Nitekim, yargının tarafsızlığının ve bağımsızlığının sağlanıp sağlanmadığını, demokrasinin ve hukukun üstünlüğünün korunup korunmadığını ya da örneğin ülkede kaç kişinin ne şekilde baskı altına alındığını başvurucunun ortaya koyması imkânsıza yakınken, bu konuda hazırlanan rapor ve beyanlar çok önemli bir delil teşkil edecektir.⁴¹⁶

Getirdiği olumlu yeniliklere karşın Merabishvili kararı Büyük Daire’de sekize karşı dokuz oyla kabul edilmiştir. Hâkimler arasında ve kararın yayımlanmasının ardından öğretilde bu kadar büyük bir anlaşmazlık yaratan konu ise, Merabishvili kararıyla getirilen ve akabinde Navalnyy ve Demirtaş kararlarında izlenen yeni şarttır: Yeni geliştirilen “baskın amaç testi” sonrasında Sözleşme’nin 18. maddesinin ihlal edildiğine karar verebilmek için Mahkeme, başvurucunun hak ya da özgürlüğünün,

⁴¹⁵ Philip Leach, ‘Georgia: Strasbourg’s Scrutiny of the Misuse of Power’, 5 Aralık 2017, www.opendemocracy.net/od-russia/philip-leach/georgia-strasbourgs-scrutiny-of-the-misuse-of-power; Dmytro Kotlyar, The challenges of arguing Article 18 at the European Court, Winter 2012: Issue 18, <http://www.ehrac.org.uk/wp-content/uploads/2014/10/Bulletin-18-ENG.pdf>.

⁴¹⁶ Benzer yönde bkz. Merabishvili v. Gürcistan, Büyük Daire, Hâkimler Yudkivska, Tsotsoria ve Vehabović’in onaylayıcı şerhi, para. 30-31.

Sözleşme’de öngörülen sınırlandırma sebeplerinden farklı gizli bir amaçla sınırlandırılıp sınırlandırılmadığını; sınırlandırmanın meşru ve meşru olmayan birden çok amaçla yapılıp yapılmadığı ve birden çok amaç varsa, bu amaçlardan hangi amacın daha baskın olduğunu incelemeye başlayacaktır.

Mahkeme her ne kadar ispat külfeti ve standardında yumuşamaya gitmişse de, bu yeni test, başvurucunun yetkililer tarafından izlenen meşru olmayan, gizli amacının daha baskın amaç olduğunu kanıtlamasını gerektirmektedir ki bu amaç, Sözleşme’de düzenlenmeyen bir amaç olduğu için oldukça geniş ve belirsiz bir anlam ihtiva etmektedir. Hâkimler Yudkivska, Tsotsoria ve Vehabović’e göre, Mahkeme’nin “*hangi amacın baskın olduğu davanın şartlarına bağlıdır*” yaklaşımı, Mahkeme’nin “baskın” amacı tanımlamada ve belirlemede nasıl bir kriter izleyeceğini daha da belirsizleştirmektedir.⁴¹⁷ Aynı hâkimlere göre bu hem devletlerin takdir yetkisini genişletmekte⁴¹⁸ hem de hâkim Serghides’a göre bu yaklaşımdan güç alan devletlerin suiistimaline açık kapı⁴¹⁹ bırakmaktadır.

Bu aynı zamanda, devletin “biraz” kötü niyetle hareket ettiği durumların Sözleşme’nin 18. maddesini ihlal etmeyeceği anlamına gelmektedir çünkü yeni teste göre 18. maddenin ihlal edilebilmesi için devletin “çok” kötü niyetli olması ve bu kötü niyetinin meşru amaçlarına baskın olması gerekmektedir.⁴²⁰ Mahkeme böylece bir anlamda, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında baskın amaç olmadığı sürece davanın “sağlıklı temellere” dayandığını kabul etmekte ve devletin “kötü niyet”le hareket etmesini hoş görüp normalleştirmektedir.⁴²¹ Oysa hâkim Serghides’a göre Sözleşme’nin 18. maddesinin metni, daha fazla ya da daha az olduğu fark etmeksizin hukuka aykırı ya da meşru olmayan amaçlarla bir hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasına yer bırakmayacak kadar açık ve kesindir ve sadece Sözleşme’nin 18. maddesi değil, Sözleşme’deki hiçbir hak ve özgürlük “baskın” ya da “ana” sıfatlı bir amaç tarafından sınırlandırılmaya referans vermez.⁴²²

⁴¹⁷ Merabishvili v. Gürcistan, Büyük Daire, Hâkimler Yudkivska, Tsotsoria ve Vehabović’in onaylayıcı şerhi, para. 17.

⁴¹⁸ Merabishvili v. Gürcistan, Büyük Daire, Hâkimler Yudkivska, Tsotsoria ve Vehabović’in onaylayıcı şerhi, para. 18.

⁴¹⁹ Merabishvili v. Gürcistan, Büyük Daire, Hâkim Serghides’in onaylayıcı şerhi, para. 33.

⁴²⁰ Başak Çalı, “Merabishvili v. Georgia: Has the Mountain Given Birth to a Mouse?”, 3 Aralık 2017, <https://verfassungsblog.de/merabishvili-v-georgia-has-the-mountain-given-birth-to-a-mouse/>.

⁴²¹ Corina Heri, Merabishvili, Mammadov and Targeted Criminal Proceedings: Recent Developments under Article 18 ECHR, <https://strasbourgobservers.com/2017/12/15/merabishvili-mammadov-and-targeted-criminal-proceedings-recent-developments-under-article-18-echr/>, 15 Aralık 2017.

⁴²² Merabishvili v. Gürcistan, Büyük Daire, Hâkim Serghides’in onaylayıcı şerhi, para. 8-9-10.

Dahası, hâkim Serghides’a göre meşru ile meşru olmayan amaç arasında denge kurup hangisinin daha ağır bastığına karar vermek, bir hâkimin görevi değildir.⁴²³ Şayet Mahkeme kendisine böyle bir görev edinir ve belirli bir dereceye kadar gücün kötüye kullanılmasını kabul ederse, hukukun üstünlüğü ve demokratik toplumun değerleri de yerine getirilemez ve bu ayrıca demokrasinin kendisine karşı da bir tehdit oluşturacaktır.⁴²⁴ Bu konunun hâkimler arasında gelecekteki başvurularda da sorun olacağını şimdiden öngörmek mümkündür.

Görüldüğü üzere, bu tezi yazarken Mahkeme tarafından içtihadın birleştirilmesi ve netleştirilmesi amacıyla üç Büyük Daire kararı çıkmış olmasına ve Mahkeme bu sorunlu alanlarla ilgili içtihadını zamanla geliştirse de, henüz yeni yeni geliştirdiği kriterlerindeki belirsizlikler devam etmektedir.

Örneğin Merabishvili kararında 18. maddenin 6. maddeyle bağlantılı olarak uygulanıp uygulanamayacağı sorusuna yanıt vermemiş, dolayısıyla bu konu belirsiz kalmıştır. Özellikle Sözleşme’nin 18. maddesinin 5. maddesiyle bağlantılı olarak ihlal edildiğine karar verilerek başvurucunun tutuklanmasının ardında Sözleşme’de öngörülenden farklı, gizli bir amaç olduğunun tespit edildiği yargılamanın sonunda başvurucunun mahkûm edilmesi halinde Sözleşme’nin 6. maddesinin 18. maddeyle birlikte ileri sürülmesi ayrı bir öneme sahip olacaktır. Mahkeme’nin, hatta Büyük Daire’nin, bir an evvel bu konuda bir karar vermesi gerekmektedir.

Mahkeme’nin 18. maddeyi incelediği başvuru ve karar sayısının azlığı ve içtihadındaki belirsizlikler, aynı zamanda bu konunun doktrinde de oldukça az çalışmış olması anlamına gelmektedir. Nitekim bu konuda daha önce yazılmış herhangi bir tez olmaması, incelenecek karar sayısının ve yararlanılabilecek kaynak sayının azlığı ve hâlihazırda çıkan Büyük Daire kararlarıyla içtihadın sürekli değişmesi tezin yazımını zorlaştırmıştır.

Ancak Mahkeme önünde 18. maddenin Sözleşme’nin çeşitli maddeleriyle bağlantılı olarak ihlal edildiği iddiasına ilişkin özellikle Azerbaycan, Türkiye ve Rusya’dan çok sayıda başvuru bulunmaktadır. Bu başvurular çoğu zaman Mahkeme tarafından öncelikli olarak incelenmektedir. Mahkeme’nin gelecekte önüne gelecek başvurularda bu konuda daha berrak ve net bir karar verme fırsatı bulunmaktadır.

⁴²³ Merabishvili v. Gürcistan, Büyük Daire, Hâkim Serghides’in onaylayıcı şerhi, para. 34.

⁴²⁴ Merabishvili v. Gürcistan, Büyük Daire, Hâkim Serghides’in onaylayıcı şerhi, para. 17.

18. maddenin Avrupa Konseyi sistemine getirdiği yeni bir tartışma da Mahkeme kararlarının yerine getirilmesine ilişkindir. Kötü niyet sergileyerek kişilerin hak ve özgürlüklerini Sözleşme’de öngörülen amaçlar dışındaki amaçlarla sınırlandıran devletlerin, İHAM kararlarının uygulanması konusunda da parlak bir karnesi bulunmamaktadır. 18. maddeyi demokrasinin ve hukukun üstünlüğünün korunması için bir araç olarak kullanan Mahkeme için, kararlarının uygulanmaması sadece ihlal kararlarının sonuçlarını yerine getirmeyen devletlerde hukuk devleti ilkesini değil, aynı zamanda Mahkeme’nin ve Avrupa Konseyi sisteminin varlığını ve meşruluğunu da tehlikeye düşürmektedir.

Bu nedenle Avrupa Konseyi tarihinde ilk kez, İHAM kararını yerine getirmeyen bir devlete karşı Sözleşme’nin 46. maddesinin 4. fıkrası uyarınca “şikâyet prosedürü” başlatılmış ve bu devletin Sözleşme’yi ihlal ettiğine karar vermiştir. Yerine getirilmeyen karar “sıradan” bir ihlal kararı değil, İHAM’ın muhalif ve eleştirel görüşleri nedeniyle susturulmak ve cezalandırılmak amacıyla tutuklandığına karar vererek 18. madde ihlali bulduğu *Mammadov v. Azerbaycan* kararıdır.

