

İ N S A N
H A K L A R I
O K U L U
THE SCHOOL OF HUMAN RIGHTS

Esastan Bağlayıcı: AİHM Büyük Daire Selahattin Demirtaş Kararı

Kerem Altıparmak
&
Başak Çalı

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

ESASTAN BAĞLAYICI:
AİHM BÜYÜK DAİRE SELAHATTİN DEMİRTAŞ KARARI

Kerem Altıparmakⁱ

Başak Çalıⁱⁱ

Giriş

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) 22 Aralık 2020'de Selahattin Demirtaş (2)/Türkiye kararını¹ vermesinin hemen ardından Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan², İçişleri Bakanı Süleyman Soylu³ ve koalisyonun küçük ortağı MHP'nin lideri Devlet Bahçeli⁴ AİHM Büyük Daire kararının bağlayıcı olmadığını ve uygulanmaması gerektiğini ifade ettiler.

AİHM kararlarının, siyasiler tarafından siyasi görüşlerine uygun düşmemesi sebebi ile beğenilmemesi ve eleştirilmesi her Avrupa Konseyi ülkesinde karşılaşılabilecek bir durumdur. Yargı kararlarının siyaseten eleştirilmesi, AİHM kararları da dahil olmak üzere, elbette, Anayasa ve uluslararası hukukun demokratik toplum düzeninin olmazsa olmazı olarak tanıdığı siyasi ifade özgürlüğünün güvencesi altındadır. Ancak, AİHM kararlarının hukuki açıdan bağlayıcı olmadıkları iddiası ile mahkeme kararlarına karşı çıkılması kararların siyaseten eleştirilmesinden öteye geçmekte,

ⁱ Dr., Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi Başkanı, Uluslararası Hukukçular Komisyonu Hukuk Danışmanı.

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

¹ Selahattin Demirtaş/Türkiye (No 2), [BD] no 14305/17, 22.12.2020. (Bundan sonra Selahattin Demirtaş/Türkiye)

² <<https://www.hurriyet.com.tr/gundem/erdogandan-demirtas-aciklamasi-bu-karar-bizi-baglamaz-41695902>>

³ “Soylu'dan AİHM'in Demirtaş kararına ilişkin açıklama”, 24.12.2020

<<https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/soyludan-aihmin-demirtas-kararina-iliskin-aciklama-1801063>>

⁴ “MHP lideri Bahçeli'den AİHM'in Demirtaş kararına sert tepki: Bu kararı tanımıyoruz, takmıyoruz”, 24.12.2020, <<https://www.hurriyet.com.tr/gundem/son-dakika-mhp-lideri-bahceliden-onemli-aciklamalar-41697524>>

‘benim katılmadığım karar bağlayıcı değil’ diyerek siyasetin kendisini yargının üstünde görmesine yol açmaktadır.

Cumhurbaşkanı, İçişlerin Bakanı ve koalisyon ortakları kamuoyunda “AİHM kararlarının bağlayıcı olmadığı” iddiasını dillendirmiş olmakla beraber buna hukuki olarak ayrıntılı gerekçeler sunmamaktadır. Tespit edebildiğimiz kadarıyla konuya bir hukuki temel bulmaya çalışan ilk açıklama Cumhurbaşkanlığı Hukuk Politikaları Kurulu Başkanvekili ve Cumhurbaşkanı Başdanışmanı Mehmet Uçum’dan gelmiştir. Uçum’un Cumhurbaşkanlığı sistemindeki hukuki konulara ilişkin görüşlerinin nedeni ciddiye alındığı da dikkate alındığında AİHM’in kararlarının bağlayıcı olmadığı iddiasını hukuki zeminde Uçum’un yaptığı açıklamalar ekseninde ele almak faydalı olacaktır.

Uçum, 28 Aralık 2020 tarihinde Hürriyet Gazetesine verdiği mülakatta AİHM Büyük Daire Selahattin Demirtaş kararının neden yanlış olduğu ve uygulanması gerekmediğini şu ifadelerle açıklamaktadır:

“AİHM kararları da Anayasa Mahkemesi (AYM) kararları gibi esastan bağlayıcı değildir, bunu unutmamak lazım. AİHM kararları bir konuda ihlal tespit ederse ilgili mahkeme ihlal tespit edilen dosyayı yeniden ele alır bağlayıcılığı bu kadardır. Hatırlayın geçmişte Öcalan’la ilgili yargılamada AİHM ihlal kararı verdi, mahkeme yeniden yargılama yaptı, aynı kararı verdi ve süreç tamamlandı. Bizim uluslararası sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğümüz dosyanın yeniden ele alınmasıdır. Dosya yeniden ele alındığında mahkeme o karara uyar ya da uymaz. Bağlayıcılık yanlış anlaşılıyor ve anlatılıyor. AİHM, bizim mahkemelerimizin üstünde temyiz gücüne sahip süper temyiz mahkemesi değil. AYM’nin bile böyle bir temyiz gücü yok. Bizde gerçek anlamda kararları bağlayıcı olan temyiz mahkemeleri Danıştay ve Yargıtay’dır. AİHM’nin ve AYM’nin ihlal kararlarında mahkemeler eğer kesin mahkeme kararı varsa yeniden yargılama yoluyla, eğer yürüyen dava varsa yeniden ele alma yoluyla dosyayı değerlendirir. Dolayısıyla ilgili karara ihlali değerlendirmek bakımından uyum olur, ama işin esası bakımından yine kendi kararını verir. AİHM’nin son kararı Türkiye ile ilgili verdiği kararlar arasında hukuktan en fazla uzaklaştığı, siyasi yoğunluğu en fazla olan, siyasi niteliği adeta zirveye çıkan bir karar olmuştur. AİHM, 2016 yılındaki tutukluluk başvurusu üzerine yaptığı incelemeye 2019 tutukluluğunu ekleyerek bir karar vermiştir. Oysa 2019 tutukluluğu için iç hukuk yolları tüketilmemiştir. AİHM’e başvuru koşulları henüz oluşmamıştır. Burada kabul edilmezlik kararı verilmesi gerekirken ihlal kararı verilmesi AİHM’in kendi içtihatlarına da aykırıdır. AİHM, geçmişte bize verdiği kararlarda defalarca bu hukuki ilkeye uymasına rağmen bu sefer uymadı. O zaman siyasi yoğunluğu bu kadar yüksek olan bir kararı Türkiye’nin kabul etmesi mümkün olabilir mi? AİHM geçmişte de hukuki yönü zayıf siyasi

yönü baskın kararlar verdi. Ancak tarihimizde bize karşı bu denli siyasi saldırganlık içeren bir karar vermemiştii, bu anlamda hukuku tümnden değersizleştiren bir ilk karar denebilir. Bu nedenle AİHM, bizim nezdimizde güvenilirliğini giderek yitiriyor.”⁵

Uçum’un bu açıklamasında en az üç iddia öne çıkmaktadır.

Birinci iddia AİHM kararlarının -ve Anayasa Mahkemesi kararlarının- esastan bağlayıcı olmadığı iddiasıdır.

İkinci iddia, Demirtaş başvurusunun 2016 yılındaki tutuklamaya ilişkin olduğu ve 2019 tutuklaması açısından iç hukuk yollarının tüketilmediği ve bu nedenle bu tutuklama nedeniyle AİHM’e başvuru koşullarının henüz oluşmamış olduğu iddiasıdır.

Üçüncü iddia ise AİHM’in bu kararı siyasi bir saldırganlıkla verdiği yönündedir. Öyle ki kendisine göre bu hem siyasi yönü baskın hukuki yönü zayıf hem de AİHM hukukunu tümnden değersizleştiren bir karar. Sanıyoruz, hem Erdoğan hem de Soylu tarafından dillendirilen, bu kararın İspanya hakkında 2009 yılında AİHM’in bir dairesi tarafından verilen Herri Batasuna ve Batasuna kararı⁶ içtihadına aykırı olduğu iddiasını da bu kapsamda değerlendirmek mümkün.

