

İNSAN  
HAKLARI  
OKULU  
THE SCHOOL OF HUMAN RIGHTS

# AİHM'in Demirtaş Kararının Uygulanmamasına Kılıflar: *İçeriye Farklı, Dışarıya Farklı*

Kerem Altıparmak  
&  
Başak Çalı

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

# AİHM'in Demirtaş Kararının Uygulanmamasına Kılıflar:

## *İçeriye Farklı, Dışarıya Farklı*

**Kerem Altıparmak<sup>i</sup>**

**Başak Çalı<sup>ii</sup>**

### **Giriş**

Selahattin Demirtaş (2)/Türkiye kararı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Büyük Dairesinin son zamanlarda verdiği en önemli kararlardan biri olarak kabul ediliyor<sup>1</sup>. Bu kararın önemi ve yaptığı insan hakları hukuk denetimi, Demirtaş ve Türkiye açısından yarattığı sonuçları aşan ve AİHM içtihadını, siyasi ifade özgürlüğü, kişi özgürlüğü, Sözleşme dışı gayri meşru amaçlarla insan hakların kısıtlanması, hakların kısıtlanmasının hukuksallık denetimi ve 46. madde altında bireysel tedbirlerin belirlenmesi alanlarında geliştiren ve netleştiren niteliklere sahip.<sup>2</sup> Türkiye açısından karar, hem Anayasa hukukuna, hem de ceza muhakemesi hukukuna önemli katkılar yapıyor.

Normal koşullarda, bu kararın Avrupa insan hakları hukuku, Anayasa hukuku ve ceza muhakemesi hukukuna yaptığı katkıların, öncelikle Türkiye’de hukuk, siyaset bilimi ve kamu yönetimi fakültelerinde düzenlenen akademik seminer ve toplantılarda değerlendirilmesi beklenirdi. Ancak, tam da kararda AİHM’i, Sözleşmenin 18. maddesinin ihlaline (diğer bir deyişle Sözleşmenin Sözleşme dışı amaçlarla ihlal edildiği sonucuna) götüren nedenlerle, kararın insan hakları hukuku içtihadına yaptığı katkılar Türkiye’de akademide yaygın ve ayrıntılı bir şekilde tartışılmadı. Bunun aksine, ülkenin kamuoyuna yansıyan tartışmalar,

---

<sup>i</sup> Dr., Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi Başkanı, Uluslararası Hukukçular Komisyonu Hukuk Danışmanı.

<sup>ii</sup> Uluslararası Hukuk Profesörü ve Temel Haklar Merkezi Eş Direktörü. Hertie School, Berlin, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

<sup>1</sup> AİHM içtihat analizi bakımından en önemli akademik kaynaklardan biri olarak değerlendirilen Strasbourg Observers, geleneksel olarak her yıl yaptığı yılın en iyi ve en kötü kararı oylamasında Demirtaş(2)/Türkiye kararının AİHM’in 2020 yılında verdiği en iyi kararı olarak seçildiğini duyurdu. <https://strasbourgobservers.com/2021/01/29/poll-best-and-worst-ecthr-judgment-of-2020/ö>

<sup>2</sup> Bu konuda yapılan bazı değerlendirmeler için bakınız. Başak Çalı, ‘*The Whole Is More than the Sum of its Parts: The Demirtaş v Turkey (No 2) Grand Chamber Judgment of the ECtHR*’, *VerfBlog*, 2020/12/24, <https://verfassungsblog.de/the-whole-is-more-than-the-sum-of-its-parts/>, DOI: 10.17176/20201224-172619-0.

Ezgi Yıldız, <https://strasbourgobservers.com/2021/02/05/a-judgment-to-be-reckoned-with-demirtas-v-turkey-no-2-gc-and-the-ecthrs-stand-against-autocratic-legalism/>

hem Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) 46. maddesinde hem de anayasa hukukunda AİHM kararlarının bağlayıcılığı net bir şekilde ortada iken, Türkiye'nin bu kararı neden uygulamayacağı konusuna yoğunlaştı.

Herhangi bir AİHM kararının herhangi bir Avrupa Konseyi taraf devleti tarafından uygulanmaması, kararı uygulamayan devlet tarafından AİHS'in ihlali anlamına geliyor. Hal böyle iken Demirtaş kararının neden uygulanmayacağı hakkında iç kamuoyuna ve Avrupa Konseyine yapılan açıklamalar, bir yandan AİHS ve uluslararası hukuku, bir yandan da Büyük Daire kararını çarpıtarak, AİHS'in ihlaline kılıf bulma çabası olarak karşımıza çıkıyor. Bu çabalar, hukuki ve akademik standartlardan uzak bir dille bu görüşleri dile getiriyor.<sup>3</sup> Söz konusu çarpıklık ve hatalar kamuoyunun da yanlış bilgilendirilmesine yol açıyor. Bu nedenle, hukukçu ve akademisyen olmayanların da takip edebileceği şekilde öncelikle sürekli olarak kamuoyunda dile getirilen daha sonra yargı kararlarına ve Avrupa Konseyi nezdindeki yazışmalara konu olan bu kararı uygulamama kılıflarını incelemeyi ve çürütmeyi önemli buluyoruz.

Bu çalışmada, 9 Ocak 2021 tarihinde AİHM kararlarının neden esastan bağlayıcı olduğunu ele aldığımız hukuk Çalışma Metninin<sup>4</sup> yayınlanmasının ardından AİHS'i ihlal ederek kararın uygulanmamasına kılıf bulmak için dile getirilen iki iddiayı ele alacağız.

Bu iddialardan ilki Cumhurbaşkanlığı Hukuk Politikaları Kurulu Başkanvekili ve Cumhurbaşkanı Başdanışmanı Mehmet Uçum tarafından dile getirilen AİHM'in kararlarının esastan uygulanmasının Türkiye'nin egemenliğine aykırı olacağı tezi. Uçum, bu iddiadan yola çıkarak Türkiye'nin içerik olarak kabul etmediği uluslararası yargı kararlarının iç hukukta bağlayıcılığı olmadığını, olamayacağını ve bunun aksini savunmanın Türkiye'nin egemenliğine ve derece mahkemelerinin bağımsızlığına aykırı olacağını iddia ediyor. Dahası, isim vermeden AİHM kararlarının Sözleşmenin 46. maddesi gereği taraf devletler bakımından

---

<sup>3</sup> Yapılan tüm ağır eleştirileri teker teker ele almak bu yazının amacının aşılıyor. Ancak bu yazıların bazıları çok ciddi bilgi yanlış ve eksikliğine dayanıyor. Örneğin Takvim Gazetesi'nden Zafer Şahin "AİHM'in Demirtaş Kararı ve Yalanlar" yazısında bir hukukçu arkadaşının titizlikle okuduğu kararda, AİHM'in 11 konuda başvuru aleyhine karar verdiğini yazıyor. Ancak yazıda verilen bilgilerden 22 Aralık 2020 tarihinde verilen Büyük Daire kararının değil 2018 yılında verilen Daire kararının esas alındığı anlaşılıyor. <https://www.takvim.com.tr/yazarlar/zafer-sahin/2021/01/30/aihmin-demirtas-karari-ve-yanlanlar>

<sup>4</sup> "Esastan Bağlayıcı: AİHM Büyük Daire Selahattin Demirtaş Kararı", [http://insanhaklariokulu.org/wp-content/uploads/2021/01/C%CC%A7M\\_24\\_Alt%C4%B1parmak\\_C%CC%A7al%C4%B1.pdf](http://insanhaklariokulu.org/wp-content/uploads/2021/01/C%CC%A7M_24_Alt%C4%B1parmak_C%CC%A7al%C4%B1.pdf)

esastan bağlayıcı olduğunu ifade eden hukukçuları (sanırsız öncelikle de bizi) “Türkiye karşıtı bir siyasetin ürünü” olarak niteliyor.<sup>5</sup>

Ele alacağımız ikinci iddia ise hem Selahattin Demirtaş’ın tutukluluğunun devamına karar veren Ankara 22. Ağır Ceza Mahkemesinin kararlarında<sup>6</sup>, hem de konuya ilişkin Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesine verilen resmi hükümet görüşlerinde<sup>7</sup> dile getirilen ortada uygulanabilecek bir karar olmadığı tezi. Bu teze göre, AİHM’in Demirtaş hakkında verdiği ihlal kararı 4 Kasım 2016-7 Aralık 2018 arasındaki tutukluluk süresini ilgilendiriyor. 7 Aralık 2018 sonrası tutukluluk için AİHM’in önünde devam eden bir başvuru olması da 7 Aralık 2018 sonrasında hali hazırda başka bir dava konusu olduğuna işaret ediliyor. Buna dayanarak, 7 Aralık 2018 itibarı ile ortada uygulanabilecek bir karar olmadığı, bu tarihten sonraki tutuklamanın ancak bu yeni bir başvurunun konusu olduğu, bunun yargılamasının da AİHM önünde henüz yeni başladığı dile getiriliyor.