Başvurucunun susturulmak ve cezalandırılmak amacıyla tutuklandığının tespiti, Mahkeme’ye göre bu tutukluluğa bağlı olarak yapılan bütün eylemleri, verilen mahkûmiyet kararı da dâhil olmak üzere, sakat hale getirmektedir. Bu nedenle verilen ihlal kararının sonuçlarına ve ruhuna uygun olan, başvurucunun derhal serbest bırakılması ve tutuklanıp ceza alması nedeniyle maruz kaldığı bütün olumsuz sonuçların ortadan kaldırılmasıdır. Buna rağmen başvurucunun İHAM kararından 3 yıl 8 ay sonra, 46/4 prosedürü başlatıldıktan 8 ay sonra serbest bırakılmış olmasını Bakanlar Komitesi de Mahkeme de kararın yerine getirilmesi olarak kabul etmemiş ve bu durum Avrupa Konseyi tarihinde ilk kez, 46. maddenin 4. fıkrasının ihlaliyle sonuçlanmıştır.

Kararın en önemli sonucu, bireysel ve genel önlemlerle ilgili tespitlerdir. Kararın en büyük eksikliklerinden biri Mahkeme’nin, Azerbaycan’ın Bakanlar Komitesi önünde bekleyen diğer 18. madde ihlali kararlarını gerekçe göstererek genel önlemler konusunda detaylı bir inceleme yapmamasıdır. Oysa 18. madde ihlallerinin tekrarlanmaması açısından yargı bağımsızlığının sağlanması, hukuk devleti ilkesinin güçlendirilmesi, içtihat ve yasal düzenlemelerde değişiklik yapılması gibi alınacak genel önlemlerin çerçevesinin Mahkeme tarafından çizilmesi önemlidir.

Mahkeme bu kararda 46. maddenin ihlal edilip edilmediğini sadece bireysel önlemler altında başvurunun 13 Ağustos 2018 tarihine kadar serbest bırakılmamış olması yönünden incelemiştir. Hâkimlerden birinin de belirttiği üzere, bir kararın yerine getirilmiş olması kadar bunun zamanında yerine getirilmiş olması da önemlidir. Bu sebeple Mahkeme, başvurunun ihlal kararından 3 yıl 8 ay sonra serbest bırakılmasını Sözleşme'nin 46. maddesine aykırı bulmuştur.

Mahkeme'nin zaman çizelgesini davanın kendisine gönderildiği tarihe kadar yaşananlarla sınırlandırması ve bu tarihten sonra meydana gelen gelişmeleri dikkate almaması, Mammadov gibi serbest kalmasına rağmen 2024'e kadar seçimlere katılması yasak olan ve aldığı hapis cezası hala adli sicilinde işli olan kişiler için ihlalin bütün sonuçlarının tam anlamıyla ortadan kalkmadığı durumlarda eksik bir değerlendirmeye yol açacaktır. Zira ilgili taraf devlet, başvurucuyu serbest bırakmasına rağmen kararın gereklerini yetirmemekte, "kötü niyeti" sürdürmektedir.

Mahkeme'nin kararlarında açıkça hangi bireysel ve genel önlemlerin alınacağını belirtmemesi ve "kararın sonuçları ve ruhuna uygun" önlemleri taraf devlete bırakması, kararları yerine getirmemek için direnen "kötü niyet"li devletlerin bireysel ve genel önlemler konusunda elini rahatlatmaktadır. Mahkeme, Demirtaş'ın davasında Sözleşme'nin 18. maddesinin 5. maddenin 3. fıkrasıyla bağlantılı olarak ihlal edildiğine karar verdikten sonra Sözleşme'nin 46. maddesi uyarınca, başvuru hakkında yeni bir delil olmadığı sürece, özgürlüğünden alıkonulmasının tespit edilen ihlallerin devamı anlamına geleceğini belirterek, başvurunun derhal serbest bırakılmasına karar verilmesini istemiştir. Bu kararda olduğu gibi, taraf devlete ve Bakanlar Komitesi'ne yol göstermek amacıyla Mahkeme'nin ihlal kararının sonuçlarına ve ruhuna uygun olacak bireysel ve genel önlemleri kararda açıklamasında fayda bulunmaktadır.

Bundan sonraki adım, Azerbaycan'ın 2014 tarihli İHAM kararına uymaması nedeniyle verilen bu ihlal kararının gerekli tedbirlerin alınması için yeniden Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi önüne gönderilmesidir. Bu süreç de yeni sorulara gebe dir.

Bakanlar Komitesi, Azerbaycan'ın Konsey üyeliğinin askıya alınmasından üyelikten çıkartılmasına kadar çeşitli yaptırımlar uygulayabilecektir. Şayet Bakanlar Komitesi, caydırıcı bir yaptırım uygulamazsa bu İHAM kararlarını uygulamayan devletler için teşvik anlamına gelecektir. Tam tersinin olması halinde, yani Bakanlar Komitesi'nin ağır bir yaptırım uygulaması halinde ise İHAM kararlarını yerine

getirmek için bir şey yapmak isteyen ilgili Devlet'in bu prosedürün başlatılmasıyla birlikte hiçbir şey yapmak istememe ihtimali söz konusu olabilir.

2010 yılından beri var olan bir imkânın neden yıllar sonra ilk kez Azerbaycan'a karşı işletildiği sorusuna verilen genel cevap, Azerbaycan'ın "kolay lokma" olarak görülmesidir. Siyasi bir yapı olan Bakanlar Komitesi'nin ihlal prosedürünü başlatabilmesi için gereken üçte iki oy çokluğunun özellikle Birleşik Krallık, Rusya, Türkiye gibi Avrupa Konseyi üzerinde daha büyük bir etkiye sahip ülkeler söz konusu olduğunda sağlanması oldukça zor olacaktır.

Bu durumun başka bir riskli sonucu ise, İHAM'ın 18. madde ihlali verdiği ülkelerin dağılımına bakıldığında da görülebilecektir: Azerbaycan, Türkiye, Rusya, Moldova, Gürcistan, Ukrayna. İHAM'ın Batı Avrupa'daki devletlerin "iyi niyetli" devletler ve Doğu Avrupa'dakilerin "kötü niyetli" devletler olarak algılanabilecek kararlar vermesi, Mahkeme'nin çifte standart izleyen bir kuruma dönüştüğü eleştirisini de beraberinde getirebilir ki bu da Mahkeme'nin yargısal işlevinin siyasallaşması riskini doğurabilir.⁴²⁵

Görüldüğü üzere, biz az sayıdaki mevcut karar üzerinden bir tablo çizmeye çalışsak da, İHAM'ın 18. maddeyle imtihanı daha yeni başlamıştır. Mahkeme'nin Sözleşme'nin 18. maddesinin uygulamasını değiştirmesi, Sözleşme'nin hazırlık çalışmalarından bu yana var oluş nedeniyle uyumlu olarak, demokratik olmayan devletlere karşı önemli bir güvence sağlaması anlamına gelecektir. Mahkeme'nin siyasi davalarda 18. maddeyi kullanmakta tereddüt etmemesi gerekmektedir, aksi, Sözleşme'nin ve Mahkeme'nin varlık nedenini (*raison d'être*) ve demokrasiyi tehlikeye düşürebileceği gibi siyasi davaları kabul etmek ve varlıklarını onaylamak anlamına bile gelebilecektir.⁴²⁶

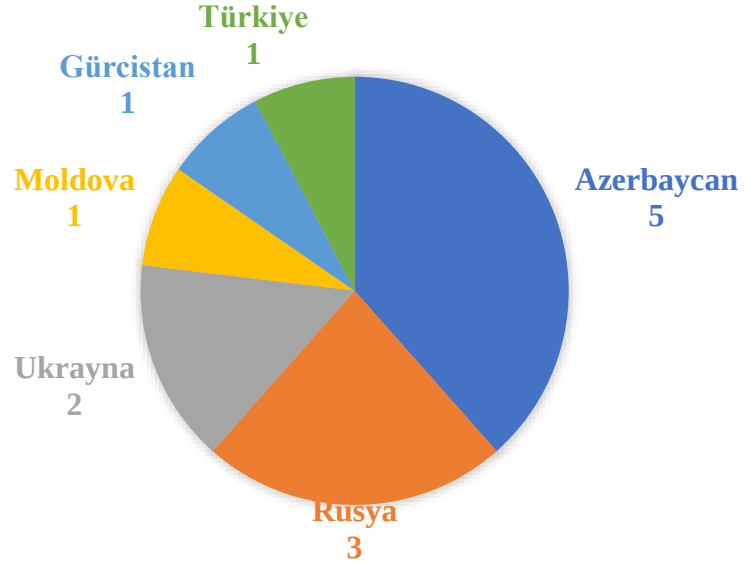
⁴²⁵ Başak Çalı, "Coping with Crisis ...", s. 271-272. Nitekim Çalı'nın aktarımına göre bu konu şimdiden Mahkeme hâkimleri tarafından eleştiri konusu haline getirilmiştir. Birleşik Krallık'a karşı verilen Animal Defenders ve Hutchinson kararlarında muhalefet şerhi yazan hâkimler "bütün taraf devletlere eşit şekilde uygulanması gereken Sözleşme'nin minimum standartlarının Birleşik Krallık'a karşı çifte standartla uygulanmasını anlamakta ciddi güçlük çekiyoruz" diyerek bunun tehlikeli sonuçları olabileceğini vurgulamıştır.

⁴²⁶ Helen Keller ve Corina Heri, **op.cit.**, s. 10; Helmut Satzger, Frank Zimmermann ve Martin Eibach, "Does Art. 18 ECHR grant protection against politically motivated criminal proceedings?" (Part 1), s. 112; Philip Leach, Strasbourg Censures Georgia over Detention of Former Prime Minister – the impact of an Article 18 violation, 2 Ağustos 2016, <https://www.ejiltalk.org/strasbourg-censures-georgia-over-detention-of-former-prime-minister-the-impact-of-an-article-18-violation/>.