Bu yazıda, AİHM kararlarının ve Anayasa Mahkemesi kararlarının neden uygulanmasının zorunlu olduğuna dair açık ve aşık kuralları salt tekrar etmek yerine Uçum’un ve dolayısıyla hükümetin hukuki iddialarını tek tek, hukuki zeminde ve hukuki yöntemleri izleyerek ayrıntılı olarak incelemeye çalışacağız. Bu inceleme ile amacımız söz konusu iddiaların Türkiye Cumhuriyetinin tüm erklerini bağlayan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin lafzını ve içtihat hukukunu çarpıtan, hem bu hukuka ve içtihadı hem de Türk hukukunda AİHM kararlarının bağlayıcılığına ilişkin yerleşik içtihadı açıkça aykırı olan ifadeler olduğunu göstermektir.

⁵ “Atanmışsınız” demek yeni vesayet üretme talebidir”, 28.12.2020

<<https://www.hurriyet.com.tr/gundem/atanmissiniz-demek-yeni-vesayet-uretme-talebidir-41699803>>

⁶ Herri Batasuna ve Batasuna/İspanya, no. 25803/04, 30.6.2009.

AİHM Kararlarının Esastan Bağlayıcılığı Olmadığı Tezi

Herkesin bildiği gibi, AİHM kararları hem Türkiye'nin uluslararası hukuktan doğan yükümlülükleri hem de kendi anayasa hukuku bakımından bağlayıcıdır.

AİHM kararlarının Sözleşmeciler Taraf Devletler bakımından bağlayıcı olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) 46. Madde altında şüphe ve çarpıtmaya el vermeyecek şekilde ifade edilmiştir.⁷ Türkiye Cumhuriyeti AİHS'e taraf bir devlettir. AİHS'e taraf devlet olmak, AİHM'in zorunlu yargı yetkisini tanımayı ve bu yargı yetkisinin kullanılması sonucu verilen ihlal kararlarının gerektirdiği ihlal giderici tedbirleri almayı gerektirmektedir. Bütün AİHS sistemi, AİHM kararlarının haklarında ihlal kararı verilen taraf devletler bakımından bağlayıcılığının tartışmaya açık olmaması ve gereken tedbirlerin yerine yetirilmesi için gerekenin yapılacağına dair iyi niyet ve güven üzerine kuruludur.

AİHM kararlarının ihlal giderici önlemler gerektirmesi devlet sorumluluğu hukukunun temel ilkelerinin⁸ insan hakları hukuku alanında uygulanmasının doğal bir sonucudur. Devlet sorumluluğu hukukunun temel ilkeleri uluslararası hukukun tüm alanlarında geçerlidir ve AİHM bu ilkeler doğrultusunda karar vermekte, insan hakları kararlarının uygulanmasını takip eden ve Türkiye'nin de temsil edildiği Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi kararlarının uygulanmasını bu ilkeler

⁷ Kararların bağlayıcılığı ve infazı

1. Yüksek Sözleşmeciler Taraf, taraf oldukları davalarda Mahkeme'nin verdiği kesinleşmiş kararlara uymayı taahhüt ederler.
2. Mahkeme'nin kesinleşen kararı, infazını denetleyecek olan Bakanlar Komitesi'ne gönderilir.
3. Bakanlar Komitesi, kesinleşen bir kararın infazının denetlenmesinin, söz konusu kararın yorumundan kaynaklanan bir zorluk nedeniyle engellendiği kanaatinde ise, bu yorum konusunda karar vermesi için Mahkeme'ye başvurabilir. Mahkeme'ye başvurma kararı, Komite toplantılarına katılma hakkına sahip temsilcilerin üçte iki oy çokluğu ile alınır.
4. Bakanlar Komitesi, bir Yüksek Sözleşmeciler Taraf'ın, taraf olduğu bir davada verilen kesin karara uygun davranmayı reddettiği görüşünde ise, ilgili Taraf'a ihtarda bulunduktan sonra, Komite toplantılarına katılmaya yetkili temsilcilerin üçte iki oy çokluğu ile alınacak bir kararla, ilgili Taraf'ın 1. fıkrada öngörülen yükümlülüğünü yerine getirmediği meselesini Mahkeme'ye intikal ettirebilir.
5. Mahkeme 1. fıkranın ihlal edildiğini tespit ederse, alınacak önlemleri değerlendirmesi için davayı Bakanlar Komitesi'ne gönderir. Mahkeme, eğer 1. fıkranın ihlal edilmediğini saptarsa, davayı, incelemesine son verecek kararı alması için Bakanlar Komitesi'ne iletir.

⁸ Uluslararası hukukun devlet sorumluluğuna ilişkin birincil kuralları, Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından 2001 yılında Taslak Maddeler şeklinde kodifiye edilmiştir. Teamül hukukunu yansıttığı kabul edilen bu metin için bkz. *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf>

doğrultusunda denetlenmektedir. Buna göre, uluslararası hukukta bir kuralın ihlal edilmesi demek, adaletin bozulduğu anlamına gelmektedir. Bu adaletin tesis edilmesi için bu ihlalin devam ediyorsa sonlandırılması, mümkünse ortadan kaldırılması, bütünüyle ortadan kaldırılması mümkün değilse de zararın tazmin edilmesi gerekmektedir.⁹ Bir başka deyişle, AİHM'in kararının anlamı, uluslararası hukuka aykırılığın ulusal hukuk tarafından ortadan kaldırılması gerekliliğinin saptanmasıdır. Bu saptamanın ardından ihlali giderme ödevi ulusal mercilerindir.

Tüm Avrupa Konseyi devletleri için kendileri aleyhine ihlal bulan AİHM kararları iki şekilde bağlayıcı sonuç yaratır: a) ihlal bulunan kişi bakımından bu ihlalinin sonuçlarının tümünden giderilmesi açısından bağlayıcılık, b) başkalarının davada tespit edilen hak ihlallerine benzer ihlallere uğramaması için alınması gereken tedbirler açısından bağlayıcılık.¹⁰

Bir kişinin hakkının ihlalini tümünden gidermek için gereken bireysel tedbirlerin ve ihlalin yenilenmemesini sağlayacak genel tedbirlerin neler olduğu ancak kararda ihlalin nasıl bulunduğundan, diğer bir deyişle, kararın yalnızca sonuç kısmı değil, tümü okunarak anlaşılır. İlke olarak bu ilk okumayı yapmak, tedbirlerin neler olduğunu belirlemek ve gereğini yapmak taraf devletlere düşer. Türkiye'de bu değerlendirmeyi yapmakla yetkili kurum Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Dairesidir.¹¹ Bu birim, yine Sözleşmenin 46. Maddesi altında kararların gerektirdiği bireysel ve genel tedbirlerin yerine getirilmesi için atılan ve atılması gereken adımları Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesine bir eylem planı olarak sunar. Avrupa Konseyi

⁹ Taslak Maddeler'in İkinci Bölümü uluslararası hukuku ihlal eden davranışın sonuçlarının ne olacağını genel olarak düzenlemektedir. Bkz, aynı yerde.