Bu iki iddianın analizine geçmeden önce hemen vurgulayalım ki bu iki tez birbirini tamamlamıyor. İlk tez, AİHM kararlarının bağlayıcı olmadığını iddia ediyor. İkinci tez ise kararların bağlayıcı olduğun kabul etmekle birlikte, Demirtaş (2) kararının teknik nedenlerle Demirtaş’ın şu anki tutukluluk durumuna uygulanamayacağını ileri sürüyor. Biri kararın bağlayıcı diğeri ise bağlayıcı olmadığını söylediği için ortada birbiriyle çelişen iki tez söz konusu. Bu çelişkili pozisyonun asıl nedeninin iki tezin muhataplarının farklı olması olduğunu düşünüyoruz. Birinci tez, içeriye, Türkiye kamuoyuna yönelikken; ikinci tez dışarıya, Avrupa Konseyi organlarına yönelik ve dolayısıyla teknik sebepler ortaya koymaya çalışıyor. İlk tezin dili ve tonu ile ikinci tezin dili de farklılaşıyor. İlk tez daha meydan okuyan, kaynağı belirsiz kavramlara dayanan ve tümüyle keyfi bir şekilde inşa edilmişken, ikinci tez AİHM Büyük Daire kararının açıklarını yakaladığını ifade eden, buna dayanarak Avrupa Konseyi kurumlarını legalist tuzaklara düşürmeye çalışan yönetsel yaklaşımdan

---

<sup>5</sup> <https://www.haberturk.com/mehmet-ucum-milli-yargi-yetkisi-devredilemez-2940869>. Uçum yazısında tırnak içinde yazımızda geçen ifadeleri alarak, yazının hedefinin bizim yazımız olduğunu açıkça ortaya koyuyor: “Yine bu görüş sahiplerinin kamuoyuna açıkladığı gibi “AİHM ulusal hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığını tespit edemez, ulusal mahkeme kararlarını iptal edemez, hukuken geçersiz kılamaz.” deyip peşine de AİHM kararlarına kesin bağlayıcılık gücü atfetmek benzer bir tutarsızlıktır” diye ekliyor.

<sup>6</sup> Bkz. Ankara 22. Ağır Ceza Mahkemesinin 2021/6 E. Sayılı dosyaya ilişkin 07.01.2021 tensip kararı ve aynı dosyaya ilişkin verilen 05.02.2021 tarihli tutukluluğun devamına ilişkin karar.

<sup>7</sup> Communication to the Committee of Ministers of the Council of Europe in the Execution of the Judgment of Demirtaş v. Turkey (no. 14305/17), 02.02.2021, DH-DD(2021)121.

yola çıkıyor. Ne var ki, ikinci tezin de içeriye anlatımı söz konusu olduğunda ciddiyetsiz dilin yer yer teknik yöntemin yerini aldığını görebiliyoruz.<sup>8</sup>

Aşağıdaki analizin göstereceği gibi bu ikili ve birbiri ile çelişen durum, aslında Türkiye'nin AİHM kararında saptanan muhalif bir siyasi parti liderinin siyasi nedenlerle özgürlüğünden alıkonulması kararının devamını kanıtlamaktan öteye bir anlam taşıyor.

### **'Devlet egemenliği öne sürülerek, taraf olunan uluslararası mahkemenin kararlarının uygulanamayacağı' iddiası**

Bu iddia, Cumhurbaşkanlığı Hukuk Politikaları Kurulu Başkanvekili ve Cumhurbaşkanı Başdanışmanı Uçum tarafından öne sürülen bir iddia.<sup>9</sup> İddia, yetkisini iç hukuktan almayan hiçbir mahkemenin Türkiye Cumhuriyeti'ne dolayısı ile yasama, yargı ve yürütme erklerine yönelik bağlayıcı bir karar veremeyeceğini, olsa olsa bu kararların yönlendirici bir nitelik taşıyabileceğini savunuyor. Bu iddiaya göre, AİHM'in derece mahkemesinden yargılaması devam eden bir kişinin serbest bırakılmasını istemesi bu mahkemelerin yargılama sonucunda nasıl karar vereceğine müdahale sayılıyor. Böylece AİHM, iç hukuk mahkemelerinin kullandığı egemenlik yetkisine müdahale etmiş oluyor.

Bu iddianın uluslararası hukuk bakımından dayanağı olarak devletlerin egemenlik hakkı gösteriliyor. İç hukuk bakımından ise dayanak, ulusal muhakeme yasalarında yer alan yargılamanın iadesi yolu. Gerçekten de bu maddelere<sup>10</sup> bakıldığında zaman AİHM kararları nedeniyle yargılamanın iadesinin mümkün olduğunun ve fakat iade sonucunda nasıl karar alınacağını ise düzenlenmediği görülebiliyor. Örneğin, Ceza Muhakemesi Kanununun 311.

---

<sup>8</sup> Hukuk mesleğiyle ilgili hiçbir tecrübesi olmamasına rağmen bu tezi kamuoyuna sunma görevini üstlenen Abdulkadir Selvi'nin yazısı ““Demirtaş serbest bırakılsın” diye yeri göğü inleyen Kılıçdaroğlu'nun, Akşener'in, Babacan'ın, Davutoğlu'nun ve Bülent Arınç'ın kulakları çınlasın” şeklinde bitiyor. Abdulkadir Selvi, “AİHM, Demirtaş çelişkisini kendi eliyle ortaya çıkardı”, <https://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/abdulkadir-selvi/aihm-demirtas-celiskisini-kendi-eliyle-ortaya-cikardi-41727287>.

<sup>9</sup> Uçum daha önce AİHM kararlarının esastan bağlayıcı olmadığı iddiasını da dile getirmişti. Bu konudaki hukuki tahlilimiz için bakınız: Kerem Altıparmak ve Başak Çalı (2021), “Esastan Bağlayıcı: AİHM Büyük Daire Selahattin Demirtaş Kararı”, [http://insanhaklariokulu.org/wp-content/uploads/2021/01/C%CC%A7M\\_24\\_Alt%C4%B1parmak\\_C%CC%A7al%C4%B1.pdf](http://insanhaklariokulu.org/wp-content/uploads/2021/01/C%CC%A7M_24_Alt%C4%B1parmak_C%CC%A7al%C4%B1.pdf)

<sup>10</sup> Ceza Muhakemeleri Kanunu, md. 311 ve Hukuk Muhakemesi Kanunu, md. 375.

maddesi AİHM tarafından verilen ihlal kararını lehe yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak saymasına rağmen, bu karar sonrasında ne yönde karar verileceğini belirtmiyor.<sup>11</sup>

Ancak bilindiği üzere, AİHS 46. maddesi AİHM kararlarının devletler bakımından kesinlikle bağlayıcı olduğunu söylüyor. Şüphesiz bundan devletlerin yasama, yürütme ve yargı dahil tüm organları kastediliyor. Peki bu durum devlet egemenliği ve yerel mahkemelerin bağımsızlığı ilkesi ile beraber nasıl anlaşılmalıdır? Uçum'un bu konudaki cevabı şu: AİHM kararının bağlayıcılığı kabul edilirse, bu ulusal yargı makamlarının bağımsızlığını yitirmesi anlamına gelir. Hele ki kararların uygulanması yürütmeden istenirse bu hepten yargı bağımsızlığını reddetmek anlamına gelecektir.

Bu iddiaları iki farklı açıdan çürütmek mümkün: i. İddiaların uluslararası mahkemelerin kuruluş amaçları ve yargı yetkileri açısından temel mantık hataları üzerine kurulu olması sebebi ile; ii. İç hukuk kurallarının uluslararası hukuktan doğan sorumlulukların yerine getirilmemesi için bir gerekçe olarak sunulamaması sebebi ile.