EKLER

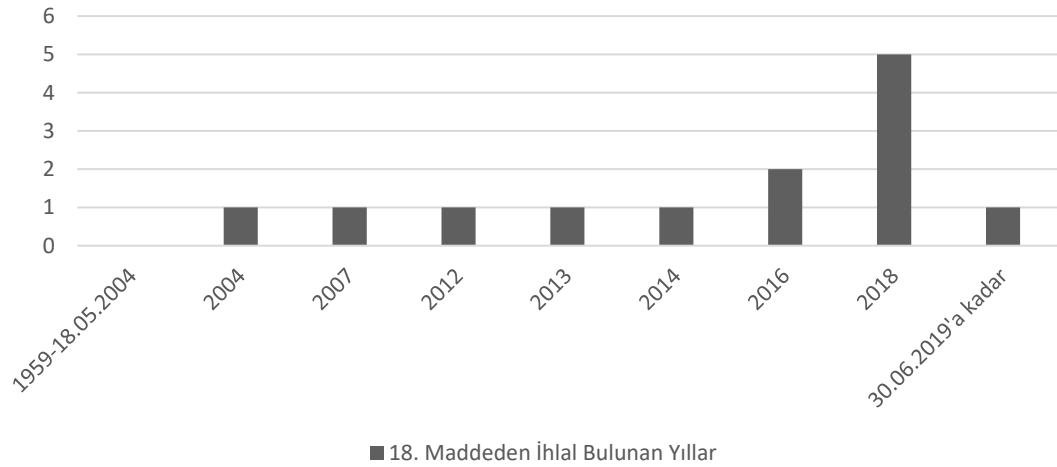
EK 1

18. Madde İhlallerinin Taraf Devletlere Göre Dağılımı ve İhlal Kararı Sayıları



EK 2

18. Madde İhlali Kararlarının Yıllara Göre Dağılımı



KAYNAKÇA

Kitaplar ve Makaleler

A. Groen, Laurence, “The Russian Judiciary and the European Court of Human Rights”, **Review of Central East European Law**, 2013, 38, 77-108.

Altıparmak, Kerem, “Kopya Davalar ve Pilot Kararlar: Bir Kararda Bin Adaletsizlik, 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı, Hayal Kırıklığı Mı?”, Yayına Hazırlayan: Kerem Altıparmak, **Ankara Barosu Yayınları**, Ankara, 2009, 60-107.

Arendt, Hannah, **Totalitarizmin Kaynakları – III: Totalitarizm**, Çev: İsmail Serin, İletişim Yayınları, 3. Baskı, 2018.

Aslan, Volkan, “Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sistemi”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:3, S:2, 2012, 261-296.

Bates, Ed, **The Evolution of the European Convention on Human Rights. From its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights**, Oxford University Press, 2010.

Bonello, Giovanni, “Evidentiary Rules of the ECHR in Proceedings Relating to Articles 2, 3 and 14: A Critique”, 2 **Inter-American and European Human Rights Journal**, 2009.

Boyar, Oya, “Hakkın ve Yetkinin Kötüye Kullanılması Yasağı”, Sibel İnçeoğlu (ed.) **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Beta Yayınları, 2013.

Buyse, Antoine, “Contested Contours: The limits of freedom of expression from an abuse of rights perspective rights perspective – Articles 10 and 17 ECHR”, E. Brems & J. Gerards (Eds.), **Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights**, Cambridge University Press, 183-208.

Cannie, Hannes/ Voorhoof, Dirk, “The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: An Added Value for Democracy and Human Rights Protection?”, **Netherlands Quarterly of Human Rights**, C. 29 S.1, 2011, s. 54–83.

Cavallaro, James L. & Brewer, Stephanie Erin, “Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: The Case of the Inter-American Court,” 102 **American Journal of International Law**, 2008, 768-827.

Cengiz, Serkan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İcrası ve Sürecin Denetlenmesi”, **Toplum ve Hukuk Dergisi**, Bahar Sayısı, 2003.

Cengiz, Serkan, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin AİHS m. 41 Kapsamındaki Hükümlerinin Mahiyeti ve Unsurları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

Černič, Jernej Letnar, “The European Court of Human Rights, Rule of Law and Socio-Economic Rights in Times of Crises, **Hague Journal on the Rule of Law**, October 2016, Volume 8, Issue 2, 227–247.

Çalı, Başak ve Bruch, Nicola, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Uygulanmasının İzlenmesi: Sivil toplum Kuruluşları İçin Bir El Kitabı**, https://ecthrproject.files.wordpress.com/2012/01/ngo_tr.pdf, Mayıs 2011.

Çalı, Başak, “Coping with Crisis: Whither the Variable Geometry in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, **Wisconsin International Law Journal**, Vol. 35, No. 2, 2018, 237-276.

Doğru, Osman, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının İç Hukuklara Etkileri”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, No. 17, Ankara, 2000.

Donald, Alice ve Speck, Anne-Katrin; “The European Court of Human Rights’ Remedial Practice and its Impact on the Execution of Judgments”, **Human Rights Law Review**, 04.02.2019.

Dulitzky, Ariel, “The Inter-American Human Rights System Fifty Years Later: Time for changes”, **Quebec Journal of International Law**, 2011, 127-164.

Duymaz, Erkan, “Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Hukukun Üstünlüğü İlkesi”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: XV, S: 2, 2018, 354- 396.

Elban, Hasan Kemal, “Avrupa Konseyi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İlişkileri”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 77, 2008, 167-190.

Erdal, Uğur ve Bakırcı, Hasan, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 3. Maddesi – Uygulama El Kitabı**, OMCT El Kitapları Dizisi, Cilt 1, Kasım 2006.

Follesdal, Andreas, “Building democracy at the Bar: the European Court of Human Rights as an agent of transitional cosmopolitanism”, **Transnational Legal Theory**, 2016 Vol. 7, No. 1, 95–113.

Ginsburg, Tom, “International Courts and Democratic Backsliding”, 21 Ekim 2018, <https://clb.ac.il/wp-content/uploads/2018/12/Ginsburg.International-Courts-and-Democratic-Backsliding.Israel.pdf>.

Gözler, Kemal, **İnsan Hakları Hukuku**, Ekin Basım Yayın, 2. Baskı, Bursa, Ekim 2018.

Gülfidan, Serkan, **İfade Özgürlüğü Hakkı Örneği Çerçevesinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Kötüye Kullanma Yasağı**, On İki Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, Şubat 2013.

H. Satzger, F. Zimmermann & M. Eibach, “Does Art. 18 ECHR Grant Protection Against Politically Motivated Criminal Proceedings? Rethinking the Interpretation of Art. 18 ECHR Against the Background of New Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, 4, **European Criminal Law Review (2014)** 2, 91-113.

H. Satzger, F. Zimmermann & M. Eibach, “Does Art. 18 ECHR Grant Protection Against Politically Motivated Criminal Proceedings?” (Part 2), Prerequisites, Questions of Evidence and Scope of Application’, 4, **European Criminal Law Review (2014)** 3, 248-264.

Harris, David J./ O'Boyle, Michael/ Bates, Ed/ Buckley, Carla/ Warbick, Colin/ Kilkelly, Ursula/ Cumper, Peter/ Arai, Yutaka/ Green, Heather, **Harris&O'Boyle & Warbick Law of the European Convention on Human Rights**, 3. Baskı, Oxford: Oxford University Press, 2014.

Huq, Aziz ve Gissburg, Tom, "How to Lose a Constitutional Democracy", **UCLA Law Review**, 2018, 78, 80-169.

İnceoğlu, Sibel, "Türkiye: AB'nin Yetkileri Karşısında Nasıl Bir Egemenlik Anlayışı", Anayasa Mahkemesi'nin 43. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyum, Ankara 28-29 Nisan 2005, **Anayasa Yargısı**, Cilt 22, Ankara 2005, s. 231-251.

İnceoğlu, Sibel; Boyar, Oya ; Tokuzlu, Lami Bertan ; Akbulut, Olgun; Arslan Öncü, Gülay ve Karan, Ulaş, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Beta Yayınları, 2013.

Kaboğlu, İbrahim Ö., **Anayasa Hukuku Dersleri – Genel Esaslar**, 3. Baskı, Legal Yayıncılık, Kasım 2006.

Kaboğlu, İbrahim Ö., **Özgürlükler Hukuku**, 6. Baskı, Ankara: İmge Kitabevi, Kasım 2002.

Karan, Ulaş, **İfade Özgürlüğü**, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 2, Avrupa Konseyi, 2. Baskı, Şubat 2019,

Karan, Ulaş, **Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası: Norm Denetimi İle Bireysel Başvuru Usulünde Verilen Kararlar Özelinde Bir İnceleme**, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, Ekim 2018.

Keller, Helen ve Heri, Corina, "Selective Criminal Proceedings and Article 18 ECHR. The European Court of Human Rights Untapped Potential to Protect Democracy", 37, **Human Rights Law Journal (2016)**, 1-10.

Kosar, David ve Sipulova, Katarina, "The Strasbourg Court Meets Abusive Constitutionalism: Baka v. Hungary and the Rule of Law", **Hague Journal on the Rule of Law**, April 2018, Volume 10, Issue 1, 83–110.

Köksal, Tuğçe Duygu, "İfade Özgürlüğüne Müdahalenin Amaç Dışı Kullanılması: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 18. Madde Uygulaması", **İfade Özgürlüğü Üzerine Makaleler – Uluslararası Kapanış Sempozyumu'na Katkı** Kitabı içinde, 281-197, 27 Mart 2017, <https://rm.coe.int/1680702284>,

Leach, Philip, **Taking a Case to the European Court of Human Rights**, 3. Baskı, Oxford/ New York: Oxford University Press, 2011.

Londras, Fiona de ve Dzehtsairou, Kanstantsin, "Mission Impossible? Addressing Non-Execution Through Infringement Proceedings In The European Court Of Human Rights", **International and Comparative Law Quarterly**, 66(2), s. 482-489.

Londras, Fiona de ve Dzehtsairou, Kanstantsin, **Great Debates on the European Convention on Human Rights**, Palgrave Macmillan, 1st Edition, April 2018.

Martínez, Manuel Casas, "Granier v. Venezuela.", **The American Journal of International Law**, vol. 110, no. 1, 2016, s. 109–115.