¹⁰ Kararların ve Dostça Çözüm Hükümlerinin İnfazının İzlenmesine İlişkin Bakanlar Komitesi Kuralları'nın 6. Kuralı, Bakanlar Komitesinin hangi hususların uygulanmasını denetleyeceğini göstermektedir. Maddenin 2. Fıkrasına göre Bakanlar Komitesi eğer AİHM adil tatmine ilişkin bir saptamada bulunmuşsa, ilgili paranın ödenip ödenmediğini ve bunun yanında karar uyarınca alınması gereken i. Bireysel ve ii. Genel önlemlerin alınıp alınmadığını saptayacaktır. Bakanlar Komitesinin 10 Mayıs 2006 tarih ve 864 sayılı oturumunda kabul edilen ve 18 Ocak 2017 tarih ve 1275 nolu sayılı oturumunda değiştirilen haliyle kurallar için bkz. <<https://rm.coe.int/16806eebf0>>

¹¹ 2992 Sayılı Adalet Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanununun 13/C maddesinin (c) bendi uyarınca "Dışişleri Bakanlığı tarafından icrası takip edilen kararlar saklı kalmak kaydıyla, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından Türkiye Cumhuriyeti hakkında verilen ihlal kararlarının icrası ile ilgili iş ve işlemleri yapmak, kararları ilgili mercilere iletmek, ihlalin ortadan kaldırılmasına yönelik süreçleri takip etmek ve gerekli önlemleri almak".

Bakanlar Komitesi de bu adımların kararın özüne uyup uymadığını denetler ve yerine getiriliş sürecini izler.

Göründüğü kadarıyla Uçum, Sözleşmenin 46. Maddesinin uluslararası hukukla uyumlu bu hükümlerinde temel bir sorun görmemektedir. Bununla birlikte Uçum “Bağlayıcılık yanlış anlaşılıyor ve anlatılıyor. AİHM, bizim mahkemelerimizin üstünde temyiz gücüne sahip süper temyiz mahkemesi değil. AYM’nin bile böyle bir temyiz gücü yok” derken, bağlayıcılığa karşı olmadığını ve fakat bağlayıcılığının anlamının farklı olduğunu ileri sürmektedir.

O halde Uçum’un iddiası, Sözleşme’nin ve Mahkeme kararlarının bağlayıcılığından çok ihlal kararının gideriminin nasıl yerine getirileceği ile ilgilidir. Her ne kadar bu açıklıkta ifade etmese de Uçum’un görüşünü şu şekilde okumak mümkündür: “AİHM kararları elbette bağlayıcıdır ancak bu kararların bağlayıcı olması bu kararların ulusal mahkemeleri geçersiz kıldığı, onların yerine geçtiği anlamına gelmez. AİHM ihlal kararı verir, daha sonra ulusal merciler bu ihlalin nasıl giderileceğini iç hukuka göre belirlerler”.

Uçum’un herhangi bir referans vermeden ileri sürdüğü bu görüş ilkesel olarak doğrudur. AİHM bir temyiz mahkemesi değildir ya da öğretilde ifade edildiği üzere “dördüncü derece mahkemesi” değildir. Bu nedenle, ulusal hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığını tespit edemez, ulusal mahkeme kararlarını iptal edemez, hukuken geçersiz kılamaz. AİHM kararları, taraf devletin hukuki işlemlerinin uluslararası hukuka aykırı olup olmadığını tespit eder. Bulunan aykırılıkları ortadan kaldırmak egemen devletlerin ödevidir, AİHM’in değil.

O halde, sorun kararın bağlayıcılığı sorunu değildir. Uluslararası hukuka aykırılığın nasıl giderileceği sorunudur. Uçum’un bu noktaya kadar doğru getirdiği mantık, tam da burada büyük bir yanlışlığa düşmektedir. Uçum, AİHM kararının bağlayıcı olduğunu ve fakat AİHM’in bir temyiz mahkemesi olmadığı hususlarında haklıdır. Ancak, AİHM’in kararının ulusal hukukta nasıl hayata geçirileceği konusunda yanılmaktadır.

Uçum'a göre "AİHM'nin ve AYM'nin ihlal kararlarında mahkemeler eğer kesin mahkeme kararı varsa yeniden yargılama yoluyla, eğer yürüyen dava varsa yeniden ele alma yoluyla dosyayı değerlendirir. Dolayısıyla ilgili karara ihlali değerlendirmek bakımından uyumuş olur, ama işin esası bakımından yine kendi kararını verir."

Uçum'a göre AİHM kararı bağlayıcıdır bağlayıcı olmasına ama bu bağlayıcılığın hiçbir anlamı yoktur. Ulusal mahkeme, herhangi bir AİHM kararını alıp bakıp, yeniden yargılama yapıp, bire bir aynı kararı verebilir. Bu mantığa göre, AİHM'in işkence yasağı ihlali bulduğu bir kararda ulusal mahkemeler yeniden yargılama yapıp işkence yok diyebilirler, bir anneye çocuğun velayetinin verilmemesinin aile hakkının ihlalini bulan bir kararda yeniden yargılama yapıp çocuğu biz anneye yine de vermiyoruz diyebilirler, bir dernek kapatmanın örgütlenme özgürlüğünün ihlali olduğu kararda yargılama yapıp biz derneğin açılmasına yine de izin vermiyoruz diyebilirler. Hatta yeniden yargılamalar ile ihlalin devamına ve hatta daha ağırlaştırılmasına da karar verebilirler. Bir başka deyişle Uçum'a göre ulusal mahkeme AİHM'in ihlal kararını esasen değerlendirirken devletin uluslararası hukuktan kaynaklanan hiçbir esaslı ödevi olmadığını, sınırsız bir takdir hakkına sahip olduğunu savunmaktadır.

Uçum'un görüşüne göre AİHM'in kararlarının iç hukukta salt usulen bir etkisi olabilir: "yeniden yargılama yapmak". Uçum bu iddiayı desteklemek için Türkiye aleyhine verilmiş bini aşkın ihlal karar arasından Öcalan/Türkiye kararını¹² örnek vermektedir: "Hatırlayın geçmişte Öcalan'la ilgili yargılamada AİHM ihlal kararı verdi, mahkeme yeniden yargılama yaptı, aynı kararı verdi ve süreç tamamlandı". Oysa ki Öcalan davası esasen adil yargılanma ihlali bulunmuş bir davadır.¹³ Bir adil yargılanma davasında yargılamanın adil olmadığını saptanması halinde, bu ihlalin esastan giderimi elbette adil yargılanma yapılmasıdır. Muhakemenin sonucunun değil muhakemenin yapılmasının ihlale yol açtığı saptanan tüm davalar için ihlal, muhakemedeki eksikliği tamamlayarak, yanlışlığı düzelterek yargılama yapılmasıyla

¹² Öcalan/Türkiye [BD], no. 46221/99, 12.5.2005.

¹³ Anılan kararda adil yargılanma yanında Sözleşmenin 5. Maddesinin 4. Fıkrasının ve adil olmayan bir yargılama sonucunda ölüm cezası verilmesi nedeniyle de 3. Maddesinin de ihlal edildiğine karar verilmiştir. Ne var ki, Uçum'un iddiasının aksine ölüm cezası yeniden yargılanma sonucunda müebbet hapse çevrilmiş, dosyanın izlemeden çıkarılmasında bu husus da dikkate alınmıştır. Bu nedenle yargılayıp aynı cezayı verdik tezi de doğru değildir.

giderilebilir. Örneğin bir tanığın dinlenmemesi nedeniyle silahların eşitliği ilkesi ihlal edilmişse, o tanık dinlenip yine aynı sonuca ulaşılabilir ve fakat ihlal giderilmiş olur. Nitekim, Öcalan davasında önce Bakanlar Komitesi¹⁴ daha sonra da AİHM¹⁵, kararın gereğinin yerine getirildiği sonucuna ulaşmıştır. Ancak Bakanlar Komitesi bu sonuca ulaşırken başvurucunun ölüm cezasının ömür boyu hapis cezasına çevrildiğini de dikkate almıştır.¹⁶