#### **i) Temel mantık hataları**

Söz konusu argümanın uluslararası hukuktaki temelsizliği bir yana, bu serbest akıl yürütme bu tezi destekleyenleri aynı zamanda absürt (saçma) olarak niteleyebileceğimiz sonuçlara götürmektedir. Uçum'a göre devletler bir uluslararası sözleşmeye taraf olmakta özgürdürler. O sözleşmenin kurduğu mahkemenin yargı yetkisini de özgürce tanıyabilirler. Ancak bunun yanı sıra, uluslararası bir mahkemenin verdiği kararları uygulamayı kendi iç hukuklarını bahane ederek diledikleri gibi reddedebilme özgürlüğüne de sahiptirler. Böylece devletlerin egemenlikleri tezi ileri sürülerek taraf oldukları uluslararası mahkemelerin beğendikleri ve beğenmedikleri kararları şeklinde bir ayrıma gidilebileceği savunulmaktadır. Beğenilen kararlar uygulanabilir. Beğenilmeyen kararlar egemenliğe aykırı olacağı için uygulanmayacaktır.

---

<sup>11</sup> Anayasa Mahkemesi, usul kanunlarında belirtilen yargılamanın yenilenmesi usulü ile 6216 Sayılı gösterilen yeniden yargılama kavramının birbirinden farklı olduğunu ve AYM'nin kararında yeniden yargılamaya karar verildiğinde derece mahkemesinin yargılamayı açmak zorunda olduğu ve AYM kararı uyarınca karar vermek zorunda olduğunu belirtmektedir. Her ne kadar AİHM kararları bir yeniden yargılama değil ve fakat yargılamanın yenilenmesi sebebi olsa da nitelik açısından AİHM ve AYM kararları arasında bir fark olmadığı için aynı durumun AİHM kararları açısından da söz konusu olması gerektiği ileri sürülebilir. AYM'nin değerlendirmesi için bkz. Kadri Enis Berberoğlu (3) [GK], B. No: 2020/32949, 21/1/2021, § 97-98.

Bu mantık özünde bizi AIHM'in 46. maddesinden ve burada gösterilen AIHM kararlarının bağlayıcılığından daha soyut bir zemine, AIHS'in (ve aslında devletlerin taraf oldukları tüm uluslararası hukuk sözleşmelerinin) bir hukuk kuralı ve hukuk otoritesi olup olmadığı sorusuna götürmektedir. Eğer taraf olunan bir sözleşme, sözleşmenin taraflarını yargı yetkisi kabul edilmiş bir mahkemenin kararına rağmen bağlamıyorsa, ortada bir hukuk kuralı ve hukuk otoritesinin varlığından bahsetmek de imkansız hale gelir.

Abartılı bir örnek olması pahasına, şunu düşünelim. Bir sözleşme yapıyorsunuz, karşı taraf bu sözleşmenin gereklerine uymuyor. Siz de o kişiyi mahkemeye veriyorsunuz, davayı kazanıyorsunuz. Ne var ki kararı uygulatamıyorsunuz, çünkü davanın karşı tarafı mahkeme kararının "hiyerarşik" değil "yönlendirici" olduğunu söylüyor. Uçum'un görüşü, okuyucuya İngiliz hukukçu Austin'in 19. yüzyılda ortaya attığı uluslararası hukukun hukuk olmadığına ilişkin saptamalarını<sup>12</sup> hatırlatıyor. Bu görüşe göre uluslararası hukuk egemen bir erk tarafından yaratılmadığı ve uymayanları için ağır yaptırımları olmadığı için hukuk değildir. Uçum'un bu görüşten ne kadar etkilendiği bir yana, uluslararası hukukun Austin'den bu yana çok önemli aşamalar geçirdiği şüphesiz. 20. yüzyılda, özellikle de tam da Uçum'un iddia ettiği uluslararası hukukun iç hukuka aykırılık sebebi ile uygulanmamasının yaratacağı absürt sonuçları ortadan kaldırmak için yapılan birçok düzenleme var ve bunların bir kısmı da doğrudan konumuzla ilgili.

## **ii) İç hukuk uluslararası hukuktan kaynaklanan sorumlulukların yerine getirilmemesi için kullanılamaz**

O zaman argümanın mantık örgüsündeki hataları bir yana bırakalım ve pozitif hukuka dönelim. Bu alanda uluslararası sözleşmeler hukukunun teamül kurallarını kodifiye eden 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 27. maddesi en temel hukuk kaynağı olarak karşımıza çıkıyor. 27. madde, taraf devletlerin iç hukukunun bir sözleşmenin gereklerini yerine getirmemesinin gerekçesi olamayacağını açıkça düzenliyor.<sup>13</sup> Türkiye'nin bu sözleşmeye taraf olmaması, bu maddenin uluslararası teamül hukuku bakımından geçerli

---

<sup>12</sup> J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (ed. W.E. Rumble, 1995), s. 112, 124, 175.

<sup>13</sup> Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin tam metni için bakınız: [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtdsg3&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtdsg3&clang=_en)

kural olma özelliğini değiştirmiyor. Yine uluslararası hukukta devletlerin hukuki sorumluluklarına ilişkin teamül kurallarını kodifiye eden ve 2001 yılında yayımlanan Uluslararası Hukuk Komisyonunun Devlet Sorumluluğuna ilişkin Taslak Maddelerinin 3. maddesi de bir davranışın uluslararası hukuku ihlal edip etmeyeceğini uluslararası hukukun belirleyeceğini, iç hukukta bu davranışın “hukuka uygun” olmasının uluslararası hukuktaki niteliğini etkilemeyeceğini belirtiyor.<sup>14</sup> Bilindiği üzere, kristalleştikten sonra tüm devletleri bağlayan uluslararası teamül hukukunun dışında kalabilmek için takip edilmesi gereken yöntem bu kurallara doğuş aşamasında sürekli ve tutarlı olarak karşı çıkmak. Ancak, bu yerleşik temel kurallara dair bugüne değin sürekli ve tutarlı bir itiraz ile karşılaşmak mümkün değil.

Uluslararası hukukun uygulanmasına iç hukukun mazeret gösterilmeyeceği ile ilgili en önemli gelişmelerin ise, konunun gereği, Türkiye’nin de çok uzun yıllardır hem Avrupa Konseyi nezdinde hem de Birleşmiş Milletler nezdinde birçok sözleşmenin tarafı olduğu, uluslararası insan hakları hukukunda yer aldığı söylenebilir. Bunun önemli bir sebebi insan hakları hukukunda, hiçbir uluslararası hukuk alanında olmadığı kadar, uluslararası hukukun konusunun doğrudan iç hukukta ve iç hukukun uygulanması yolu ile gerçekleşen ihlaller olmasıdır. Nitekim insan hakları ihlal kararlarının iç hukukta yasaların, yargı kararlarının ve kamu politikasının değiştirilme yolu ile uygulanmasının ardında da bu yatmaktadır.