Müller, Jan-Werner, **Popülizm Nedir?**, Çev: Onur Yıldız, İletişim Yayınları, 2017.

Özenç, Berke, **Hukuk Devleti - Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2014.

Öztürk, Bahri; Tezcan, Durmuş; Erdem, Ruhan; Sırma, Özge; Saygılar, Yasemin F.; Alan, Esra, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Üçüncü Baskı, Ekim 2010, s. 650.

Pech, Laurent ve Scheppele, Kim Lane, “Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU”, **Cambridge Yearbook of European Legal Studies**, 2017, 19, 3-47.

Roca, Javier García, “Abuse of Fundamental Rights and Defence of Democracy (Art. 17 ECHR)”, Javier Garcia Roca & Pablo Santolaya (Eds.), **Europe of Rights: A Compendium on the European Convention of Human Rights**, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff, 2012, 503-526.

Sadurski, Wojciech, “How the Democracy Dies (in Poland) : A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding”, **Revista Forumul Judecatoritor**, 2018, 104-178.

Santolaya, P., “Limiting Restrictions on Rights. Art. 18 ECHR (A Generic Limit on Limits According to Purpose)”, P. Santolaya & J. G. Roca (eds.), **Europe of Rights: A Compendium on the European Convention on Human Rights**, 2012.

Sicilianos, Linos-Alexander, “The Involvement of the European Court of Human Rights in the Implementation of its Judgments: Recent Developments under Article 46 ECHR”, **Netherlands Quarterly of Human Rights**, 32(3), 235-262, <https://doi.org/10.1177/016934411403200303>.

Şirin, Tolga, **Özgürlük ve Güvenlik Hakkı**, Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 1, Avrupa Konseyi, Nisan 2018.

Şirin, Tolga, “Politik Amaçlı Tutuklama Yasağı: İHAS md. 18 ve Anayasa Şikâyeti”, **Güncel Hukuk**, Nisan 2016.

Şirin, Tolga, **Bireysel Başvuru Usul Hukuku**, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 7, Avrupa Konseyi, 2018.

Tan, Floris, “The Dawn of Article 18 ECHR: A Safeguard Against European Rule of Law Backsliding?”, **Goettingen Journal of International Law**, (1868-1581)) 9, 109-141.

Tanör, Bülent ve Yüzbaşıoğlu, Necmi, **1982 Anayasası’na Göre Türk Anayasa Hukuku**, Beta Yayıncılık, 7. Bası, Ekim 2005.

Van Dijk, Pieter/ Van Hoof, Fried/ Van Rijn, Arjen/ Zwaak, Leo (ed.), **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, 4. Bası, Antwerpen & Oxford: Intersentia, 2006.

Yokuş, Sevtap, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ve 1982 Anayasası’nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı**, Ankara : Yetkin Yayınları, 2002.

Zastrow, Julie-Enni, “Introductory Note To Interim Resolution CM/RESDH(2017)429: Execution of the Judgment of the European Court of Human Rights Ilgar Mammadov Against Azerbaijan (Council of Eur. Comm. of Ministers)”, **International Legal Materials**, 57(2), 359. doi:10.1017/ilm.2018.16.

BLOG Yazıları ve Haberler

“Council of Europe: Ukraine must implement ECHR judgment in Tymoshenko case”, 30 Eylül 2013, <https://www.unian.info/politics/837019-council-of-europe-ukraine-must-implement-echr-judgment-in-tymoshenko-case.html>.

Bates, Ed, “The Continued Failure to Implement Hirst v UK”, 15 Aralık 2015, <https://www.ejiltalk.org/the-continued-failure-to-implement-hirst-v-uk/#more-13906>

Budinska, Barbora, “Article 18 of the European Convention on Human Rights: a toothless tiger?”, 21 Kasım 2017, <https://leidenlawblog.nl/articles/article-18-of-the-european-convention-on-human-rights-a-toothless-tiger>

Buyse, Antoine, “First Infringement Proceedings Judgment of the European Court : Ilgar Mammadov v Azerbaijan”, 31 Mayıs 2019, <http://echrblog.blogspot.com/2019/05/first-infringement-proceedings-judgment.html>.

Chaeva, Natalia, “The Russian Constitutional Court and its Actual Control over the ECtHR Judgement in Anchugov and Gladkov”, 26 Nisan 2016, <https://www.ejiltalk.org/the-russian-constitutional-court-and-its-actual-control-over-the-ecthr-judgement-in-anchugov-and-gladko/>

Committee of Ministers’ Rules for the Supervision of the Execution of Judgments”, 1 Eylül 2017, <http://ehrac.org.uk/wp-content/uploads/2017/09/Rasul-Jafarov-Rule-9.1.-submission-to-CM-Azerbaijan-final.pdf>.

Çalı, Başak, “No Going Nuclear in Strasbourg: The Infringement Decision in Ilgar Mammadov v. Azerbaijan by the European Court of Human Rights”, 30 Mayıs 2019, <https://verfassungsblog.de/no-going-nuclear-in-strasbourg/>.

Çalı, Başak, “Will Legalism be the End of Constitutionalism in Turkey?”, 22 Haziran 2018, <https://verfassungsblog.de/will-legalism-be-the-end-of-constitutionalism-in-turkey/>

Dzehtsiarou, Kanstantsin, “How many judgments does one need to enforce a judgment? The first ever infringement proceedings at the European Court of Human Rights”, 4 Haziran 2019, <https://strasbourgobservers.com/2019/06/04/how-many-judgments-does-one-need-to-enforce-a-judgment-the-first-ever-infringement-proceedings-at-the-european-court-of-human-rights/>.

Dzehtsiarou, Kanstantsin, “Is the European Court of Human Rights capable of changing legal systems? Judgment in Aliyev v Azerbaijan?”, 25 Ekim 2018, <https://strasbourgobservers.com/2018/10/25/is-the-european-court-of-human-rights-capable-of-changing-legal-systems-judgment-in-aliyev-v-azerbaijan/>.

Dzehtsiarou, Kanstantsin, “Mammadov v. Azerbaijan: It Is about Effectiveness of the Strasbourg System”, 15 Haziran 2018,

<https://strasbourgobservers.com/2018/06/15/mammadov-v-azerbaijan-it-is-about-effectiveness-of-the-strasbourg-system/>.

EHRAC, “Rasul Jafarov v. Azerbaijan – submissions pursuant to Rule 9(1) of the Committee of Ministers’ Rules for the Supervision of the Execution of Judgments”, 1 Eylül 2017, <http://ehrac.org.uk/wp-content/uploads/2017/09/Rasul-Jafarov-Rule-9.1.-submission-to-CM-Azerbaijan-final.pdf>.

Glas, Liza R., “The Committee of Ministers goes nuclear: infringement proceedings against Azerbaijan in the case of Ilgar Mammadov”, 20 Aralık 2017, <https://strasbourgobservers.com/2017/12/20/the-committee-of-ministers-goes-nuclear-infringement-proceedings-against-azerbaijan-in-the-case-of-ilgar-mammadov/>.

Gogia, Giorgi, “Justice Not Served for Prominent Azerbaijani Activist”, 31 Mayıs 2019, <https://www.hrw.org/news/2019/05/31/justice-not-served-prominent-azerbaijani-activist>

Gürol, Senem, “Resuscitating the Turkish Constitutional Court: The ECtHR’s Alpay and Altan Judgments”, 3 Nisan 2018, <https://strasbourgobservers.com/2018/04/03/resuscitating-the-turkish-constitutional-court-the-ecthrs-alpay-and-altan-judgments/>

Heri, Corina, “Merabishvili, Mammadov and Targeted Criminal Proceedings: Recent Developments under Article 18 ECHR”, 15 Aralık 2017, <https://strasbourgobservers.com/2017/12/15/merabishvili-mammadov-and-targeted-criminal-proceedings-recent-developments-under-article-18-echr/>.

Ilgar Mammadov Briefing, 29 Mayıs 2019, <https://www.youtube.com/watch?v=l3fctIA7yeM&feature=youtu.be>

Knowles, Julian B., “Advice: Expert legal opinion on Rasul Jafarov v. Azerbaijan”, 17 Ağustos 2017, <http://ehrac.org.uk/wp-content/uploads/2017/09/Annex-1.-Expert-legal-opinion-on-Rasul-Jafarov-v-Azerbaijan-17-August-2017.pdf>.

Kotlyar, Dmytro, “The challenges of arguing Article 18 at the European Court”, Winter 2012: Issue 18, <http://www.ehrac.org.uk/wp-content/uploads/2014/10/Bulletin-18-ENG.pdf>.

Kurban, Dilek, “Think Twice before Speaking of Constitutional Review in Turkey”, 20 Şubat 2018, <https://verfassungsblog.de/think-twice-before-speaking-of-constitutional-review-in-turkey/>

Leach, Philip, “Georgia: Strasbourg’s scrutiny of the misuse of power”, 5 Aralık 2017, <https://www.opendemocracy.net/en/odr/georgia-strasbourgs-scrutiny-of-the-misuse-of-power/>.

Leach, Philip, “Strasbourg Censures Georgia over Detention of Former Prime Minister – the impact of an Article 18 violation”, 2 Ağustos 2016, <https://www.ejiltalk.org/strasbourg-censures-georgia-over-detention-of-former-prime-minister-the-impact-of-an-article-18-violation/>.

Marchuk, Iryna, “Flexing Muscles (Yet Again): The Russian Constitutional Court’s Defiance of the Authority of the ECtHR in the Yukos Case”, 13 Şubat 2017, <https://www.ejiltalk.org/flexing-muscles-yet-again-the-russian-constitutional-courts-defiance-of-the-authority-of-the-ecthr-in-the-yukos-case/>.