Türkiye'nin AİHM kararlarını uygulama karnesi de, adil yargılama hakkı ihlali bir yana, diğer ihlal kararlarının AİHM kararında yapılan muhakemenin sonucu bakımından bağlayıcılığına dayanmaktadır. Örnek vermek gerekirse, 2004 yılından itibaren AİHM tarafından verilen Tekeli, Leventoğlu Abdulkadiroğlu, Tanbay Tüten ve Tuncer Güneş kararlarında, AİHM başvurucuların evlendikten sonra otomatik ve kendi rızalarına başvurulmadan soyadlarının değişmesini özel yaşama saygı (AİHS Madde 8) ve ayrımcılık (AİHS Madde 14) yasağının ihlali bulmuş, bunun ardından başvurucular bu ihlal kararı ile İl Nüfus Müdürlüğü'ne başvurmuş ve eski soyadlarını geri almıştır.¹⁷ Bu bireysel tedbir, 4721 Sayılı Medeni Kanun'un 187. Maddesi değişmemesine rağmen uygulama bulmuştur. AYM de, ihlale neden olan Medeni Kanun hükmünün AİHS kararı karşısında esas alınamayacağını karara bağlayarak, kadınların evlilik öncesindeki soyadlarını kullanma haklarını Anayasal bir hak olarak tanımıştır.¹⁸ Keza, Türkiye'de siyasi parti kapatmaların çok yoğun yaşandığı 1990'larda bu partilerin kapatılmasının AİHS'in 11. maddesinin ihlaline karar verildikten sonra, bu ihlal kararlarının esas bakımından gereği olarak, örneğin Komünist Parti'nin siyasi faaliyetlerine devam etmesine izin verilmiştir.¹⁹

¹⁴ Bakanlar Komitesinin CM/ResDH(2007)1 no ve 14 Şubat 2007 tarihli kararı.

¹⁵ Öcalan/Türkiye (kabul edilemezlik), no. 5980/07, 06.07.2010.

¹⁶ Belirtmek gerekir ki başvurucu cezasının koşulsuz bir ömür boyu hapis cezası olması ve bu nedenle hiçbir zaman tahliye edilme ihtimalinin bulunmaması nedeniyle bir başvuru daha yapmış, bu başvuruda AİHM, Sözleşmenin 3. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Bu kararın uygulanması yeniden yargılama yapılmasıyla giderilemeyeceği için ilgili karar benzer ihlalin bulunduğu Gurban/Türkiye dava grubunda uygulanmak üzere izlenmeye devam etmektedir. Ayrıca bakınız, Öcalan/Türkiye (no.2), no. 24069/03, 18.3.2014, Gurban/Türkiye, no. 4947/04, 15.12.2015. ve Hükümetin Öcalan/Türkiye Eylem Planı, 11.8.2015, DH-DD(2015)793.

¹⁷ Ünal Tekeli/Türkiye, No 29865/96 Lider kararı ve Leventoğlu Abdulkadiroğlu /Türkiye, no 797107, 28. 8. 2013, Tanbay Tüten/Türkiye, no 38249.09, 10.3.2014, Tunder Güneş/Türkiye, no 26268/08, 03.12.2013, Yavuz Nal/Türkiye, no. 11736/09, 13.06.2017 tekrar eden kararları bireysel tedbirler hükümet yanıtı, <<http://hudoc.exec.coe.int/eng?i=004-37120>>

¹⁸ Gülsim Genç Başvurusu, B. No. 2013/4439, 6/3/2014; *Sevim Akat Ekşi Başvurusu*, B. No. 2013/2187, 19/12/2013.

¹⁹ Bakanları Komitesi Sonuç Kararı, CM/ResDH(2007)100, 20.06.2007, <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-81572>>

Esasen, Uçum'un düşündüğünün aksine, ulusal hukukta da AİHM kararlarının uygulanması açısından tek yolun yargılamanın iadesi olmadığı açıkça kabul edilmekte, gerek Adalet Bakanlığı'nın Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'ne yaptığı yazılı bildirimler, gerekse iç hukuk uygulamaları buna herhangi bir şüphe bırakmamaktadır. AYM, yakın tarihli Abdullah Yaşa kararında bu hususu şu şekilde ifade etmiştir:

“55. Başvurucunun yaralanması olayıyla ilgili olarak kötü muamele yasağının ihlal edildiğine ilişkin tespitin ulusal makamlarca değil AİHM tarafından yapıldığına dikkat çekilmelidir. **Kuşkusuz AİHM'in ihlal kararı vermesi ve tazminata hükmetmesi Türk makamlarını bağlamaktadır. Türk makamları bu kararın gereğini yerine getirmekle yükümlüdür.** Nitekim ihlal kararında hükmedilen tazminat tutarı başvurucuya ödenmiştir. Ancak Sözleşme'nin 46. maddesi uyarınca bağlayıcı olan ve uyulmakla yükümlü olunan ihlal kararının gereği yerine getirilerek hükmedilen tazminatın başvurucuya ödenmesi ihlal tespiti ile eşdeğer görülemez.

56. Şüphesiz bazı durumlarda AİHM'in ihlal tespit etmesi ve hükmedilen tazminatın ödenmesinin -hakkın niteliğine de bağlı olarak- mağduriyetin giderilmesi bakımından yeterli görülmesi mümkündür. **Ancak kötü muamele yasağı gibi devletin esas giderimle birlikte tamamlayıcı bazı giderim mekanizmaları da ihdas etme yükümlülüğü altında bulunduğu hâllerde esas yükümlülükle ilgili olarak ihlal tespiti yapılmış ve tazminata hükmedilmiş olması tamamlayıcı giderim mekanizmasıyla ilgili olarak mağdur statüsünü kendiliğinden sona erdirmemektedir.** Tamamlayıcı giderim mekanizmasına ilişkin yargısal sürecin anayasal ilkelere uygun olarak yürütülüp yürütülmediğinin de ayrıca incelenmesi gerekir.

57. Bu itibarla kötü muamele yasağı yönünden esas giderim yolu olan ceza soruşturması sonucunda ihlal tespiti yapılmış ve mağdura bir şekilde tazminat ödenmiş olması, aynı olay sebebiyle açılan ve tamamlayıcı bir mekanizma olan tam yargı davasındaki ihlal iddialarının incelenmesi yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır. Tam yargı davasının incelenmesi neticesinde somut olayın koşulları gözetilerek başvurucunun mağdur statüsünün ortadan kalktığına hükmedilmesi mümkün olmakla birlikte ceza davası sürecinde ihlal tespiti

yapıldığından ve başvurucuya tazminat da ödendiğinden hareketle başvurucunun mağdur statüsünün ortadan kalktığı sonucuna varılamaz.

[...]

59. Olayda İdare Mahkemesi AİHM'in vardığı sonucun aksine başvurucunun yaralanmasında devletin kusurunun olmadığı sonucuna varmıştır. Bu durumda Türk makamlarınca ihlal tespiti yapıldığından söz edilemeyecektir. **Dahası İdare Mahkemesi devletin kötü muamele yasağından doğan anayasal yükümlülükleri konusunda AİHM tarafından yapılan tespit ile açık çelişki oluşturacak değerlendirmelerde bulunmuştur. Bu durumda AİHM'in maddi yönden ihlal tespit etmiş olması anlamsız hâle gelmiştir.**²⁰

AYM, yaşam hakkı ve işkence yasağına ilişkin diğer kararlarında da AİHM kararlarının salt yargılamanın iadesi ile yerine getirilemeyeceğini ama yapılan incelemenin ve yargılamanın Sözleşme'nin beklediği ve AİHM kararında belirtildiği özenle yapılması gerektiğini karara bağlamıştır.

