

GENEL ANALİZ

Konu: AİHM Demirtaş Kararı

A. Genel Olarak AİHM Kararlarının Niteliği:

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), uluslararası bir yargı merci statüsünde olup verdiği kararlar hiyerarşik denetime yönelik değildir. Zira AİHM olağan bir kanun yolu olmadığından, verdiği kararlar da sistemin denetimine ilişkin olup, yönlendirici niteliktedir.

AİHM kararları, ulusal yargı yerlerinin ara kararları ve kesin kararları açısından yeniden değerlendirme yapılmasını sağlayan kararlardır. Ulusal yargı yerlerinin ara kararlarını ortadan kaldıran veya kesin kararlarını bozan kararlar değildir. Başka bir deyişle istinaf veya temyiz gibi ilk derece mahkemesi kararını bozmaz, ilk derece mahkemesinin yerine geçerek yeniden bir karar alamaz.

Ulusal yargı yerleri, AİHM kararlarının ihlal tespiti içermesi halinde; konu ara kararlara ilişkin olursa yeniden inceleme yapar. Konu kesin kararlara ilişkin olursa yeniden yargılama yapar. Ancak gerek yeniden incelemede gerekse yeniden yargılamada ulusal yargı yerleri ihlal tespitinin gerekçelerini dikkate alarak kendisi kararını verir. Burada önemli olan, AİHM kararındaki gerekçelerin mahkemece karşılanmış olmasıdır. Bu şekilde mahkeme önceki kararını aynen vermiş olsa dahi AİHM kararını yerine getirmiş sayılır.

Çünkü AİHM kararları ulusal yargı yerleri bakımından yeniden değerlendirme yapılmasına yönelik uyulması gereken kararlar olmakla birlikte AİHM'in gerekçesini de dikkate alarak bu kararın nasıl uygulanacağını takdir yetkisi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sisteminin ikincilliği çerçevesinde ulusal mercilerin ve mahkemelerin yetkisindedir.

Mahkemelerin bu takdir yetkisinin AİHM kararındaki gerekçe ile uyuşmadığı iddia edilirse, ilgililer gerekçeleriyle itiraz ve temyiz yollarını kullanabilmektedir.

Kesinleşen AİHM kararları açısından ise Bakanlar Komitesinin denetim yetkisi vardır. Ancak bu Komite hukuki olmaktan ziyade siyasi ve diplomatik bir denetim yapar ve diplomatik yolları kullanır.

B. Kararın İçeriği

Karar birçok açıdan Türkiye'yi haklı bulmuştur:

1- Başvuranın yakalanması ve gözaltında tutulmasına ilişkin şikayetlerini CMK 91/5 (yakalamaya itiraz) ve 141 (tazminat) maddelerinde belirtilen hukuk yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemez bulmuştur.

2- Başvurucunun, milletvekili dokunulmazlığının kaldırılmasının hukukun üstünlüğü, yasal belirlilik ve orantılılık ilkelerine aykırı ve keyfi olduğu bu nedenle de tutuklanmasının hukuka aykırı olduğuna ilişkin şikâyetleri, açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez bulunmuştur.

3- Dosyadaki gizlilik kararı nedeniyle başvuru dosyasına ulaşamadığı ve tutukluluk kararına etkili bir şekilde itiraz edemediği şikâyetini açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez bulmuştur.

4- Başvurucunun makul suç şüphesi olmaksızın tutuklandığı iddiasını esastan incelemiş ve ihlal bulunmadığına karar vermiştir. Başka bir deyişle başvuranın suç işlediği yönünde bağımsız bir gözlemciyi ikna edecek düzeyde makul suç şüphesi bulunduğunu belirtmiştir.

5- Başvurucunun, ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine dair şikâyetini ise incelemeye dahi gerek bulmamıştır.

6- Başvurucunun avukatı hakkında soruşturma açılması nedeniyle AİHM'e başvuru hakkının Türkiye tarafından engellendiğine ilişkin iddiası incelenmiş ve Türkiye'nin Sözleşmeden kaynaklı yükümlülükleri yerine getirdiği belirtilerek bu iddia dikkate alınmamıştır.