Molu Benan, ve Yamaner, Polat, “İHAM’ın Mammadli v. Azerbaycan kararının özet çevirisi: “Seçim usulsüzlüklerini raporladığı için bir insan hakları savunucusunu tutuklamak, insan hakları savunucularını susturma ve cezalandırma amacı taşır”, 20 Nisan 2018, <https://anayasagundemi.com/2018/04/20/ihamin-mammadli-v-azerbaycan-kararinin-ozet-cevirisi-secim-usulsuzluklerini-raporladigi-icin-bir-insan-haklari-savunucusunu-tutuklamak-insan-haklari-savunucularini-susturma-ve-cezalandirma-amac/>

Molu Benan; Yamaner, Polat ve Demir, Ramazan “İHAM’ın Aliyev v. Azerbaycan kararının özet çevirisi: “İnsan hakları avukatının çalışmaları nedeniyle tutuklanması, evinin ve ofisinin aranması susturma ve cezalandırma amaçlıdır.”, 26 Eylül 2018, <https://anayasagundemi.com/2018/09/26/ihamin-aliyev-v-azerbaycan-kararinin-ozet-cevirisi-insan-haklari-avukatinin-calismalari-nedeniyle-tutuklanmasi-evinin-ve-ofisinin-aranmasi-susturma-ve-cezalandirma-amaclidir/>

Molu, Benan, “Avrupa Konseyi, İHAM Kararlarını Uygulamayan Azerbaycan Hakkında İnceleme Başlattı”, 16 Aralık 2015, <https://anayasagundemi.com/2015/12/16/avrupa-konseyi-iham-kararlarini-uygulamayan-azerbaycan-hakkinda-inceleme-baslatti/>

Molu, Benan, “İHAM’ın Navalnyy v. Rusya (2) kararının çevirisi: “Muhalef bir siyasetçiyi, iletişim ve haberleşme imkânları kısıtlanarak, kaçma şüphesi olmadan ev hapsinde tutmak, demokrasiyi ve çoğulculuğu boğma amacı taşır.”, 31 Mart 2019, <https://anayasagundemi.com/2019/03/31/ihamin-navalnyy-v-rusya-2-kararinin-cevirisi-muhalef-bir-siyasetciyi-iletisim-ve-haberlesme-imkanlari-kisitlanarak-kacma-suphesi-olmadan-ev-hapsinde-tutmak-demokrasiyi-ve-cogulculugu-bogma/>

Molu, Benan, “İHAS’a Ek 16 Numaralı Protokol, 1 Ağustos 2018’de Yürürlüğe Girecek”, 23 Nisan 2018, <https://anayasagundemi.com/2018/04/23/ihasa-ek-16-numarali-protokol-1-agustos-2018de-yururluge-girecek/>.

Molu, Benan, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin Demirtaş Kararı Uygulanmazsa Ne Olur?” , 24 Kasım 2018, <http://bianet.org/bianet/hukuk/202909-insan-haklari-avrupa-mahkemesi-nin-demirtas-karari-uygulanmazsa-ne-olur>.

Moxham, Lucy, “Implementation of ECtHR judgments – What do the latest statistics tell us?”, 27 Temmuz 2018, <https://strasbourgobservers.com/2018/07/27/implementation-of-ecthr-judgments-what-do-the-latest-statistics-tell-us/>.

Remezaite, Ramute, “Azerbaijan: Is it Time to Invoke Infringement Proceedings for Failing to Implement Judgments of the Strasbourg Court?”, 22 Mart 2017, <https://www.ejiltalk.org/azerbaijan-is-it-time-to-invoke-infringement-proceedings-for-failing-to-implement-judgments-of-the-strasbourg-court/comment-page-1/>.

Russia withholds payments to the Council of Europe, 1 Mart 2018, <https://www.dw.com/en/russia-withholds-payments-to-the-council-of-europe/a-42792673>

Russian Law On Rejecting Human Rights Courts Violates Constitution, Experts Say, 16 Aralık 2015, <https://www.rferl.org/a/russian-law-on-rejecting-human-rights-courts-violates-constitution-experts-say/27432125.html.e-council-of-europe/a-42792673>

Simonelli, Marco Antonio, “Harassment of Human Rights Defenders: Measuring Democracy, Bad Faith and Hidden Agendas - What Role for the European Court of Human Rights?”, 9 Kasım 2018, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2018/11/harassment-of-human-rights-defenders.html>.

Smet, Stijn, “Khodorkovskiy v. Russia: European Court of Human Rights Rules “No Proof of Political Trial”, 16 Haziran 2011, <https://strasbourgobservers.com/2011/06/16/khodorkovskiy-v-russia-european-court-of-human-rights-rules-no-proof-of-political-trial/>.

Şirin, Tolga, “Askıya Alma Değil, Yükümlülük Azaltma”, 28 Temmuz 2016, <https://m.bianet.org/bianet/siyaset/177267-askiya-alma-degil-yukumluluk-azaltma-3-ay-degil-90-gun>.

Şirin, Tolga, “Is the Turkish Constitutional Complaint System on the Verge of a Crisis?”, 27 Ocak 2018, <https://verfassungsblog.de/is-the-turkish-constitutional-complaint-system-on-the-verge-of-a-crisis/>

Şirin, Tolga, “OHAL ile İlgili Bazı Tamamlayıcı Bilgiler”, 23 Temmuz 2016, <http://bianet.org/bianet/siyaset/177097-ohal-ile-ilgili-bazi-tamamlayici-bilgiler>

Yamaner, Polat, “İHAM Büyük Daire: “Rusya’nın muhalif lider Navalnyy’i katıldığı eylemler sırasında defalarca yakalayıp gözaltına alması, çoğulculuğu baskı altına alma amacı taşımaktadır.”, 28 Kasım 2018, <https://anayasagundemi.com/2018/11/28/iham-buyuk-daire-rusyanin-muhalif-lider-navalnyyi-katildigi-eylemler-sirasinda-defalarca-yakalayip-gozaltina-almasi-cogulculugu-baski-altina-alma-amaci-tasimaktadir/>

Yamaner, Polat, “İHAM’ın Rashad Hasanov ve Diğerleri Kararının Özet Çevirisi: “Sivil toplum aktivistlerinin molotof kokteyli bulundurduğu iddiasıyla tutuklanması 5. ve 18. madde ihlali”, 14 Haziran 2018, <https://anayasagundemi.com/2018/06/14/ihamin-rashad-hasanov-ve-digerleri-kararinin-ozet-cevirisi-sivil-toplum-aktivistlerinin-molotof-kokteyli-bulundurdugu-iddiasıyla-tutuklanmasi-5-ve-18-madde-ihlali/>

Zastrow, Julie-Enni ve Zimmermann, Andreas, “Council of Europe’s Committee of Ministers Starts Infringement Proceedings in Mammadov v. Azerbaijan: A Victory for the International Rule of Law?”, 5 Şubat 2018, <https://www.ejiltalk.org/council-of-europes-committee-of-ministers-starts-infringement-proceedings-inmammadov-v-azerbaijan-a-victory-for-the-international-rule-of-law/>.

Uluslararası belgeler

18. maddenin hazırlık çalışmaları:
[https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART18-CDH\(75\)11-BIL1338905.pdf](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART18-CDH(75)11-BIL1338905.pdf).

Advisory opinion OC-6/86 of the Inter-American Court of Human Rights on The Word “Laws” in Article 30 of the American Convention on Human Rights, 9 Mayıs 1986.

Annual Press Conference of the ECtHR 2016
<https://vodmanager.coe.int/cedh/webcast/cedh/2016-01-28-1/lang>

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından 19-21 Eylül 2017 tarihleri arasında düzenlenen toplantıda alınan karar,
https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=090000168074a3bd

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından 19-21 Eylül 2017 tarihleri arasında düzenlenen toplantıda alınan karar,
https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900001680749f3c

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından 25 Ekim 2017 tarihli oturumda alınan karar,
https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900001680760c7a

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından 4-6 Haziran 2019 tarihli oturumda alınan karar,
https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=090000168094c4c3

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından 5 Aralık 2017 tarihli oturumda alınan karar,
https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=090000168076f1fd

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından 8 Haziran 2016 tarihinde alınan karar,
<https://rm.coe.int/compilation-decisions-2014-2018-en-/16808e5c42>.

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi Hukuk İşleri ve İnsan Hakları Komisyonu, 10 Aralık 2015, <http://www.assembly.coe.int/Committee/JUR/2015/JUR008E.pdf>

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, “Azerbaijan’s Chairmanship of the Council of Europe: what follow-up on respect for human rights?”, Resolution 2185 (2017), 11 Ekim 2017, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=24196&lang=en>

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, Resolution 2260 (2019) Provisional version, “The worsening situation of opposition politicians in Turkey: what can be done to protect their fundamental rights in a Council of Europe member State?”, 24 Ocak 2019, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=25425&lang=en>.

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, Resolution 2260 (2019) Provisional version, “The worsening situation of opposition politicians in Turkey: what can be done to protect their fundamental rights in a Council of Europe member State?”, 24 Ocak 2019,

<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/XrefXML2HTML-EN.asp?fileid=25425&lang=en>

Avrupa Konseyi Statüsü, <https://rm.coe.int/1680306052>.

Azerbaijan on opposition politician Mammadov”, 14 Aralık 2017, <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-5951567-7605836&filename=ECHR%20to%20use%20new%20infringement%20procedure%20in%20case%20concerning%20Azerbaijan%20opposition%20politician%20for%20first%20time.pdf>

Citing Crimea, PACE Suspends Voting Rights of Russian Delegation and Excludes It From Leading Bodies, 10 Nisan 2014, <http://www.assembly.coe.int/nw/xml/News/News-View-EN.asp?newsid=4981&lang=2&cat=8>

Commissioner for Human Rights Nils Muižnieks, Memorandum on freedom of expression and media freedom in Turkey, CommDH(2017)5, 15 Şubat 2017, <https://rm.coe.int/memorandum-on-freedom-of-expression-and-media-freedom-in-turkey/16806f1ae2>.

Council Of Europe Committee of Ministers, Supervision Of The Execution Of Judgments And Decisions Of The European Court Of Human Rights, 2017, <https://rm.coe.int/annual-report-2017/16807af92b>

Directorate of the Jurisconsult and Floris Tan, “Guide on Article 18 of the European Convention on Human Rights - Limitation on use of restrictions on rights”, Council of Europe/European Court of Human Rights, 2018, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_18_ENG.pdf

ECHR, Analysis of Statistics 2018, Ocak 2019, https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2018_ENG.pdf,

Engel ve Diğerleri v. Hollanda davasında AİH Komisyon raporu: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-73424>.