Bu açıdan bakıldığında kolaylıkla görülebileceği gibi Demirtaş kararı, salt yargılama usulü bakımından ihlalin tespit edildiği bir karar değildir. AİHM, Demirtaş'ın suçlandığı eylemlerin makul suç şüphesi standardını ve bunun gerektirdiği delile dayanan hukuki tespit yükünü karşılamadığını ve dokunulmazlığının kaldırılarak tutuklanmasının yasal dayanağının olmadığını saptamıştır. Bunlar tekrar yargılama yapıp aynı sonuca ulaşarak giderilecek ihlaller değildir. Bu nedenle, AİHM, bu ihlalleri giderecek tek çözümü hükme bağlamış ve başvurucunun derhal serbest bırakılması gerektiğini belirtmiştir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi de AİHS 46 maddedeki görevini yerine getirmek için bu talebi tekrar edecek ve ihlalin etkilerinin tümünden ortadan kaldırılması için hangi başka adımların atılacağını hükümet yetkililerine soracaktır. AYM'nin de Türk hukuku açısından kabul ettiği üzere, bu kararın yerine getirilmesinin tek yolu, AİHM'in esasa ilişkin saptamalarının uygulanması ve başvurucunun tahliyesiyle hakkındaki tüm suçlamaların düşürülmesidir.

²⁰ Abdullah Yaşa Başvurusu, no. 2015/12486, 5.11.2020.

2019 Tutuklamasına İlişkin Karar Verilemeyeceği Tezi

Uçum'un ikinci tezi, AİHM'in 2016 yılında verilen ilk tutuklama konusunda karar verebilecekken, 2019 yılında verilen ikinci tutuklamaya ilişkin karar verilemeyeceğine ilişkindir. Bu tez en az iki nedenle güncel ve ilginçtir. Birincisi, Türkiye'nin Osman Kavala vakasında da görüldüğü üzere 'tutukla-tahliye et-yeniden tutukla' ya da seri tutuklama yöntemini bir araç olarak kullandığı şüphesi, tüm Avrupa Konseyi kurumlarında yerleşmektedir.²¹ Gerçekten de AİHM önünde yürüyen sürecin uzunluğu dikkate alınarak, bir kişi tam AİHM kararı çıkmak üzereyken veya hemen karar çıkıp ve henüz kesinleşmeden önce başvurunun yapıldığı tutuklamadan tahliye edilip, başka bir suçtan tekrar tutuklanmaktadır. Osman Kavala vakasında, ikinci tutuklama AİHM Daire kararı verildikten ve fakat kesinleşmeden önce gerçekleşmiştir.²² İkincisi seri tutuklama yöntemi Demirtaş kararının ana konularından biridir. Demirtaş Büyük Daire duruşmasından iki gün önce 6-8 Ekim 2014 Kobane olayları ile devam eden tutuklu yargılamasından tahliye edilmiş ve tam hapisten çıkması önünden hiçbir engel kalmadığı anda 6-8 Ekim 2014 Kobane olaylarına referansla ancak başka bir dizi suçlama ile yeniden tutuklanmıştır.

Demirtaş'ın Kasım 2016'da tutuklanması ile Eylül 2019'da yeniden tutuklanması arasında bir devamlılık bağı olduğunu değerlendiren Büyük Daire'nin bu tespitinin yine davada saptanan 18. madde (Sözleşme'de korunan haklarının hukuk dışı amaçlarla sınırlandırılması yasağı) ihlalinden bağımsız düşünülmesi mümkün değildir.²³ Gerçekten de hem Demirtaş'ta (hem de Kavala'da) Mahkeme, başvuruçuların Sözleşme'de gösterilen nedenlerle değil ve fakat hukuk dışı siyasi amaçlara ulaşmak amacıyla tutuklandığını tespit etmiştir.²⁴ Demirtaş kararı bu hukuk dışı siyasi amacı 'çoğulculuğu boğma ve siyasi tartışma özgürlüğünü sınırlama olarak ifade etmektedir.²⁵ Üstüne üstlük bu tespit, yıllara yayılan bir şekilde çok sayıda yargı merciinin faili olduğu bir ihlal niteliğini ortaya koymaktadır. Büyük Daire, Demirtaş'ın 2019 yılında beş yıl önce yaşanmış şiddet olayları ile ilgili olarak

²¹ Bakanlar Komitesinin Osman Kavala kararında aldığı karar için bkz. Interim Resolution CM/ResDH(2020)361

²² Osman Kavala/Türkiye, no. 28749/18, 10.12.2019.

²³ Özellikle bakınız, Demirtaş/Türkiye, para. 433.

²⁴ Kavala/Türkiye, para. 240, Demirtaş/Türkiye (No 2) para. 442.

²⁵ Demirtaş/Türkiye, para 437.

olayların üzerinden 4 yıl geçtikten sonra tutuklanmasının, sonra tahliye edilmesinin ve yine aynı sebeplerle yeniden tutuklanmasının hukuk mantığı ile açıklanmasının mümkün olmadığını söylemektedir.

Böylece Uçum, ortada sanki gerçekten iki farklı tutuklama varmış gibi yaptığı yorumda bu açık ve ağır ihlali tümüyle göz ardı etmektedir. Bu durumda, Demirtaş Büyük Daire kararında AİHM'in, Kavala uygulama kararında Bakanlar Komitesi'nin, çok haklı olarak, şunu söylediğini kolaylıkla tespit edebiliriz: Ortada farklı iki olaya ilişkin iki ayrı tutuklama kararı yoktur. Başından itibaren farklı yargı mercilerinin rol oynadığı ve amacı tek olan bir tek tutuklama vardır. O amaç da Sözleşme'de öngörülen meşru bir amaç değil, muhalifleri susturmayı amaçlayan siyasi bir amaçtır. Tam da bu nedendir ki Demirtaş kararında AİHM ikinci tutuklama terimini kullanmak yerine “tutukluluğa geri dönme” (*return to pre-trial detention*) kavramını tercih etmiştir.²⁶ Bireysel önlemlerin uygulanmasına ilişkin olarak yaptığı 46. madde değerlendirmesinde de AİHM, tutuklamanın aynı vakalara dayandığını saptayarak esasen kesintisiz, süregelen bir ihlal olduğunu tespit etmiştir.²⁷

Görüldüğü gibi somut olayda uluslararası hukuk açısından ayrı ayrı süreçleri tamamlanması gereken birbiri ile ilişkisiz iki ayrı tutuklama söz konusu değildir, çeşitli aşamalardan geçmiş ve devam eden tek bir tutuklama kararı vardır. Bu tutuklama kararının ortadan kaldırılması için Türk yargı makamlarının önüne sayısız fırsat geçmiştir. Öyle ki biri Daire kararından önce²⁸, biri Büyük Daire kararından önce²⁹ olmak üzere Anayasa Mahkemesi bile aynı başvuruyu iki kez incelemiştir. Hükümet, Büyük Daire önünde devam eden tutuklulukla ilgili henüz AYM'nin karar vermediğini iddia ederek, şimdi Uçum'un iddialarına benzer bir şekilde iç hukuk yollarının henüz sonuçlanmadığını ileri sürmüştür.

²⁶ Demirtaş/Türkiye, para. 114 vd. Mahkemenin hudoc sisteminde tarandığında bu kavramın Mahkeme içtihadında ilk kez kullanıldığı görülmektedir. Eğer AİHM bu tutukluluğu yeni bir tutukluluk olarak görseydi, böyle yeni bir kavram kullanmazdı.

²⁷ Demirtaş/Türkiye, para. 441-442.

²⁸ Selahattin Demirtaş [GK], B. No: 2016/25189, 21/12/2017.

²⁹ Selahattin Demirtaş (3), B. No: 2017/38610, 9/6/2020.

AYM de verdiği ikinci kararda, AİHM’i kendi kararını beklemeerek ikincilik ilkesine aykırı davrandığını belirtmiştir.³⁰ Ne var ki, hem Uçum’un hem de AYM’nin atladiğı husus, bir iç hukuk yolunun ne zaman tüketilmiş sayılacağına ilişkin nihai kararı verecek tek mercinin yine AİHM olduğudur. Türkiye Sözleşme ile bağlı olduğu sürece, AİHM’in tüm kararları gibi bu kararı ile de bağlıdır.