Uluslararası insan hakları yargı kararlarında ifade edilen görüşler, her zaman ulusal derece mahkemelerini ikna etmiyor olabilir. Ancak bu kararların uygulanmasının hukuki gerekçesi bunların beğenilmesi değil, uluslararası hukuktan kaynaklanan bir yükümlölük olması ve bu sebeple hukuk devletinin de bir gereği olmasıdır. Uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlölüğün yerine getirilmesi devletin bütün erklerini bağlar. Örneğin Nürnberg’de bir birinci derece mahkemesinin AIHM tarafından verilen Görgölü kararına direnmesini konu alan Almanya Anayasa Mahkemesinin kararında dile getirildiği gibi, derece mahkemelerinin AIHM kararına direnme hakkı yoktur.<sup>15</sup> Bu kararda Alman Anayasa Mahkemesi Almanya’nın bir insan hakları mahkemesinin yetkisi altında olmasının sonuçlarını tarif etmektedir. Bu sonuçların özellikle AIHS açısından Alman derece mahkemeleri için farklı Türk derece

---

<sup>14</sup> Draft Articles on State Responsibility, [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft\\_articles/9\\_6\\_2001.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf), BM Genel Kurul Kararı no. 56/83, 12.12. 2001

<sup>15</sup> Görgölü Başvurusu, BVerfG, 2 BvR 1481/04 (14 Ekim 2004) Paragraf 64 ve 67



mahkemeleri için farklı olması mümkün değildir. AİHM ihlal kararı çıkar çıkmaz ihlalin muhatabı tüm Avrupa Konseyi devletleri bakımından aynı hukuki sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Bunlar sırası ile ihlale konu olan hukuki tasarrufların Sözleşmeye aykırı olduğunu kabul etmek, başvuruçunun durumunu mümkün merteye ihlal öncesi durumuna getirmek, devam eden bir ihlal varsa bunu durdurmandır. Bu sonuçlara uygun davranmamak Sözleşmeye uygun davranılmadığı için yeni ihlallere yol açacaktır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi de kendi kararlarında bu saptamayı yapmış, birinci derece mahkemelerinin böyle bir ‘direnme hakkı’ olmadığını ifade etmiştir.<sup>16</sup>

Görüldüğü üzere ve çok anlaşılır bir şekilde uluslararası hukukun hukuk olabilmesi ve bu hukuk alanında geçerli olan ahde vefa (söze bağlılık) ilkesinin işleyebilmesi, taraf devletlerin kendi iç hukuklarındaki çeşitli kural ve uygulamaları göstererek sorumluluktan kaçamaması ile mümkündür.

Bu nedenle, AİHM kararlarının uygulanması ödevi elbette AİHS’e ve Mahkemenin yargı yetkisine taraf olmaktan kaynaklanmaktadır. Tam da bu nedenle, taraf devletler hem yargı denetimi sağlayan bir sözleşmeye taraf olup hem de iç hukukta uluslararası hukukun bağlayıcı olmadığını, sadece yönlendirici olduğunu ileri süremezler. Özgür iradesi ile bir Sözleşmeye taraf olan ve bir mahkemenin yargı yetkisini kabul eden devletlerin organları bu mahkeme tarafından verilen kararların gereğini yapmakla yükümlüdür.

Tüm bu nedenlerle, uluslararası hukuka uymanın yargı bağımsızlığını ihlal edeceğini, yürütmeyi yargıya müdahale zorlayacağını savunmak anlamsız bir argüman olarak karşımıza çıkmaktadır. Devletler, uluslararası hukuka uygun davranmak için kurallarını değiştirdiğinde, yargı kararlarını buna uyarladığında “egemenlik”ten vazgeçmiş olmaz. Tam tersine egemen bir süje olarak, uluslararası hukuka ilişkin verdiği sözleri tutmuş olur. Bir devlet kendi iradesi ile taraf olduğu bir uluslararası hukuk taahhüdüne uyduğunda sadece uluslararası nizama değil o iradeye de saygısını göstermiş olur. Aksinin kabulü, devletler arası ilişkilerin uluslararası hukuk çerçevesinde yürütülmesini imkansız hale getirir. Uluslararası ilişkilerde hukukun üstünlüğünün tek alternatifi, zorbalığın kabulüdür. Bu nedenle, çelişmeli yargılamanın sonucu olarak verilmiş yargı kararları için “yönlendirici bağlayıcılık” diye bir kavram mevcut değildir. Bağlayıcılık uluslararası hukukta tek türdür. O da verilen karara, yapılan yanlışı ortadan kaldıracak şekilde uymaktır.

---

<sup>16</sup> Abdullah Yaşa Başvurusu, no. 2015/12486, 5.11.2020.

AYM de yakın tarihli Enis Berberoğlu kararında, insan hakları hukukunda yönlendirici denetim diye bir kavram olmadığını tüm açıklığı ile ortaya koyarak bu iddiaya cevap vermiş görünmektedir:

“108. Anayasa Mahkemesinin Anayasa ile kendisine verilen temel hak ve özgürlükleri koruma fonksiyonunu yerine getiremediği durumlarda etkili bir yargısal mekanizma sağlanmış olamaz. Daha da önemlisi, "kesin" ve "bağlayıcı" oldukları yönündeki Anayasa'nın 153. maddesinin altıncı fıkrasının açık hükmüne rağmen kamu gücünü kullanan organların Anayasa Mahkemesi kararlarına uymamaları, bu organların kararlarının anayasal meşruiyetine gölge düşürdüğü gibi demokratik bir hukuk devletinde anayasa yargısının temel amacı olan ve kamu gücünü kullanan tüm aktörlerin anayasada belirtilen ilke ve normlara göre hareket etmesini ifade eden anayasanın üstünlüğü ilkesini de işlevsiz hâle getirir.

109. İşte bu hayati nedenlerle Anayasa, Anayasa Mahkemesini diğer bazı anayasal veya yasal kurumlardan farklı olarak **istişari nitelikte görüş bildiren bir organ olarak düzenlenmemiştir**. Anayasa Mahkemesi kararları kamu gücünü kullanan organlar ve mahkemelerce istenildiğinde dikkate alınabilecek tavsiye veya temenni mahiyetinde kararlar olmadığından bu kararların bağlayıcılığı Anayasa'da özel olarak düzenlenmiştir”.<sup>17</sup>

### **‘Kararın Zaten Uygulandığı, Mevcut Hukuki Durumun AİHM Kararının Konusu Olmadığı’ İddiası**

AİHM kararının yayınlanması sonrasında hükümet adına konuşan Cumhurbaşkanı ve diğer üst düzey siyasetçiler ayrıntısını vermeden yukarıdaki “bağlayıcı olmama” tezini dile getirdiler. Ne var ki AİHM kararlarının uygulanmasından sorumlu olan Bakanlar Komitesi'nin önüne bu tezle çıkmanın çok sorunlu olacağı açıktır. Bu nedenle, yukarıda ele aldığımız Türkiye kamuoyuna yönelik, beğenilmeyen kararın egemenliğe aykırı olacağı iddiasının resmi metinlerde ve yargı kararlarında hiç dile getirilmediğini gözlemliyoruz. Tam aksine ve esasen Avrupa Konseyi organlarını hedef alan ikinci teknik bir tez 2021 Ocak ayının sonundan itibaren daha güçlü bir şekilde dile getirilmeye başlandı. Bu ikinci iddia, Demirtaş'ın mevcut tutukluluğuna uygulanacak bir karar olmadığına dayanmakta, böylece

---

<sup>17</sup> Kadri Enis Berberoğlu (3) [GK], B. No: 2020/32949, 21/1/2021.

okuyucusunu ‘biz kararı zaten uyguladık ve Demirtaş’ı ilk tutukluluğundan tahliye ettik, şu anki tutuklama ayrı başvurunun konusu’ sonucuna götürmekte ve ilk iddia ile de temel çelişki içine düşmektedir.

Bilindiği gibi Türkiye bu tezi ilk kez Demirtaş kararıyla ilgili olarak ileri sürmüyor. Daha önce ve halen devam eden bir şekilde Osman Kavala/Türkiye kararının uygulanmamasının gerekçesi olarak da hükümet Osman Kavala hakkında verilen AİHM kararının, Kavala’nın tahliyesi ile uygulandığını, şu anki tutukluluk halinin ise ayrı bir suçlamaya dayandığı tezini ileri sürmüştü.<sup>18</sup>

İşte bu teze benzer bir şekilde Demirtaş (2) kararına ilişkin olarak da, Uçum’un yukarıdaki iddialarının tam aksine, Selahattin Demirtaş’ın tutukluluğunun devamına karar veren Ankara 22. Ağır Ceza Mahkemesi, iddianame sonrasında verdiği tensip kararında önce “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 46. maddesine göre sözleşmeye taraf devletler AİHM kararlarına uymaya mecburdur. Anayasanın 90. maddesinde milletlerarası anlaşmaları uygun bulma düzenlenmiştir” saptamasını yapmıştır. Ancak Mahkeme devamla “AİHM başvuru hakkında yukarıda belirtilen inceleme konusu tutukluluğu ile ilgili karardan sonra başvurunun 20 Eylül 2019 tarihinde hükmedilen ve halen devam eden ikinci tutukluluğu (Mahkememiz dosyasındaki tutuklanması) değil 4 Kasım 2016’dan 7 Aralık 2018’e kadar devam eden tutukluluğunun, ilk tutukluluğunun inceleme konusu olduğunu belirtmiştir. Söz konusu mahkememizdeki tutuklulukla ilgili Anayasa Mahkemesine yapılan başvuru halen derdesttir. Dolayısıyla mahkememiz dosyasında mevcut olan tutuklulukla ilgili herhangi bir inceleme yapılmamış olduğundan ve bu durum da AİHM tarafından teyit edildiğinden bahsi geçen kararın mahkememiz yönünden bağlayıcılığı bulunmamaktadır” diyerek kararın somut dava açısından bağlayıcı olmadığı sonucuna ulaşmıştır, demektedir.<sup>19</sup>