Explanatory Report to Protocol No. 14, <https://rm.coe.int/16800d380f>,

Guido Raimondi, “Solemn hearing for the opening of the judicial year of the European Court of Human Rights: Opening speech by President Guido Raimondi”, 25 Ocak 2019, https://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20190125_Raimondi_JY_ENG.pdf

İlgar Mammadov v. Azerbaycan grubu davalar, Status of Execution, <http://hudoc.exec.coe.int/eng?i=004-1866>

İHAM, “New infringement procedure used for first time over 2014 judgment against Azerbaijan on opposition politician Mammadov”, 14 Aralık 2017, <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-5951567-7605836&filename=ECHR%20to%20use%20new%20infringement%20procedure%20in%20case%20concerning%20Azerbaijan%20opposition%20politician%20for%20first%20time.pdf>

İHAM, “New infringement procedure used for first time over 2014 judgment against

İHAS'a Ek 14 Numaralı Protokol, <https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/rms/0900001680083711>

Jafarov v. Azerbaycan, Status of Execution, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900001680749f54.

Kamma v. Hollanda davasında AİH Komisyon raporu: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-95625>

Komisyon, Sunday Times Newspapers Ltd ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, Başvuru no. 6538/74, Komisyon raporu: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-73577>.

Lutsenko v. Ukrayna, Status of Execution, <http://hudoc.exec.coe.int/eng?i=004-32285>

Lutshenko v. Ukrayna, Status of Execution, <http://hudoc.exec.coe.int/eng?i=004-32285>

Merabishvili v. Gürcistan, Status of Execution, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016808effbe

Navalnyy v. Rusya, Büyük Daire, Status of Execution, <http://hudoc.exec.coe.int/eng?i=004-50807>

Nils Muiznieks, Memorandum: Observations for the Joint Committee on the Draft Voting Eligibility (Prisoners) Bill, 10 Ekim 2013, <https://rm.coe.int/16806db5c2>

Nils Muiznieks, Non-implementation of the Court's judgments: our shared responsibility, , 23 Ağustos 2016, <https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/non-implementation-of-the-court-s-judgments-our-shared-responsibility>

PACE President Concern By Decision on 'Selective Implementation' of Strasbourg Ruling in Russia, 16 Aralık 2015, <http://assembly.coe.int/nw/xml/News/News-View-EN.asp?newsid=5720&cat=15>

Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Committee on Legal Affairs and Human Rights, Implementation of judgments of the European Court of Human Rights: 9th report, <http://website-pace.net/documents/19838/3115031/AS-JUR-2017-15-EN.pdf/18891586-7d6c-4297-b5f7-4077636db28e>

Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Committee on Legal Affairs and Human Rights, Implementation of judgments of the European Court of Human Rights: 9th report, <http://website-pace.net/documents/19838/3115031/AS-JUR-2017-15-EN.pdf/18891586-7d6c-4297-b5f7-4077636db28e>

Secretary General Thorbjørn Jagland: "Europe in biggest human rights crisis since Cold War", 16 Nisan 2014, https://www.coe.int/en/web/secretary-general/news-2014/-/asset_publisher/EYlBJNjXtA5U/content/selon-le-secretaire-general-thorbjorn-jagland-les-droits-de-l-homme-en-europe-connaissent-une-crise-sans-precedent-depuis-la-guerre-froide

The Committee of Ministers' Human Rights meetings <https://www.coe.int/en/web/execution/committee-of-ministers-human-rights-meetings>

The Committee of Ministers' Meetings and Events <https://www.coe.int/en/web/cm/september-2018> ve The Committee of Ministers' documents <https://www.coe.int/en/web/cm/documents>.

The Court's Priority Policy, 30 Mayıs 2017,
http://www.echr.coe.int/Documents/Priority_policy_ENG.pdf.

Thorjborn Jagland, Russia's New Law on The Constitutional Court: "A Solution Should Be Possible", 15 Aralık 2015, <http://www.coe.int/en/web/portal/-/russia-s-new-law-on-the-constitutional-court-jagland-a-solution-should-be-possible->

Tymoshenko v. Ukrayna, Status of Execution, <http://hudoc.exec.coe.int/eng?i=004-32291>

Tymoshenko v. Ukrayna, Status of Execution, <http://hudoc.exec.coe.int/eng?i=004-32291>

Venice Commission, 11 Aralık 2015,
<http://www.venice.coe.int/webforms/events/default.aspx?v=2015>

Venice Commission, Report on Rule of Law, 25-26 Mart 2011,
[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2011\)003rev-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)003rev-e).

Venice Commission, Rule of Law Checklist, 11-12 Mart 2016,
[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)007-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)007-e).

Kararlar

Anayasa Mahkemesi Kararları

Abdullah Zeydan başvurusu, Başvuru no. 2016/29875, Karar tarihi: 14.11.2018

Ahmet Hüsrev Altan başvurusu, Başvuru no. 2016/23668, Karar tarihi: 03.05.2019

Ahmet Kadri Gürsel başvurusu, Başvuru no. 2016/50978, Karar tarihi: 02.05.2019

Ahmet Şık başvurusu, Başvuru no. 2017/5375, Karar tarihi: 02.05.2019

Akın Atalay başvurusu, Başvuru no. 2016/50970, Karar tarihi: 02.05.2019

Alparslan Altan başvurusu, Başvuru no. 2016/15586, Karar tarihi: 11.01.2018

Ayhan Bilgen başvurusu, Başvuru no. 2017/5974, Karar tarihi: 21.12.2017

Aysel Tuğluk başvurusu, Başvuru no. 2017/2447, Karar tarihi: 18.07.2018

Besime Konca başvurusu, Başvuru no. 2017/5867, Karar tarihi: 03.07.2018

Burcu Özkan başvurusu, Başvuru no. 2017/28895, Karar tarihi: 25.10.2018

Çağlar Demirel başvurusu, Başvuru no. 2017/5221, Karar tarihi: 12.09.2018

E: 1985/8 K:1986/27, Karar tarihi: 26.11.1986.

Ferhat Encu başvurusu, Başvuru no. 2016/29925, Karar tarihi: 11.06.2018

Figen Yüksekdağ Şenoğlu başvurusu, Başvuru no. 2016/25187, Karar tarihi: 04.04.2018

Gülser Yıldırım başvurusu (no. 2), Başvuru no. 2016/40170, Karar tarihi: 16.11.2017

İdris Baluken başvurusu, Başvuru no. 21.03.2018

İlker Deniz Yücel başvurusu, Başvuru no. 2017/16589, Karar tarihi: 28.05.2019

Mehmet Hasan Altan başvurusu (no. 2), Başvuru no. 2016/23672, Karar tarihi: 11.01.2018

Mehmet Murat Sabuncu başvurusu, Başvuru no. 2016/50969, Karar tarihi: 02.05.2019

Meral Danış Beştaş başvurusu, Başvuru no. 2017/5845, Karar tarihi: 04.07.2018

Nazlı Ilıcak başvurusu, Başvuru no. 2016/24616, Karar tarihi: 03.06.2019

Nihat Akdoğan başvurusu, Başvuru no. 2016/29411, Karar tarihi: 23.05.2018

Nursel Aydoğan başvurusu, Başvuru no. 2016/35718, Karar tarihi: 30.10.2018

Onurhan Solmaz başvurusu, Başvuru no. 2012/1049, Karar tarihi: 26.03.2013

Önder Çelik ve Diğerleri başvurusu, Başvuru no. 2016/50971, Karar tarihi: 02.05.2019

Sebahat Tuncel başvurusu (no. 3), Başvuru no. 2017/23601, Karar tarihi: 10.10.2018

Selahattin Demirtaş başvurusu, Başvuru no. 2016/25189, Karar tarihi: 21.12.2017

Selma Irmak başvurusu, Başvuru no. 2016/32948, Karar tarihi: 07.03.2018

Yüksek Yiğitdoğan başvurusu, Başvuru no. 2015/12755, Karar tarihi: 12.06.2018

Uluslararası Adalet Divanı Kararı

The Factory at Chorzów (Almanya v. Polonya), 13 Eylül 1928,
http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1928.09.13_chorzow1.htm

İnter-Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

Constitutional Tribunal (Camba Campos et al.) v. Ekvador, Karar tarihi: 28.08.2013.

Granier ve Diğerleri (Radio Caracas Television) v. Venezuela, 22.06.2015

Supreme Court of Justice (Quintana Coello et al.) v. Ekvador, Karar tarihi: 23.08.2013,

İnsan Hakları Avrupa Komisyonu Kararları

Alman Komünist Partisi v. Almanya, [Kabul Edilemezlik Kararı], Başvuru no. 250/57, Karar tarihi: 20.07.1957.

Bozano v. İtalya, Başvuru no. 9991/82, Karar tarihi: 12.07.1984
Chester v. Birleşik Krallık, Başvuru no. 9488/81, Karar tarihi: 13.05.1985
Çakıcı v. Türkiye, Başvuru no. 23657/94, Karar tarihi: 12.03.1998
De Jong, Baljet ve Van Den Brink v. Hollanda, Başvuru no. 8805/79, Karar tarihi: 11.10.1982.
Engel ve Diğerleri v. Hollanda, Başvuru no. 5100/71, Karar tarihi: 19.07.1974
Kamma v. Hollanda, Başvuru no. 4771/71, Karar tarihi: 14.07.1974
Lithgow Et Al v. Birleşik Krallık, Başvuru no. 9006/80, Karar tarihi: 07.03.1984
McFeely ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, Başvuru no. 8317/78, Karar tarihi: 15.05.1980
X ve Y v. Hollanda, Başvuru no. 6202/73, Karar tarihi: 16.03.1975