Dahası, AİHM Büyük Daire ilk AYM kararından farklı olarak ihlalle sonuçlanan ikinci kararı da incelemiş ve bu kararın da ihlali ortadan kaldırmaya yeterli olmadığını tespit etmiş ve bu tespitin doğal sonucu olarak başvurucunun mağdur sıfatının sona ermediği sonucuna ulaşmıştır.³¹

Uluslararası hukukta zaman bakımından ihlal ikiye ayrılmaktadır. Bir ihlal ya anında gerçekleşir (*instantenous*) ya da zaman içerisinde devam eder (*continuing*).³² Devam eden ihlalin (*continuing violation*), anında gerçekleşen ihlalden temel farkı, ilkinin tespiti halinde taraf devletin bu ihlali sonlandırma ödevinin bulunmasıdır.³³

Somut olayda AİHM, tek bir kötü niyetli tutuklama tespit etmiştir. Dahası hükümetin iddiasının aksine ikinci tutuklamanın da birincideki olaylardan kaynaklandığını açıkça ifade ederek bu tespiti açık bir şekilde yapmıştır.³⁴ Bu durumda, AİHM’e göre tek ve devam eden tutukluluk, devam eden bir ihlale yol açtığı için derhal sonlandırılması gerekmektedir. Bunu yapacak olan merci de, derhal bu görevi yerine getiremeyeceği için, AYM değil sulh ceza hakimidir. Bu nedenle, Uçum’un ileri sürdüğu “beklenseydi, bakalım bir de AYM üçüncü kez aynı konuyu inceleyseydi” tezi AİHM’in Sözleşme’nin sadece teorik ve kağıt üzerinde kalan değil ve fakat pratik ve etkili olarak hakları koruduğuna dair yorumuna ilişkin ortaya koyduğu en temel ilkeyle³⁵ çelişecektir.

Tüm bu değerlendirmeler ışığında, AİHM’in tek bir tutukluluğun farklı kılıflara sokulduğu kötü niyetli tutuklamayı derhal sonlandırma yönünde bir ödevi olduğunu,

³⁰ Selahattin Demirtaş (3), para. 80

³¹ Demirtaş/Türkiye, para. 217-223.

³² Uluslararası Hukuk Komisyonunun Devlet Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler, md. 14. AİHM’in kavramı uygulama örneğine ilişkin bkz. Varnava ve Diğerleri/Türkiye, no. 16064/90, 18.9.2009.

³³ Devlet Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler, para. 30.

³⁴ Demirtaş/Türkiye, para. 217-223 para 33.

³⁵ Scordino/İtalya, no. 36813/97, 29.3.2006, para. 192.

bu nedenle iç hukuk yollarının tüketilmediğine ilişkin tezin bütünüyle yanlış olduğu sonucuna ulaşmak mümkündür.

AİHM'in Kendi Kararlarıyla Çelişen Saldırgan Bir Tavır Sergilediği Tezi

AİHM'in 'Türkiye düşmanlığı' tezi üç açıdan ele alınmalıdır.

İlk olarak, AİHM'in 46 yargıcının Türkiye'ye düşmanca tavır beslediği gibi bir tez kanıtlanması mümkün olmayan bir komplo teorisinden öteye gitmemektedir. AİHM, 1990 yılından başlayarak Türkiye'den düzenli olarak başvuru alan, bu başvurular ile ilgili olarak hükümet lehine on binlerce kabul edilemezlik kararı vermiş bölgesel bir insan hakları mahkemesidir.

Demirtaş davasında Büyük Daire'ye gitme talebi hem başvuru hem de hükümet tarafından yapılmış, bütün yargılama süreci şeffaf olarak ve hükümetin ve başvuru Mahkeme'nin sorduğu yazılı ve sözlü sorulara belgeler ve kanıtlar ışığında yanıt vermesi ile sürmüştür. Demirtaş kararı için Büyük Daire'yi oluşturan 16 yargıç kura usulü ile seçilmiş ve usul gereği Büyük Daire'de Türk yargıç da yer almıştır.³⁶ Demirtaş kararının birçok hak açısından 16-1 diğerleri için ise 15-2 çoğunlukla çıkmış olmasının gerekçeleri toplan 454 paragraftan oluşan kararda ayrıntılıları ile açıklanmaktadır. Bu gerekçeler, Türkiye'deki hukuk devletinin acil sorunlarını gündeme getirmektedir.

İkinci olarak, AİHM konusunda Türkiye Cumhuriyeti'nin resmi ve en süregelen değerlendirmesi bu mahkemenin içtihadının Türkiye'de hukuk devleti ve insan haklarına yaptığı uzun erimli ve olumlu katkısıdır. Nitekim, bu faydayı ulusal düzeyde etkili bir şekilde yansıtmak için 2010 yılında Anayasa değişikliği yapılmış ve Sözleşme'deki hakların korunması için 2012 yılında yalnızca AİHS ve Anayasa'da ortak olan temel haklar bakımından Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu açılmıştır. Anayasanın doğrudan atıfta bulunduğu tek insan hakları sözleşmesi de AİHS'dir. Türkiye'de son 20 yılda yapılan tüm insan hakları iyileştirmeleri AİHM

³⁶ Büyük Daire heyetinin nasıl oluşacağı Mahkemenin İçtüzüğü'nün 24. maddesinde düzenlenmiştir.

kararlarının uygulanması amacıyla yapılmıştır.³⁷ Uygulanmasında ciddi eksiklikler olsa da 2014 İnsan Hakları Eylem Planı tamamen AİHM kararlarının uygulanması üzerinden hazırlanmıştır.³⁸ Türkiye’de AİHM içtihadı ile ilgili hakim ve savcılara yönelik sayısız eğitim seminerleri yapılmış, en son seminer AİHM Başkanı tarafından Adalet Akademisi’nde 3 ay önce verilmiştir.³⁹ Anayasal düzeyde tanınmış ve ülkenin temel haklar rejiminin belkemiğini oluşturan bir uluslararası sözleşmenin subjektif düşmanlık gerekçeleriyle uygulanmamasının yaratacağı tahribatın ne denli büyük olacağını kestirmek güç değildir.

Üçüncü olarak Demirtaş Büyük Daire kararı AİHM’in kendi içtihadı ile çeliştiği için Türkiye düşmanlığına dayandığı bahsi içinde birçok çelişki barındırmaktadır. Mahkeme’nin de gerekçelerinde ayrıntıları ile açıklandığı gibi karar Mahkeme’nin gerek genel yorum ilkeleri ile gerekse 10, 5, 18 ve 46 maddeler ile ilgili içtihadı ile uyumludur.

Mahkemenin 5 ve 18. madde içtihadı 2004 yılından beri gelişmekte ve bu alandaki kötü niyet ispat yükü kuralları 2016 yılında Büyük Daire Merabashvili/Gürcistan kararı ile yeknesaklaştırılmıştır.⁴⁰ Mahkeme bu kararda bu içtihadı takip etmektedir.⁴¹ Yine aynı şekilde Mahkeme’nin 46 madde içtihadı da özellikle 2004 yılından sonra, Bakanlar Komitesi’nin de davetiyle⁴², giderim içtihadı konusunda çeşitlenmiştir. Giderim içtihadına göre, kural olarak devletler ihlal kararının gereğini yerine getirmek konusunda birincil ödevde sahiptir. Ne var ki, özellikle kişiler açısından devam eden ihlalin varlığının saptandığı ve kişi özgürlüğüne dair verilen ihlal kararlarında, AİHM tek ve alternatifsiz giderim yolunun kişinin serbest bırakılması olduğuna karar vermektedir. Bu açıdan, Demirtaş kararı diğer örnekler

³⁷ Örneğin Terörle Mücadele Yasasının 7. maddesi AİHM içtihadı nedeniyle tam 6 kez değiştirilmiştir.