Hükümet, Bakanlar Komitesi’ne sunduğu Demirtaş kararının uygulanmasına ilişkin görüşünde de Büyük Daire kararının kapsamının 7 Aralık 2018 tarihinde başvurunun

---

<sup>18</sup> Hükümet bu tezi Osman Kavala hakkında verilen Daire kararından hemen sonra dile getirmiştir. Bakanlar Komitesinin ısrarla bu tutumun Sözleşmenin ihlalinin devamı anlamına geldiğini belirtmesine rağmen, hükümet pozisyonunda ısrar etmektedir. Hükümetin eylem planı için bkz.: Action Plan, Kavala v. Turkey (no. 28749/18), DH-DD(2021)81, 19.1.2021. Bakanlar Komitesinin, hükümetin pozisyonunu kabul etmediği ve Kavala’nın derhal serbest bırakılması talebini tekrar ettiği son kararı için bkz.: 1398th meeting, 9-11 March 2021 (DH), CM/Del/Dec(2021)1398/H46-33, 21.3.2021.

<sup>19</sup> Ankara 22. Ağır Ceza Mahkemesinin 2021/6 E. Sayılı dosyaya ilişkin 07.01.2021 tensip kararı. Aynı iddia aynı Mahkemesinin 05.02.2021 tarihli tutukluluğun devamına ilişkin kararda da tekrar edilmektedir.

İstanbul 26. Ağır Ceza Mahkemesinin hakkında verdiği kararının infazının başlaması ile sona erdiğini belirtmektedir.<sup>20</sup> Bu görüşe göre, başvurusunun 2 Mart 2020 tarihinde yaptığı ve halen Ankara 22. Ağır Ceza Mahkemesinde devam eden davaya ilişkin tutuklamasının Sözleşmeye aykırılığını ileri süren başvuru AİHM Büyük Daire kararının kapsamının dışındadır. Bu başvuruda, taraflardan 20 Eylül 2019'dan bugüne devam eden tutuklamaya ilişkin görüşleri istenmektedir. Bu durumda, başvuru hakkında birbirinden bağımsız iki tutuklama vardır ve AİHM Büyük Daire kararı ikinci tutuklamaya uygulanamaz.<sup>21</sup>

Hükümetin diplomatik sınırlar içinde ifade ettiği bu teknik tez, AİHS ve AİHM'le ilgili hiçbir uzmanlığı olmayan, hatta hukukçu bile olmayan Albülkadir Selvi'nin 29 Ocak 2021 günü yayımlanan ve yayım tarihinde henüz kamuoyu ile paylaşılmamış resmi belgelere dayanan "AİHM, Demirtaş çelişmesini kendi eliyle ortaya çıkardı" yazısında<sup>22</sup> da ele alınmıştır. Yazının bu belgenin AİHM sitesinde yayınlanmasından tam dört gün önce kaleme alınmış olması<sup>23</sup> bu belgenin Adalet Bakanlığı tarafından Selvi'ye sızdırıldığı fikrini vermektedir. Selvi'nin makalesinde bu tez, çok daha sert bir dille ifade edilmektedir. Yazıda "karar bağlayıcı olsa bile başvurusunun 7 Aralık 2108'e kadarki tutukluluğu için geçerlidir, bundan sonrası için yeni bir hukuki süreç vardır ve henüz o süreç iç hukukta bitmediği için AİHM bu konuda karar veremez" iddiası işlenmektedir.

Görüldüğü gibi hükümet kararı uygulamamak için içeriye başka, dışarıya başka tez sunmakta, dışarıya sunduğu tezi içeriye aktarırken de dilini ve yöntemini değiştirmektedir.

Ne var ki, ikinci tez daha teknik detaylara dayanmakla birlikte ilkinden daha tutarlı değildir. Nitekim, AİHM kararlarının icrasını denetleyen Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 9-11 Mart 2021 tarihinde yaptığı toplantı sonrası yayınladığı kararda hükümetin "AİHM kararının 7 Aralık 2018'e kadarki tutuklama için geçerli olduğu ve mevcut tutuklamanın dayandığı olayların ilk tutuklamadan farklı olduğu" tezini not etmekle birlikte, bu iddiaların zaten

---

<sup>20</sup> Communication to the Committee of Ministers of the Council of Europe in the Execution of the Judgment of Demirtaş v. Turkey (no. 14305/17), 02.02.2021, DH-DD(2021)121, para. 24.

<sup>21</sup> Aynı yerde, para. 59-62.

<sup>22</sup> <https://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/abdulkadir-selvi/aihm-demirtas-celiskisini-kendi-eliyle-ortaya-cikardi-41727287>

<sup>23</sup> AİHM, başvuruları önce taraflara bildirip, bildirimden 2 hafta sonra da kendi sayfasında bu bildirim kamuoyuna duyuruyor. AİHM, Demirtaş'ın son başvurusunu (no. 13609/20) hükümete 15 Ocak 2021'de bildirmiş, bildirim ise Mahkemenin sayfasında 1 Şubat 2021'de duyurulmuş. Bu durumda, Selvi'nin bu bildirim Mahkemenin sayfasından duyması mümkün gözüküyor, çünkü onun yazısının tarihi 29 Ocak 2021. Mahkemenin bildirim için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-207937>

Mahkeme tarafından incelendiği ve reddedildiğini belirterek, başvuruçunun derhal tahliye edilmesi talebini bir kez daha dile getirmiştir.<sup>24</sup>

Biz bu iddiayı da iki ayrı başlık altında incelemenin mümkün olduğunu değerlendiriyoruz: i. Mahkemenin mevcut tutuklamaya ilişkin yaptığı değerlendirmenin 5. madde değil, 18. madde kapsamında yapılmış olması; ii. Devam eden ihlal davalarında AİHM'in ihlalin devamıyla ilgili durumu yeni bir vaka, yeni bir mağduriyet tipi olarak değerlendirmesine ilişkin içtihat.

### **i) Mahkemenin Mevcut Tutuklamaya İlişkin Yaptığı Değerlendirmenin 5. madde Değil 18. madde Kapsamında Yapılmış Olması**

Büyük Dairenin Demirtaş kararı Sözleşmenin birçok madde açısından ihlalini tespit etmektedir. AİHM'e göre başvuruçunun 5, 10, Protokol 1 madde 3, ve 5. madde ile beraber 18. maddede korunan hakları ihlal edilmiştir. Demirtaş kararının uygulanması tüm bu maddeler açısından ihale sebep olan tasarrufların mümkün mertebe ortadan kaldırılmasını gerektirmektedir.

Mahkeme 5. madde ihlaline ilişkin değerlendirmesinde, öncelikle olaya uygulanacak süreyi saptamıştır. 5. maddenin 1. fıkrasının (c) bendi, hüküm öncesi tutukluluğa ilişkindir. Kişi ilk derece mahkemesinde mahkum olduktan sonrası, statüsü 5 (1) (c) değil, "kişinin, yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş mahkûmiyet kararı sonrasında yasaya uygun olarak tutulması"nı düzenleyen 5 (1) (a) hükmü kapsamına girmektedir.

Demirtaş'ın durumu, normal bir ceza davasından farklıdır. Demirtaş birden fazla davada yargılandığı için süreç boyunca tek bir nedenle tutuklu kalmamıştır. AİHM önündeki başvuru, başvuruçunun 4 Kasım 2016 tarihinde Diyarbakır Sulh Ceza Hakimliği tarafından tutuklandığı ceza soruşturmasına ilişkindir. Demirtaş, tutuklu iken 7 Aralık 2018'de İstanbul Ağır Ceza Mahkemesinde devam eden terör örgütü propagandası dosyasından mahkum olarak başka bir yargılamadan dolayı hükümlü haline gelmiştir. Bu gelişmeler ışığında, Mahkeme yalnızca AİHM 5. maddenin 1. fıkrasının (c) bendinin ihlal edilip edilmediğini ele aldığı, bir başka deyişle başvuruçunun tutuklanmasına ilişkin makul suç şüphesi bulunup bulunmadığına

---

<sup>24</sup> 1398 meeting, 9-11 March 2021 (DH), H46-40 Selahattin Demirtaş v. Turkey (No. 2) (Application No. 14305/17), CM/Del/Dec(2021)1398/H46-40, 11 March 2021.

ilişkin, karar kısmında, 4 Kasım 2016-7 Aralık 2018 arasındaki süre dilimini dikkate alacağını söylemektedir.