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları

Akdivar ve Diğerleri v. Türkiye, Başvuru no. 21893/93, Karar tarihi: 16.09.1996
Al-Dulimi ve Montana Management Inc. v. İsviçre, Büyük Daire, Başvuru no. 5809/08, Karar tarihi: 21.06.2016
Aleksyev v. Rusya, Başvuru no. 4916/07, Karar tarihi: 21.10.2010
Aliyev v. Azerbaycan, Başvuru no. 68762/14, Karar tarihi: 20.09.2018
Assanidze v. Gürcistan, Başvuru no. 71503/01, Karar tarihi: 08.04.2004
Aydın Çetinkaya v. Türkiye, Başvuru no. 2082/05, Karar tarihi: 02.02.2016
Aydın Çetinkaya v. Türkiye, Başvuru no. 2082/05, Karar tarihi: 02.02.2016
Baka v. Macaristan, Büyük Daire, Başvuru no. 20261/12, Karar tarihi: 23.06.2016
Beldjoudi v. Fransa, Başvuru no. 12083/86, Karar tarihi: 26.03.1992
Beyeler v. İtalya, Başvuru no. 33202/96, Karar tarihi: 05.01.2000
Bilgin v. Türkiye, Başvuru no. 23819/94, Karar tarihi: 16.11.2000
Bozano v. İsviçre, Başvuru no. 9009/80, Karar tarihi: 12.07.1984;
Bozano v. İtalya, Başvuru no. 9990/82, Karar tarihi: 18.12.1986
C.R. v. İsviçre, Başvuru no. 40130/98, Karar tarihi: 14.10.1999.
Castells v. Spain, Başvuru no. 11798/85, Karar tarihi: 23.04.1992
Cebotari v. Moldova, Başvuru no. 35615/06, Karar tarihi: 13.11.2007
Craxi v. İtalya (no. 2), Başvuru no. 25337/94, Karar tarihi: 17.07.2003
Çakıcı v. Türkiye, Başvuru no. 23657/94, Karar tarihi: 08.07.1999

Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda v. Yunanistan, Başvuru no. 3321/67, 05.11.1969

De Becker v. Belçika, Başvuru no. 214/56, 08.01.1960

De Jong, Baljet ve Van Den Brink v. Hollanda, Başvuru no. 8805/79, Karar tarihi: 22.05.1984

De Wilde, Ooms ve Versijp v. Belçika, Başvuru no. 2832/66, Karar tarihi: 10.03.1972

Delta v. Fransa, Başvuru no. 11444/85, Karar tarihi: 19.12.1990

Demirtaş v. Türkiye (no. 2), Başvuru no. 14305/17, Karar tarihi: 20.11.2018.

Demirtaş v. Türkiye (no. 2), Başvuru no. 14305/17, Karar tarihi: 20.11.2018

Dulaş v. Türkiye, Başvuru no. 25801/194, Karar tarihi: 30.01.2001

Durisotto v. İtalya, Başvuru no. 62804/13, Karar tarihi: 06.05.2014.

Engel ve Diğerleri v. Hollanda, Başvuru no. 5100/71, Karar tarihi: 08.06.1976

Ergi v. Türkiye, Başvuru no. 23818/94, Karar tarihi: 28.07.1998

Fatullayev v. Azerbaycan, Başvuru no. 40984/07, Karar tarihi: 22.04.2010.

Frumkin v. Rusya, Başvuru no. 74568/12, Karar tarihi: 05.01.2016

Gençel v. Türkiye, Başvuru no. 53431/99, Karar tarihi: 23.10.2003

Golder v. Birleşik Krallık, Başvuru No. 4451/70, Karar tarihi: 21.02.1975

Gusinskiy v. Rusya, Başvuru no. 70276/01, Karar tarihi: 19.05.2004.

Gündem v. Türkiye, Başvuru no. 22275/93, Karar tarihi: 25.05.1998

Handyside v. Birleşik Krallık, Başvuru no. 5493/1972, Karar tarihi: 07.12.1976

Hasan Uzun v. Türkiye, Başvuru no. 10755/13, Karar tarihi: 30.04.2013

Ilaşcu ve Diğerleri v. Moldova, Başvuru no. 48787/99, Karar tarihi: 08.07.2004

İlgar Mammadov v. Azerbaycan, (46/4), Başvuru no. 15172/13, Karar tarihi: 29.05.2019.

İlgar Mammadov v. Azerbaycan, Başvuru no. 15172/13, Karar tarihi: 22.05.2014

İlgar Mammadov v. Azerbaycan, no. 2., Başvuru no. 919/15, Karar tarihi: 16.11.2017.

Incal v. Türkiye, Başvuru no. 22678/93, Karar tarihi: 09.06.1998

İletmiş v. Türkiye, başvuru no. 29871/96, Karar tarihi: 06.12.2005

Kasparov v. Rusya, Başvuru no. 53659/07, Karar tarihi: 11.10.2016

Khodorkovskiy v. Rusya, Başvuru no. 5829/04, Karar tarihi: 31.05.2011

Kıbrıs v. Türkiye, Başvuru no. 25781/94, Karar tarihi: 10.05.2001

Klass ve Diğerleri v. Almanya, Başvuru no. 5029/71, Karar tarihi: 06.09.1978

Kokkinakis v. Yunanistan, Başvuru no. 14307/88, Karar tarihi: 25.05.1993

Kurt v. Türkiye, Başvuru no. 24276/94, Karar tarihi: 25.05.1998

Laska ve Lika v. Arnavutluk, Başvuru no. 12315/04, Karar tarihi: 20.04.2010

Lehideux ve Isorni v. Fransa, Başvuru no. 24662/94, Karar tarihi: 23.09.1998.

Loizidou v. Türkiye, Büyük Daire, Başvuru no. 15318/89, Karar tarihi: 23.03.1995

Lopez Ostra v. İspanya, Başvuru no. 16798/90, Karar tarihi: 09.12.1994

Lutsenko v. Ukrayna, Başvuru no. 6492/11, Karar tarihi: 03.07.2012

Mammadli v. Azerbaycan, Başvuru no. 47145/14, Karar tarihi: 19.04.2018.

Marckx v. Belçika, Başvuru no. 6833/74, Karar tarihi: 13.06.1979

Mathieu-Mohin ve Clerfayt v. Belçika, Başvuru No. 9267/81, Karar tarihi: 02.03.1987

Merabishvili v. Gürcistan, Büyük Daire, Başvuru no. 72508/13, Karar tarihi: 28.11.2017

Nastase v. Romanya, Başvuru no. 80563/12, Karar tarihi: 18.11.2014

Navalnyy v. Rusya (No. 2), Başvuru no. 43734/14, Karar tarihi: 09.04.2019.

Navalnyy v. Rusya, Başvuru no. 101/15, Karar tarihi: 17.10.2017

Navalnyy v. Rusya, Büyük Daire, Başvuru no. 29580/12, Karar tarihi: 15.11.2018

Navalnyy ve Ofitserov v. Rusya, Başvuru no. 46632/13, Karar tarihi: 23.02.2016

Navalnyy ve Yashin v. Rusya, Başvuru no. 76204/11, Karar tarihi: 04.12.2014

Nedim Şener v. Türkiye, Başvuru no. 38270/11, Karar tarihi: 08.07.2014

Nemtsov v. Rusya, Başvuru no. 1774/11, Karar tarihi: 31.07.2014

OAQ Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Rusya, Başvuru no. 14902/04, Karar tarihi: 20.09.2011

Oferta Plus SRL v. Moldova, Başvuru no. 14385/04, Karar tarihi: 19.12.2006

Öcalan v. Türkiye [Büyük Daire], Başvuru no. 46221/99, Karar tarihi: 12.05.2005

P. ve S. v. Polonya, Başvuru no. 57375/08, Karar tarihi: 30.10.2012, para. 133

Pakdemirli v. Türkiye, Başvuru no. 35839/97, Karar tarihi: 22.02.2005

Papamichalopoulos v. Yunanistan (50. madde), Başvuru no. 14556/89, Karar tarihi: 31.10.1995

Paşaoğlu v. Türkiye, başvuru no. 8932/03, Karar tarihi: 08.07.2008

Perinçek v. İsviçre, Büyük Daire, Başvuru no. 27510/08, Karar tarihi: 15.10.2015

Quinn v. Fransa, Başvuru no. 18580/91, Karar tarihi: 22.03.1995

Rashad Hasanov ve Diğerleri v. Azerbaycan, Başvuru no. 48653/13, Karar tarihi: 07.06.2018

Rasul Jafarov v. Azerbaycan, Başvuru no. 69981/14, Karar tarihi: 17.03.2016

Refah Partisi ve Diğerleri v. Türkiye, Başvuru no. 41340/98, Karar tarihi: 31.07.2001

Refah Partisi ve Diğerleri v. Türkiye, Büyük Daire, Başvuru no. 41340/98, Karar tarihi: 13.02.2003

Roj TV A/S v. Danimarka, [Kabul Edilemezlik Kararı], Başvuru No: 24683/14, Karar Tarihi: 17.04.2018

Rüstemzade v. Azerbaycan, Başvuru no. 38239/16, Karar tarihi: 07.03.2019, para. 56-58.

S.A.S. v. Fransa, Büyük Daire, Başvuru no. 43835/11, Karar tarihi: 01.07.2014

Saadi v. Birleşik Krallık, Büyük Daire, Başvuru no. 13229/03, Karar tarihi: 29.01.2008

Selçuk ve Asker v. Türkiye, Başvuru no. 23184/94, Karar tarihi: 24.04.1998

Silver ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, Başvuru no. 5947/72, Karar tarihi: 25.03.1983.

Sosyalist Parti ve Diğerleri v. Türkiye, Başvuru no. 21237/93, Karar tarihi: 25.05.1998

Sürek ve Özdemir v. Türkiye, Başvuru no. 23927/94, Karar tarihi: 08.07.1999

Şahin Alpay v. Türkiye, Başvuru no. 16538/17, Karar tarihi: 20.03.2018.

Şener v. Türkiye, Başvuru no. 26680/95, Karar tarihi: 18.07.2000

Tahsin Acar v. Türkiye, Büyük Daire, Başvuru no. 26307/95, Karar tarihi: 08.04.2004

Tanase v. Moldova, Büyük Daire, Başvuru no. 7/08, Karar tarihi: 27.04.2010

Tanlı v. Türkiye, Başvuru no. 26129/95, Karar tarihi: 10.04.2001

Taş v. Türkiye, Başvuru no. 243396/94, Karar tarihi: 14.11.2000

Tchankotadze v. Gürcistan, Başvuru no. 15256/05, Karar tarihi: 21.06.2016

Tekçi ve Diğerleri v. Türkiye, Başvuru no. 13660/05, Karar tarihi: 10.12.2013

Tekdağ v. Türkiye, Başvuru no. 27699/95, Karar tarihi: 15.01.1994

Tekin v. Türkiye, Başvuru no. 22496/93, Karar tarihi: 09.06.1998

Tepe v. Türkiye, Başvuru no. 27244/95, Karar tarihi: 09.05.2003

Terra Woningen B.V. v. Hollanda, Başvuru no. 20641/92, Karar tarihi: 17.12.1996.