³⁸ Resmi Gazetede yayımlanan Plan için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/03/20140301-2-1.pdf>

³⁹ AİHM Başkanı Spano Ankara’da konuştu: İktidardaki kişiler mahkemeleri kontrol edemez, 03.09.2020,

<<https://tr.euronews.com/2020/09/03/aihm-baskan-spano-ankara-da-konustu-iktidardaki-kisiler-mahkemeleri-kontrol-edemez>>

⁴⁰ Merabashvili/Gürcistan, no. 72508/13, 28.11.2017.

⁴¹ Demirtaş/Türkiye, para 353.

⁴² Bakanlar Komitesinin sistemik sorunların giderilmesine ilişkin kararı için bkz. Resolution (Res(2004)3) on judgments revealing an underlying systemic problem, in which, after emphasising the interest in helping the State concerned to identify the underlying problems and the necessary execution measures

yanında 2004 yılında verilen Assanidze/Gürcistan Büyük Daire kararının⁴³, ve 2019 yılında Azerbaycan'ın Mammadov kararını uygulamakta direnmesi sebebi ile Bakanlar Komitesi'nin başvurusu ile 46. madde altında verilen Mammadov/Azerbaycan⁴⁴ ihlal (*infringment*) kararının devamıdır. Hatırlatmak gerekir ki ihlallerin ciddiyeti nedeni ile başvuruçuların serbest bırakılması gerektiğini dile getirmesi taleplerine iki ülke de uymuştur. Bu içtihat ilk olarak 2019 yılında Kavala kararı ile Türkiye bakımından uygulama bulmuştur, ancak görüldüğü üzere AİHM bakımından ne yenidir ne de Türkiye bir ilktir. İşte bu nedenle de Demirtaş/Türkiye kararının 442. paragrafında başvuruçunun derhal serbest bırakılmasını karara bağlaması, süregelen ihlaller açısından Mahkeme'nin bağlayıcı giderim içtihadının bir sonucudur. AİHM'in yerleşik içtihadından ayrılan değil, bu içtihadı tamamen ve tutarlı bir şekilde takip eden bir karardır.

Oysaki AİHM, Demirtaş tahlilleri, bu tahliye talepli kararlar ışığında değil, 2009 yılında bir AİHM dairesi tarafından verilen Herri Batasuna ve Batasuna/İspanya kararına⁴⁵ referansla tartışılmaktadır. Ancak bu karar ile yapılan 'çifte standart' suçlaması hem tümüyle dayanaksızdır hem de elmalar ile armutlar karşılaştırmasından öteye gitmemektedir. Çünkü referans alınan karar, ne konu ne zaman ne de zemin bakımından Demirtaş kararına emsal olabilir.

Konu bakımından, Herri Batasuna ve Batasuna davası İspanya'nın özerk Bask bölgesindeki yerel seçimlerde yüzde 10-15 arası oy alan bir siyasi partinin kapatılma davasıdır. Demirtaş/Türkiye davası ise Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde temsil edilen en büyük ikinci muhalefet partisinin liderinin siyasi ifadeler nedeni ile ve siyasi amaçla ile dört yılı aşkın bir süre özgürlüğünden mahrum bırakılması ve siyasi ifadeleri nedeniyle cezalandırılması davasıdır.

Demirtaş kararı mutlaka İspanya'dan kararlara referans ile tartışılacaksa ancak İspanyalı muhalif siyasetçilerin kararları ışığında tartışılabilir. AİHM Büyük Daire Mahkeme kararı da böyle yapmakta, siyasi ifade özgürlüğü tartışmasına

⁴³ Assanidze/Gürcistan Georgia [BD] no. 71503/01, 8.4.2004

⁴⁴ Mammadov/Azerbaycan, (BD) no 1517213, 29.05.2019.

⁴⁵ Herri Batasuna ve Batasuna/İspanya, no. 25803/04 et 25817/04, 30.06.2009.

Castells/İspanya kararı ile başlamaktadır.⁴⁶ Çok daha yeni tarihli Otegi Mondragon kararında ise yine Basklı bir siyasetçi olan başvuru “Kral İspanyol ordusunun başkomutanıyken, başka bir deyişle işkencecilerin şefiyken, işkenceyi savunurken ve monarşi rejimini işkence ve şiddetle halkımıza kabul ettirmeye çalışırken, nasıl oluyor da bugün Bilbao’da İspanya Kralı ile fotoğraf çektirebiliyorlar?” ifadeleri nedeniyle cezalandırılmıştır.⁴⁷ AIHM’in özellikle şu ifadeleri Demirtaş başvurusu açısından da kritiktir:

“58. Son olarak, verilen cezaya ilişkin olarak, Devlet kurumlarının kurumsal kamu düzeninin garantörleri olarak yetkili makamlarca korunmaları tümüyle meşru ise de, bu kurumların işgal ettikleri baskın konum yetkililerin suç takibatına başvururken sınırlamaya gitmelerini gerektirir (bakınız, mutatis mutandis, yukarıda sözü edilen Castells, paragraf 46; ayrıca bakınız Avrupa Konseyi materyalleri, yukarıdaki paragraf 30 ve 31). Mahkeme bu bağlamda müdahalenin “orantılığını” değerlendirirken verilen cezaların ağırlığının ve doğasının da dikkate alınması gereken unsurlar olduğunu gözlemlemiştir. Verilen cezanın özellikle sert doğasına dikkat çekmektedir: başvuru sahibi bir yıl hapse mahkûm edilmiştir. Başvuru sahibinin mahkûmiyeti bir politikacı olmasına rağmen seçime katılma hakkının mahkûmiyeti boyunca askıya alınması sonucunu vermiştir.

59. Mahkeme mahkûmiyet kararının ilke olarak ulusal mahkemelerin işi olmasına karşın, siyasi konuşma alanında bir suç için hapis cezasının verilmesinin sadece olağandışı durumlarda, özellikle diğer temel hakların ciddi şekilde ihlal edildiği örneğin nefret söylemi ya da şiddete tahrik etme durumlarında (bakınız Bingöl - Türkiye, no. 36141/04, paragraf 41, 22 Haziran 2010, ve, mutatis mutandis, Cumpănă ve Mazăre - Romanya [GC], no. 33348/96, paragraf 115, ECHR 2004-XI) Sözleşme’nin 10. maddesi tarafından garanti altına alınan ifade özgürlüğü ile uyumlu olacağını belirtmiştir. Bu açıdan, politik konuşma alanında hapis cezalarıyla ilgili Bakanlar Komitesi ve Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi’nin materyallerindeki rehber ilkeleri referans olarak verir (bakınız yukarıda paragraf 30 ve 31).”

⁴⁶ Castells/İspanya, 23.4.1992, Seri A no. 236.

⁴⁷ Otegi Mondragon/İspanya, no. 2034/07, 15.3.2011

Bu iki karar sadece siyasetçilerin ifade özgürlüğüne ilişkin olduğu için değil, söz konusu siyasetçiler Basklı muhalifler olduğu ve devlet şiddetini çok ağır ifadelerle eleştirdiği için de önemlidir. Her iki siyasetçi de Demirtaş'tan farklı olarak ifadeleri nedeniyle tutuklu kalmış değildir. Sadece bu ifadeler nedeniyle ceza almışlardır. AİHM açısından bu cezalar bile demokratik bir toplumda kabul edilebilen sınırın çok ötesindedir. Bu saptamayı yapan AİHM, eğer Türkiye'nin ikinci en büyük muhalefet partisinin liderinin 4 yılı aşkın bir şekilde sadece ve sadece ifadeleri nedeniyle tutuklu kalmasına hoşgörü göstermiş olsaydı, tam da o zaman çifte standarttan söz etmek mümkün olabilirdi.