7 Aralık 2018 sonrasında başvuru tabii olduğu hukuki rejim tutukluluk sebebi ile alıkonmadan hükümlülük sebebi ile alıkonma olarak değiştiği için, 5. maddenin 1. ve 3. fıkraları açısından tutukluluğun makul şüpheye dayanıp dayanmadığının 7 Aralık 2018 tarihine kadar geçen süre açısından değerlendirilmesi makuldür. Mahkeme bu tarihler arasında Demirtaş'ın tutukluluğu için makul bir şüphe olmadığını ve tutukluluk sebeplerinin Demirtaş'ın siyasi ifadelerinden kaynaklandığını tespit etmektedir. Buna ek olarak bu süre için Mahkeme, yapılan tüm tutukluluğun devamı değerlendirmelerinin de 5. maddenin 3. fıkrasına aykırı olduğunu söylemektedir.<sup>25</sup>

Bununla birlikte, kararda başvuru özgürlüğünden mahrum bırakılmasının hukuka uygunluğunu denetlediği tek bölüm 5. madde değildir Mahkeme, 5. maddenin 18. madde ile beraber ihlal edilip edilmediğini ayrı olarak incelemiştir. Mahkemenin 5. madde ile birlikte 18. madde ihlalini bulma sebepleri salt 5. madde ihlali bulma sebeplerinden farklıdır. 5. madde altındaki denetim objektif bir gözlemciyi ikna edecek makul bir şüphe ve tutuklama sebebi olup olmadığını ve bunun mahkemelerce devamlı olarak incelenip incelenemediğini ele alırken, 5. madde ile birlikte 18. madde incelemesi, başvuru tutukluluğunun en başından kararın verildiği güne karar, diğer bir deyişle 4 Kasım 2016-22 Aralık 2020 arasında, Sözleşme dışı gayri meşru bir sebep nedeniyle özgürlüğünden mahrum edilip edilmediği sorusunu yanıtlamaktadır. Gerçekten de bir tutuklama ne kadar keyfi bir nedenle yapılırsa yapılsın, AİHM'in 5. maddenin ihlalinin bulunduğu karar vermesi tek başına 18. maddenin de ihlal edildiği anlamına gelmez.<sup>26</sup>

Öte yandan, 5. maddeyi ihlal etmeyen bir tutuklama 18. maddeyi yine de ihlal edebilir. Sözleşmede korunan hakların, Sözleşmede öngörülmemiş nedenlerle sınırlandırılmasını düzenleyen 18. madde Sözleşmedeki haklardan bağımsız bir şekilde uygulanamaz. Bir başka deyişle, 18. maddenin uygulanması için bir hakkın ihlal edildiği iddia edilmeli ayrıca bu hakkın ihlaline Sözleşme dışı bir amacın yol açtığı gösterilmelidir. Bu nedenle, tümüyle usulüne uygun olarak gerçekleşen bir tutuklamanın gizli bir siyasi amacı varsa ve bu amaç

---

<sup>25</sup> Demirtaş (2)/Türkiye, para. 285-297.

<sup>26</sup> Navalnyy, para. 166.

kişinin tutuklanmasında ağır basıyorsa, 5. maddeye tek başına aykırı olmayan bir tutuklama yine de 18. maddeyi ihlal edebilir.<sup>27</sup>

Bu anlatılanların doğal sonucu olarak 5. madde incelemesi ile 5+18. madde incelemesi süre bakımından aynı değildir. Eğer öyle olsaydı, AİHM 5. madde incelemesi sonrasında ayrıca bir de 18. madde incelemesi yapmaz ve çok çok istisnai bazı durumlarda da bu maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşmazdı.

Bu değerlendirmeyi yaparken dikkate alınan deliller de mahkemelerin 5. maddeyi keyfi olarak uygulayıp uygulamadığını değerlendiren delillerden farklıdır. 5. maddeye ilişkin deliller, yargılamada tutuklama için makul şüphenin ve tutuklama sebeplerinin bulunup bulunmadığı ve kısıtlamanın ölçülü olup olmadığıyla sınırlıdır. 5. maddenin 18. madde ile birlikte değerlendirilmesinde ise saptanmaya çalışılan konu Sözleşme dışı “gizli bir amacın” olup olmadığı olduğu için incelenen deliller de farklılaşmaktadır. Bu deliller, tutuklamanın arka planına dair gelişmeleri ve taraf devletlerin uygulamalarında davayı da etkileyecek genel insan hakları durumunu ele alan deliller olarak ikiye ayrılmaktadır.

Demirtaş kararında verilen 5 ve 18. madde ihlalini de bu delil değerlendirmesi ışığında okumak gerekir. Kararın bu bölümü incelendiğinde görüleceği üzere, Mahkeme artık 5. madde bağlamında incelediği meseleleri burada incelememektedir. Bu nedenle, 18. madde incelemesinin konusu başvuruçunun bir konuşmasının suç olup oluşturmayacağı değildir. Başvuruçunun bu başlık altındaki iddiası da keyfi bir şekilde tutuklanması değildir. Başvuruçunun, özgürlüğünden alıkonulmasının asıl sebebinin yürüttüğü muhalefet olduğunu, kendisinin susturulmak için tutuklandığını ileri sürmektedir. AİHM, bu iddianın doğru olup olmadığını saptarken, sadece Demirtaş’ın tutuklanmasını değil ama HDP’ye yönelik operasyonları ayrıntılı bir şekilde incelemiştir.

Bu bilgiler şöyledir: i. çözüm süreci bitene ve HDP 7 Haziran 2015 seçimlerinde AKP’nin tek başına iktidarını bitirene kadar başvuruçunun özgürlüğünden mahrum kalma riski söz konusu değildir (para. 426); ii. Her ne kadar Anayasa değişikliği tüm partilere eşit davranıyormuş gözükse bile 59 HDP’li vekilin 55’inin dokunulmazlığı kaldırılmışken hükümet AKP’li ve MHP’li bir tek vekil hakkında bile karar örneği sunamamıştır, değişikliğin muhalif milletvekillerini hedef aldığı açıktır (para. 427), iii. HDP’li başka vekiller ve belediye

---

<sup>27</sup> Merabishvili/Gürcistan, (BD) no. 72508/13, para 271 ve 375.

başkanları salt konuşmaları nedeniyle ceza yargılamalarına tabi olmuştur. Bu siyasi amacı tarafsız gözlemciler de teyit etmektedir (para. 428), iv. Başvurucu referandum ve genel seçim öncesinde tutuklanmıştır, (para. 429-431), v. Başvurucunun yeniden tutuklu hale dönmesine ilişkin suçlamalar ile Ankara 19. Ağır Ceza Mahkemesinde devam eden davadaki suçlamalar örtüşmektedir. Üstelik sonraki tutuklama kararı ile Cumhurbaşkanının konuşmaları arasında açık bir zamansal ilişki bulunmaktadır (para. 432-33), vi. Türkiye’de yargının bağımsızlığına ve özellikle HSK’nin yeni yapısına ilişkin özellikle Venedik Komisyonu tarafından dile getirilen hususlar göz ardı edilemez. (para. 434)

Görüldüğü gibi, AİHM kararında sadece başvurunun tutukluluk durumuna has olayları değil, bununla beraber bağlamsal delilleri de dikkate almıştır. 5. madde açısından AİHM sadece başvurunun 7 Aralık 2018 tarihine kadarki tutuklanmasıyla ilgili gelişmeleri dikkate alırken, 18. madde bakımından bu delil değerlendirmesi hem 4 Kasım 2016 öncesini hem de 7 Aralık 2018 sonrasını kapsamaktadır.