Timurtaş v. Türkiye, Başvuru no. 23531/94, Karar tarihi: 13.06.2000

Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri v. Türkiye, Büyük Daire, Başvuru no. 19392/92, Karar tarihi: 30.01.1998

Tymoshenko v. Ukrayna, Başvuru no. 49872/11, Karar tarihi: 30.04.2013

Tyrer v. Birleşik Krallık, Başvuru no. 5856/72, Karar tarihi: 25.04.1978

Vejdeland ve Diğerleri v. İsveç, Başvuru no. 1813/07, Karar tarihi: 09.02.2012

Yağcı ve Sargın v. Türkiye, Başvuru no. 16419/90, Karar tarihi: 08.06.1995

Yaşa v. Türkiye, Başvuru no. 22495/93, Karar tarihi: 02.09.98

Yöyler v. Türkiye, Başvuru no. 26973/95, Karar tarihi: 24.07.2003

Hükümet'e bildirilen başvurular

Abdul Abilov v. Azerbaycan, Başvuru no. 41105/14
Abdullayev v. Azerbaycan, Başvuru no. 74363/14
Ahmet Şık v. Türkiye, Başvuru no. 36493/17
Akhalaia v. Gürcistan, Başvuru no. 30464/13
Amirov v. Azerbaycan, Başvuru no. 55642/16
Atilla Taş ve Murat Aksoy v. Türkiye, Başvuru no. 72/17
Ayyubzade v. Azerbaycan, Başvuru no. 6180/15
Bagirov v. Azerbaycan, Başvuru no. 28198/15
Barabanov v. Rusya, Başvuru no. 5550/15
Berdzenishvili v. Rusya, Başvuru no. 14594/07
Bokin v. Rusya, Başvuru no. 30635/13
Burcu Çelik v. Türkiye, Başvuru no. 68853/17
Cişlaru ve Diğerleri v. Moldova, Başvuru no. 40799/09
Demirtaş ve Diğerleri v. Türkiye, Başvuru No. 14305/17
Democracy and Human Rights Resource Center v. Azerbaycan, Başvuru no. 74288/14
Deniz Yücel v. Türkiye, Başvuru no. 27684/17
Economic Research Center v. Azerbaycan, Başvuru no. 74254/14
Fatullayev v. Azerbaycan, Başvuru no. 32734/11
Ganbarova v. Azerbaycan, Başvuru no. 1158/17
Ghukasyan v. Ermenistan, Başvuru no. 5195/17
Gurbanlı v. Azerbaycan, Başvuru no. 52464/13
Hasanov. Azerbaycan, Başvuru no. 68035/17
Ilgar Mammadov v. Azerbaycan, Başvuru no. 919/15
Ismayilova v. Azerbaycan, Başvuru no. 30778/15
İbrahimov v. Azerbaycan, Başvuru no. 63571/16
Jafarov v. Azerbaycan, Başvuru no. 64581/16
Karimli v. Azerbaycan, Başvuru no. 76644/14
Kılıç v. Türkiye, Başvuru no. 43979/17

Korban v. Ukrayna, Başvuru no. 26744/16
Mammad Azizov v. Azerbaycan, Başvuru no. 65583/13
Mehmet Altan ve Ahmet Altan v. Türkiye, Başvuru no. 13237/17
Mukhtarlı v. Azerbaycan, Başvuru no. 39503/17
Nasirov v. Azerbaycan, Başvuru no. 981/15
Navalnyy v. Rusya, Başvuru no. 46632/13
Navalnyy v. Rusya, Başvuru no. 67894/17
Navalnyy ve Yashin v. Rusya, Başvuru no. 76204/11
Nevzlin v. Rusya, Başvuru no. 26679/08
Novruzlu v. Azerbaycan, Başvuru no. 70106/13
Omar Mammadov v. Azerbaycan, Başvuru no. 54846/14
Osman Kavala v. Türkiye, Başvuru no. 28749/18
Ovcharenko v. Ukrayna, Başvuru no. 27276/15
Podchasov v. Rusya, Başvuru no. 14856/16
Rustavi 2 Broadcasting Company LTD ve diğerleri v. Gürcistan, Başvuru no. 16812/17
Rustemzade v. Azerbaycan, Başvuru no. 38239/16
Sabuncu ve Diğerleri v. Türkiye, Başvuru no. 23199/17
Şahin Alpay v. Türkiye, Başvuru no. 16538/17
Todorova v. Bulgaristan, Başvuru no. 40072/13
Tunca Öğreten ve Mahir Kanaat v. Türkiye, Başvuru no. 42201/17
Udaltsov v. Rusya, Başvuru no. 2695/15
Ugulava v. Gürcistan, Başvuru no. 5432/15.
Voskerchyan v. Ermenistan, Başvuru no. 18945/10
Yunusova ve Yunusov v. Azerbaycan, Başvuru no. 69981/14

ÖZGEÇMİŞ

Benan Molu, 15 Nisan 1990 tarihinde Adana’da doğmuştur. 2007 yılında Adana Anadolu Lisesi’nden, 2011 yılında ise Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nden mezun olmuştur. Halen Galatasaray Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı’nda yüksek lisans öğrencisidir.

Benan Molu, aralarında Uluslararası Af Örgütü’nün de olduğu pek çok sivil toplum kuruluşunda çalışmış, Anayasa Mahkemesi’ne ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’ne (İHAM) bireysel başvuru alanında uzmanlaşmış bir insan hakları savunucusu ve avukatıdır. 2015 yılında İHAM’da staj yapan Molu, Anayasa Mahkemesi ve İHAM önünde yaşam hakkı, özgürlük ve güvenlik hakkı, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı, ifade özgürlüğü, ayrımcılık yasağı, serbest seçim hakkı ve 18. maddeyle ilgili çok sayıda önemli başvuruyu takip etmektedir.

2014 yılından bu yana Yard. Doç. Dr Serkan Köybaşı ile birlikte anayasa ve insan hakları hukuku alanında meydana gelen gelişmelere ve uluslararası kurumlar tarafından hazırlanan rapor ve el kitaplarının ve İHAM kararlarının Türkçe çevirilerine yer verdikleri Anayasa Gündemi isimli bir internet bloğu hazırlamakta olan Molu, yine Köybaşı ile birlikte 2014 yılından bu yana Türkiye’nin üniversitelerarası ilk ve tek insan hakları hukuku yarışması olan Anayasa Mahkemesi’ne varsayımsal bireysel başvuru yarışması düzenlemektedir.

2012 yılında Türkiye’de ifade ve örgütlenme özgürlüğü kapsamına girebilecek faaliyetler nedeniyle üniversitelerde öğrencilere karşı açılan disiplin soruşturmalarının insan hakları ihlalleri açısından değerlendirilmesi amacıyla Raoul Wallenberg Enstitüsü’nden insan hakları araştırma hibesi kazanan ve 2013 yılında On İki Levha Yayınları’ndan basılan “Üniversitelerde Disiplin Soruşturmaları: Öğrencilerin İfade ve Örgütlenme Özgürlüğü – AIHS Çerçevesinde Bir Değerlendirme” isimli kitabın yazarlarından biri olan Molu’nun anayasa ve insan hakları hukuku alanında yayımlanmış çok sayıda makalesi ve İHAM karar çevirisi bulunmaktadır. Molu son olarak, Ayşe Bingöl Demir ile birlikte yazdıkları “Savunma Yasak: Cezaevlerindeki Mahpusların Savunma Hakkını Ortadan Kaldıran 667 ve 676 Sayılı OHAL KHK’leri Üzerine Bir Değerlendirme” başlıklı makaleleriyle 2017 yılında avukat Halit Çelenk adına verilen Hukuk Ödülleri’nde mansiyon kazanmıştır.

Benan Molu, barolar ve sivil toplum kuruluşları ile Avrupa Konseyi tarafından yürütülen “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Sisteminin Desteklenmesi Projesi kapsamında Avukatlar İçin Eğitici Eğitimi” projesi kapsamında avukatlara ve insan hakları savunucularına uluslararası başvuru mekanizmaları, kabul edilebilirlik kriterleri ve temel hak ve özgürlükler üzerine eğitimler vermektedir.

TEZ ONAY SAYFASI

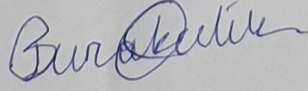
Üniversite : T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Hazırlayanın Adı Soyadı : Benan MOLU
Tez Başlığı : Siyasi Amaçlı Tutuklama Yasağı Çerçevesinde İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 18. Maddesinin Kapsamı, Uygulanması ve 18. Madde İhlali Kararlarının Sonuçları
Savunma Tarihi : 20/06/2019
Danışmanı : Doç. Dr Demirhan Burak Çelik

JÜRİ ÜYELERİ

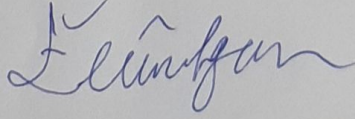
Unvanı, Adı Soyadı

İmza

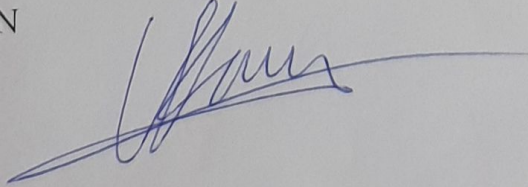
Doç. Dr Demirhan Burak ÇELİK



Doç. Dr Özen ÜLGEN ADADAĞ

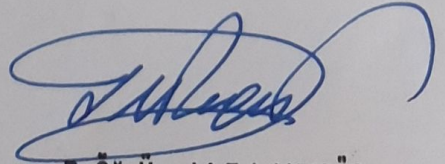
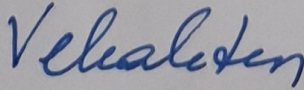


Dr Öğr. Üyesi Ulaş KARAN



Enstitü Müdürü

Prof. Dr. M. Yaman ÖZTEK



Dr. Öğr. Üyesi A. Fahri NEGÜS