Zaman bakımından da Batasuna ve Herri Batasuna kararı Demirtaş kararına emsal olamaz. Bu karar 2009 yılında verilen bir daire kararıdır. Bu kararın verilmesi sürecinde İspanya Anayasa Mahkemesi ve hükümeti AİHM'in ihlal bulmadığı ve bu sebeple Türkiye'de ve Avrupa'da haklı olarak çok tartışmaya yol açmış 2003 yılında verilen Refah Partisi/Türkiye Büyük Daire kararına dayanmış,⁴⁸ mahkeme de Refah Partisi kararına dayanarak ihlal bulmuştur.⁴⁹ Bunun yanı sıra Refah Partisi kararının bir devamı olan Batasuna, çok eleştirilmiş bir daire kararıdır. İşte bu sebeple Batasuna kararının konu bakımından ilgili olmamasına rağmen gündemde olması Refah Partisi kapatma kararına da destek anlamına gelmektedir. Eğer Uçum, Erdoğan ve Soylu, Batasuna kararının doğru içtihat olduğunu düşünüyorlarsa, bu kararın dayanağı olan Refah Partisi'nin kapatılması kararını da onaylıyor olmalıdırlar. Böyle olup olmadığını, sanıyoruz en iyi kendileri cevaplayacaktır. Ancak Uçum, Refah Partisi kararını desteklesin veya desteklemesin, Herri Batasuna kararı Demirtaş kararına dayanak olamaz. Demirtaş ise 2020 yılında verilen bir Büyük Daire kararıdır. Bu hali ile tüm Avrupa'da milletvekillerinin ifade özgürlüğü ile ilgili verilmiş öncü karar niteliğini taşımaktadır.

Zemin bakımından Büyük Daire kararının doğrudan ve esastan bağlayıcılığını tartışmak için 10 yıl önce verilen bir daire kararının öne sürmek Komite ve Dairelerin içtihadına yön verme ve içtihadı yeknesaklaştırma amacı ile verilen Büyük Dairede kararlarının amacını çarpıtmaktadır. Tüm mahkemeler gibi AİHM de zaman içerisinde farklı konulara ilişkin yaklaşımını değiştirebilir. Aksi halde, AİHM'in

⁴⁸ Herri Batasuna ve Batasuna/İspanya para 22, para 38,

⁴⁹ Herri Batasuna ve Batasuna/İspanya, para 74-81.

1950 yılında takılıp kalması gerekirdi ki, bugünkü anlamda bir Sözleşme'nin varlığından söz etmek mümkün olmazdı. Nitekim Sözleşme'nin yaşayan bir belge olduğunu belirten AİHM bazen açık bazen de zımnen daha önceki içtihatlarından farklı alanlara açılabilir.

Bu gelişmenin sağlıklı bir şekilde gerçekleşebilmesi de içtihatteki bütünlüğü sağlayacak Büyük Daire kararlarıyla mümkün olacaktır. Büyük Daire, başta Türkiye olmak üzere otoriter yönetimlerde yeni bir olgu ile karşı karşıyadır. Bu ülkelerde muhalifler siyasi nedenlerle tutuklanmakta, AİHM'e başvuru yapmaları durumunda AİHM kararlarını etkisiz hale getirmek için başvurunun konusu olan tutuklamadan serbest bırakılıp, başka bir gerekçe ile yeniden tutuklanmaktadırlar. Türkiye özelinde önce Kavala sonra Demirtaş vakasında görülen bu durum sadece Türkiye'ye özgü bir durum da değildir. AİHM Büyük Dairesi bu gelişmeleri göz ardı edip, Sözleşme'nin bu kötü niyet karşısında çaresiz kalmasına neden olsaydı Avrupa'nın ortak kamu düzeninin koruyucusu sıfatını muhafaza etmesi mümkün olamazdı. Bunun içindir ki, AİHM Sözleşme'nin konusuna ve ruhuna uygun bir yorumla taraf devletlerin kötü niyetli hamlelerine yönelik yol gösterici adımını Demirtaş kararında vermiştir. Bu kararın bazı açılardan ilk olması, son olacağı anlamına gelmemektedir. Her ne kadar karar birçok ilki içerse bile, bir yorum yöntemi olarak insan hakları sözleşmesinin "konusu ve amacı" ışığında yorumlanması tekniği yeni olmadığı gibi AİHS'in varlığı için zorunlu bir yöntemdir.

Sonuç

Yukarıda, hukuki zemin ve AİHM içtihadından tahlil ve örneklerle Büyük Daire Demirtaş kararına karşı iddiaları teker teker incelemeye çalıştık.

Bu inceleme ile AİHM kararlarının esastan bağlayıcı olmadığı iddiasının ne AİHS sözleşme hukukunda, ne anayasa hukukunda ne de Türkiye'nin iç hukuk uygulamalarında bir karşılık bulduğunu gösterdik. Hem uluslararası hukuk hem de Türkiye'nin anayasa ve kamu hukuku açısından AİHM kararları esastan bağlayıcıdır.

Aslında Uçum'un iddiası da dikkatli okunduğunda görülebileceği gibi kararların bağlayıcı olmadığı değil gereğinin ne şekilde yerine getirileceği ile ilgilidir. Uçum, bazı kararların yerine getirilmesi için yeterli görülebilecek yargılamanın iadesi yönteminin ihlalin niteliğine bakılmaksızın tüm karar tipleri için de geçerli olacağını ileri sürmektedir. Oysa bu yazının gösterdiği üzere bu iddianın hiçbir dayanağı olmadığı gibi bizzat AİHM ve AYM önünde aksini gösteren çok geniş ve tutarlı bir içtihat mevcuttur.

Demirtaş kararı, bu içtihatla uyumludur ve Uçum'un iddialarının aksine, AİHM'in kararı veriş yöntemi ve hükmü kuruşu AİHS'in kötü niyetli ihlaline izin vermeyen, Sözleşme'nin ruhuna ve lafzına uygun bir karardır. AİHM Büyük Daire kararı Demirtaş'ın neden tutuklu olduğunu mahkemelerin sunduğu gerekçelere teker teker bakarak ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir. Türkiye'nin ikinci büyük muhalefet partisi lideri ve bir milletvekili olarak yaptığı bu konuşmaların hiçbirinde suç şüphesi teşkil edecek bir şiddet çağrısı bulunmadığını ve Demirtaş'ın yalnızca ülkedeki çözüm süreci çöktükten sonra ve faillerinin halen ortaya çıkarılmadığı vahim şiddet olayları yüzünden tutuklu yargılanması için yerel mahkemelerin ilgili ve yeterli hukuki delil sunmadığını tespit etmiştir. Demirtaş davası, AİHM'in kararına göre siyasi bir yargılamadır. Kararın gerektirdiği bireysel ve genel tedbirlerin yerine getirilmesi hem bu ve hem de buna benzer siyasi baskı yargılamalarının sona ermesinden geçmektedir.

Halen devam eden tartışmalardan ve yeni yayınlanan "6-8 Ekim İddianamesi"nden anlaşıldığı kadarıyla, Türkiye kararı uluslararası hukuk ve kendi anayasa hukuku ve iç hukukuna aykırı bir şekilde bu karardaki bireysel tedbirleri uygulamamak için bir strateji oluşturma çabası içindedir. Bu yazıyı izleyen incelemelerimizde, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi AİHM karar uygulama hukukundan ilgili ve karşılaştırmalı örneklerle Demirtaş kararının bireysel ve genel önlem eylem planlarında olması gereken adımları ayrıca ele alarak bu stratejinin haksızlığını ve nafiye niteliğini ortaya koymaya çalışacağız.