Mahkeme, bu delil bütünlüğü sebebi ile 5 ve 18 madde altındaki değerlendirmesinde başvurunun durumunu içtihatla ilk kez kullanılan bir tabirle ‘yeniden tutuklu hale dönmek’ (*return to pre-trial detention/remise en détention provisoire*)<sup>28</sup> olarak nitelemiş ve yine bu sebeple Sözleşmenin 46. maddesi altında kararın uygulaması (buradan kastedilen 5. madde ihlali değil tüm ihlallerdir elbette) için Demirtaş’ın serbest bırakılması gerektiğini söylemiştir. Mahkemenin içtihadında ilk defa kullanılan tutukluluğa geri dönme kavramı daha sonra Atilla Taş/Türkiye başvurusunda da Daire tarafından başvurunun iki farklı tutuklamasının aslında tek bir tutuklama niteliğinde olduğu belirtmek için tekrar kullanılmıştır.<sup>29</sup> Dolayısıyla, Demirtaş’ın 18. madde açısından bakıldığında, birbirinden ayrı birkaç tutuklamanın değil, aslında tek bir tutuklamanın mağduru olduğu tespit edilmektedir. Gerçekten de başvuru, 4 Kasım 2016’da Sözleşme dışı amaçlarla tutuklanmış ve bu tutuklama AİHM’in karar verdiği tarih olan 22 Aralık 2020’ye kadar kesintisiz devam etmiştir. 22 Aralık 2020’den itibaren de karar uygulanmadığı ve benzer sebepler devam ettiği için 5. maddenin 18. madde ile beraber ihlali devam etmektedir.

---

<sup>28</sup> Kararın Bakanlık tarafından yapılan gayriresmi çevirisinde “yeniden tutuklanma”, “tekrar tutuklanma” gibi kavramlar kullanılmaktaysa da bu ifade resmi dillerdeki ifadenin karşılığı değildir. Mahkeme “return to pre-trial detention” kavramını ilk kez kullanmaktadır ve bu ifade tutuklamanın bir ve tek olduğunu ifade etmek amacıyla seçilmiştir.

<sup>29</sup> Atilla Taş/Türkiye, no. 712/17, 19.1.2021, para. 33-34.



Yukarıda yaptığımız bu saptama sadece didaktik veya teorik bir saptama da değildir. Saptamanın önemli pratik sonuçları bulunmaktadır. AİHM sadece bir kişinin haksız bir şekilde tutuklanmasını karara bağladığında, bu kararın infazı için o tutukluluğu sona erdirmek ve doğan zararın parasal karşılığını ödemek yeterli olacaktır. Bununla birlikte, eğer 18. maddenin 5. maddeden ayrı bir anlamı olacaksa, 18. madde ihlali bulunan davalarda bu yeterli olmayacaktır. 18. madde uyarınca AİHM, haksız tutuklama ötesinde bir hususa dair karar vermektedir: Kişinin sözleşme dışı gizli amaçlarla (genellikle siyasi sebepler ile) özgürlüğünden mahrum bırakıldığına. Peki kararın bu kısmı nasıl infaz edilecektir? **Kişinin, sözleşme dışı amaçlarla alıkonulmasına son vererek.**

Hükümet, hem Kavala hem de Demirtaş davalarında başvuruçuların tutukluluğunu parçalara bölerek, AİHM'in karar verdiği bölüm açısından tutukluluğu sona erdirip, aynı amaçla ve fakat başka bir suç kılıfı altında tutukluluğu devam ettirebileceğini ve bu şekilde kararı infaz etmiş sayılması gerektiğini ileri sürmektedir. Ya da bir başka deyişle, hükümete göre, AİHM hep geçmişe ilişkin karar vereceği için, bir kişiyi hiç mahkum etmeden ömür boyu, aynı kötü niyetli amaçla ve sınırsız suç bahane ederek özgürlüğünden mahrum bırakmak mümkündür. Hükümet, AİHM her karar verdiği zaman dilimi açısından kararı uygulayacak ancak yeni kararlarla aynı sözleşme dışı amacı sürdürebilecek ve bu sayede siyasi amaçlarla bir kişiyi sınırsız süre tutuklu tutabilecektir.

AİHM, Sözleşmeyi Uluslararası Adalet Divanının da uluslararası teamül hukukunun bir yansıması olarak gördüğü<sup>30</sup> Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin (VAHS) 31. ila 33. maddelerinde gösterilen yorum ilkelerine göre yorumlamaktadır. VAHS'in 31. maddesine göre "Bir antlaşma, hükümlerine antlaşmanın bütünü içinde ve konu ve amacının ışığında verilecek alelade manaya uygun şekilde iyi niyetle yorumlanır". Bir insan hakları sözleşmesi olan AİHS'in bu kural uyarınca konusu ve amacının özellikle dikkate alınması gerektiği açıktır.<sup>31</sup> AİHM, Sözleşmenin konusu ve amacını dikkate alarak etkili yorum ilkesini geliştirmiştir. Bu ilkeye göre, Sözleşme pratik ve etkili bir şekilde yorumlanmalıdır, kağıt üstünde ve teorik kalmamalıdır.<sup>32</sup>

Konusu ve amacı insan haklarını korumak olan bir Sözleşmenin, AİHM'in siyasi amaçlarla gerçekleştiğini tespit ettiği bir tutuklamayı devam ettirecek şekilde yorumlanmasının etkili

---

<sup>30</sup> Arbitral Award of 31 July 1989, ICJ Rep. 1991, 53 at 70.

<sup>31</sup> Rantsev/Kıbrıs ve Rusya (2010), no. 25965/04, paragraph 273.

<sup>32</sup> Demir ve Baykara/Türkiye [BD] (2008) no. 34503/97, para. 65–66.

yorum ilkesine aykırı olacağı açıktır. Bu nedenle, Sözleşmeyi etkili yorumlamanın doğal ve zorunlu sonucu, 18. madde ihlali bulunan davalarda 18. madde ihlalinin giderilmesine ilişkin karar uygulama pratiğini 5. maddeye ilişkin bölümle sınırlandırmamak ve Sözleşme dışı amaçla gerçekleştirilen sınırlandırmayı sonlandırmaktır. AİHM'in açıkça saptadığı gibi Demirtaş siyasi amaçlarla tutuklanmış ve bu tutukluluğu da halen siyasi amaçlarla devam etmektedir. Bu kararı uygulamanın tek yolu, bu siyasi alıkonma sürecini sonlandırmaktır.

Bu değerlendirmeden de anlaşılacağı üzere, Mahkemenin 5. ve 18. madde altında verdiği ihlalin zaman bakımından kapsadığı alan 4 Kasım 2016'da başlayan ve Demirtaş'ın Sözleşme dışı sebeplerle tutuklu kalmasına devam ettiği süreyi kapsayan bir zaman dilimidir. Kararın 5. madde bakımından ihlalinin kaldırılması bu süre ile ilgili hukuksuz uygulamalar bakımından tazmin yükümlülüğü, 5 ve 18. madde bakımından ihlalin ortadan kaldırılması ise siyasi ifadelerin suç haline getirildiği birbiri ile ilintili yargılama süreçlerinin siyasi amaç ile yargılama pratiğinden arındırmakla mümkündür.

## **ii) AİHM içtihadında AİHM'in ihlalin devamıyla ilgili durumu yeni bir vaka, yeni bir mağduriyet tipi olarak değerlendirmesi**

AİHS'in 35. maddesinin (2) (b) hükmü uyarınca Mahkeme tarafından daha önce incelenmiş bir başvuru yeniden AİHM'in önüne getirilirse, bu başvuru kabul edilemez bulunur. Abdulkadir Selvi açıkça, hükümet de Bakanlar Komitesi'ne sunduğu görüşte kapalı olarak, bu iddiayı ileri sürmektedir. Eğer, Büyük Daire Demirtaş'ın 22 Aralık 2020 tarihine kadar devam eden tutukluluğu hakkında da karar verdiyse, nasıl olup da şimdi Mart 2020'de yapılan başvuruyu hükümete bildirebilmektedir? Öncelikle belirtelim ki, başvurunun hükümete bildirilmesi bu başvurunun otomatik olarak kabul edilebilir bulunduğu anlamına gelmez. Bununla birlikte, aşağıda açıklayacağımız nedenle, hükümetin iddia ettiği gibi burada bir hukuki çelişki bulunmamaktadır.

Sözleşmenin 35. maddesi hukuki kesinliği korumayı amaçlamaktadır. Mahkeme bir konuda karar verdiği zaman, aynı konunun tekrar tekrar incelenmesinde hukuki bir fayda bulunmamaktadır.<sup>33</sup> Kural olarak, bir önceki başvuru ile aynı maddi olaylara dayanan

---

<sup>33</sup> Harkin/Birleşik Krallık, no. 71537/14, 15.6.2017, para. 51.

başvurular, bu kurala aykırı olduğu için kabul edilemez bulunur.<sup>34</sup> Bu nedenle bir kararın uygulanmasına ilişkin yapılan başvurularda AİHM, Sözleşmenin 46. maddesi altında gösterilen görev dağılımını dikkate alarak, bir kararın uygulanmasını denetlemeye Bakanlar Komitesinin yetkili olduğunu belirterek bu tür başvuruları kabul edilemez bulmaktadır.<sup>35</sup>

Bununla birlikte, bu uygulamanın önemli iki istisnası bulunmaktadır. Birinci istisna, kararın uygulanması sırasında alınan önlemin yeni bir ihlale yol açmasıdır. İhlal sonrasında yapılan yargılamada yeniden ifade özgürlüğünü ihlal eden bir karar alınması halinde bu aynı değil, yeni bir başvurudur.<sup>36</sup> İkinci istisna tipi ise ilk kararda saptanan ihlalin belirli bir süre devam etmesi halidir.<sup>37</sup> Bu istisnanın en önemli örneği ise daha önce 5. maddenin ihlaline karar verilmiş olmasına rağmen kişinin serbest bırakılmamasıdır.

Bu istisnanın karara bağlanmış örnekleri *Ilascu ve Diğerleri/Moldova ve Rusya ve Ivantoc ve diğerleri /Moldova ve Rusya* kararlarıdır. *Ilascu ve Diğerleri/Moldova ve Rusya* başvurusunda AİHM başvuruların kişi özgürlüğünün ihlal edildiğine ve ayrıca başvuruların tahliye edilmesi gerektiğine karar vermiştir.<sup>38</sup> Ne var ki, başvurular karar sonrasında 3 yıl daha tutuklu kalmıştır. AİHM, aynı başvuruların yaptığı başvuruda daha önce tutukluluğun hukuka aykırı olmasına ilişkin karar vermiş olmasına rağmen, tutukluluğun devam etmesi halini yeni bir olay olarak incelemiş ve *Ivantoc ve Diğerleri* başvurusunda bu kez tutuklamanın devam eden kısmı açısından yeni bir ihlal kararı vermiştir.<sup>39</sup>

Demirtaş başvurusu, bu yönüyle *Ilascu ve Diğerleri* başvurusu ile aynı senaryonun söz konusu olduğu bir başvurudur. Her iki başvuruda da Mahkeme hem 5. maddenin ihlal edildiğine karar vermiş hem de başvuruların keyfi tutukluluğunun sonlandırılmasını istemiştir. Demirtaş başvurusunda *Ilascu*'ya ek olarak ayrıca keyfi tutuklamanın bir 18. madde ihlali niteliği taşıdığı da saptanmıştır. Bu içtihat dikkate alındığında, AİHM'in daha önce ihlal saptadığı bir tutuklamanın devam eden niteliğini yeni bir başvuru gibi değerlendirmesinde kendi içtihadıyla çelişen bir yan yoktur. Bir başka deyişle, AİHM'in "kendi çelişmesini ortaya çıkarması" değil hükümetin kötü niyetine göz yumması söz konusudur. Başvurucunun

---

<sup>34</sup> I.J.L/Birleşik Krallık, no. 39029/97, 6.7.1999.

<sup>35</sup> *Sidabras ve Diğerleri/Litvanya* no. 50421/08 ve 56213/08, 23.6. 2015, para. 104; *Kontalexis/Yunanistan*, no 29321/13, 6.9.2018, para 63

<sup>36</sup> *Hertel/İsviçre*, ECHR 2002-I 527; *Liu/Rusya* (no 2), no 29157/09, 26.7.2011), para. 65.

<sup>37</sup> *Kudeshkina/Rusya*, no 28727/11, 17.2. 2015, para. 62.

<sup>38</sup> *Ilascu ve Diğerleri/Moldova ve Rusya*, no. 48787/99, 08.07.2004.

<sup>39</sup> *Ivantoc ve Diğerleri/Moldova ve Rusya*, no. 23687/05, 15.11.2011.

haksız tutuklanmasının sonlandırılmadığı her an aslında yeni bir ihlal niteliğindedir ve bu ihlalin giderilmesinin tek yolu keyfi alıkonmayı sonlandırmaktır.

## **Sonuç**

Türkiye Cumhuriyeti yürütme ve yargı organları kendileri bakımından bağlayıcı olan bir Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararını neden uygulamayacaklarını açıklamak için hem ülke kamuoyunda hem de Avrupa Konseyi önünde türlü gerekçeler ifade etmiştir. Bu değerlendirmede bu gerekçelerin hem uluslararası hukuk açısından hem de AİHM kararında bulunan 5 ve 18. madde ihlali açısından neden geçerli hukuki gerekçeler olmadığını ele aldık.

Bu tezlerden ilki Türkiye'nin egemenlik hakkına aykırı düştüğünü takdir ettiği hiçbir uluslararası mahkeme kuralını uygulamayacağı tezidir. Bu çalışmada bu tezin neden hukuki bir tez olmadığını ele aldık. Uluslararası hukuk bakımından devletlerin kendi istekleri ile taraf oldukları yargı organlarının daha sonra onlar aleyhine verdikleri kararlar bağlayıcıdır. Devletler uluslararası yargı organlarına taraf olduklarında yargısal denetime giren alanlarda egemenliklerinin bir kısmını kendi iradeleri ile ve egemenlik hakkını uluslararası hukuka uygun bir şekilde kullanmak istedikleri için devrederler. Bu egemenlik devrinin sona ermesinin tek yolu bu Sözleşmelerden usulüne uygun olarak çekilmektir. Ancak çekilme süreci ile uluslararası yükümlülüklerin kaldırılması geriye yürümez. AİHM tarafından verilmiş yargı kararlarının bağlayıcılığı çekilmeden etkilenmez.

İçeride kamuoyu oluşturmak için kullanılan bu tez, uluslararası mekanizmalarda itibar görmeyeceği için ikinci bir tezin daha ileri sürüldüğü görülmektedir. Bu ikinci tez, kararın uygulanmasına ve AİHM'in yargı yetkisine karşı çıkmamakta, ancak uygulanacak bir karar olmadığını söylemektedir. Bu tez özellikle yargı kararlarında ve Bakanlar Komitesi ile yapılan yazışmalarda ön plana çıkmaktadır. Ancak bu iddialar AİHM kararındaki 5 ve 18. madde ihlalini 'yok varsaymak' üzerine kurmaktadır. Her ne kadar bir Avrupa Konseyi üyesi devletin 18. madde ihlali bulunarak mahkum edilmesi bir ülkedeki hukuk devleti korumaları açısından çok olumsuz bir karar olsa da, bu kararın verilmemiş gibi yapılmasına el vermemektedir. Yerel mahkemeler verilen AİHM kararlarının tüm sonuçlarını ortadan kaldırmak için hukuki bir sorumluluk altındadır. Bu yazıda ele aldığımız gelişmeler tam tersine Türkiye'de 18. madde ihlaline sebep olan tasarrufların devam ettiğine işaret

etmektedir. Hatta bu tez üretme stratejisi de bir kişiyi siyasi sebeplerle alıkoymaya devam etmek için sürdürülen planlı sistematik kamusal faaliyetler olarak karşımıza çıkmaktadır. Başka deyişle, bizzat bu tezlerin kendisinin birer 18. madde ihlali olduğunu söylemek abartı olmayacaktır. Türkiye’de hukuk devletinin düze çıkması için izlenecek yol, AİHM kararlarının neden uygulanmayacağı konusunda kılıf üretmekten değil, Türkiye’nin üstün çıkarı olan, insan hakları ve hukuk devletine saygılı bir devlet geleneğini savunmaktan ve bunu gereklerini yapmaktan geçer.

---