7- Başvurucunun Anayasa Mahkemesinin tutukluluğunun incelenmesine ilişkin hızlı bir yargısal denetim yapmadığı iddiasının yerinde olmadığına ve Sözleşmenin 5/4. maddesinin ihlal edilmediğine hükmetmiştir.

Görüldüğü üzere AİHM kararı, Türkiye'yi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin temel ilkeleri açısından haklı görmüş ve yapılan uygulamaların meşru olduğuna karar vermiştir.

Bu kapsamda özellikle kararda yer alan şu tespitler önemlidir:

Başvurucunun tutuklanmasında makul suç şüphesi olduğunu belirten AİHM, başvuranın bir kısmı terör suçu olmak üzere çok sayıda suçu işlediği şüphesiyle özgürlüğünden yoksun bırakıldığını ve bu kapsamda özellikle;

- *terörist başı Öcalan'ın heykelini dikeceğiz gibi söylemlerde bulunduğunu,*
- *PKK'nın 1984'deki Şemdinli ve Eruh'taki ilk silahlı terörist eylemlerini direniş ve hamle diye nitelendirdiğini ve*
- *Kürt halkının varoluşunu PKK'nın silahlı mücadelesi sayesinde kazandığını dile getirdiğini gözlemlediğini belirtmiştir.*

Yine AİHM;

- *soruşturma kapsamında başvuru tutuklanmadan önce elde edilen ve PKK yöneticilerinin kendi aralarında ve başvuruyla yaptıkları konuşma kayıtları da dahil olmak üzere çeşitli deliller bulunduğu ve*
- *bu deliller doğrultusunda ulusal yargılama makamlarının başvuru illegal terör örgütü KCK'nın siyasi kanadından sorumlu olduğu ve*
- *terör örgütü liderinin talimatları doğrultusunda hareket etme ihtimali olduğunu belirlediklerini not etmiştir.*

Bununla birlikte AİHM kararı üç konuda ihlal tespit etmiştir:

1- Başvurucunun uzun ve yetersiz gerekçe ile tutukluluğunun devamını sözleşmeye aykırı bulmuştur.

2- Uzun ve yetersiz gerekçe ile tutukluluk sonucu Meclis çalışmalarına katılamaması nedeniyle serbest seçim hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir

3- Başvurucunun tutuklu bulunmasının siyasi tartışma özgürlüğünü kısıtlama amacı güttüğü ve tutukluluğun devamında siyasi bir amaç olduğu tespiti yapılmıştır.

C. Kararın İhlal Hükümlerindeki Bazı Çelişkiler:

Karar, kendi içerisinde Türkiye'yi haklı bulduğu tespitlerle çelişmektedir. Çünkü bir yandan tutuklanmasında bağımsız bir gözlemciyi ikna edecek düzeyde suç işlediği yönünde makul şüphe var derken, diğer yandan tutuklamanın devamının siyasi saiklere dayandığını belirtmiştir. Bu, kararının kendi içindeki en büyük çelişkisidir ve mahkemenin yerleşik içtihatlarına da aykırıdır. Zira 18. maddenin uygulanabilmesi oldukça sıkı şartlara bağlıdır ve mahkeme burada başvuranın bu iddiasını ispat edebilmesi açısından çok yüksek standartlar aramaktadır. Makul şüphe var demek suretiyle aslında mahkeme zımnen 18'in koşullarının gerçekleşmediğini kabul ettiği halde, soyut beyanları dikkate alarak politik motivasyonla tutukluluğunun devamına karar verildiğini belirtmiştir.

İkincisi AİHM kararda (271. paragraf) Türk yargılama makamlarının yargılama yetkisini kötüye kullandığı ve Sözleşme hükümlerine bariz bir şekilde önemsemediği iddiasını kabul etmemiştir. Buna rağmen, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserinin terör örgütlerinin söylemlerini kullanarak hazırladığı ve Devletimizce de açıkça ve gerekçeli bir şekilde reddedilen memorandumunda belirtilen soyut gerekçeleri ve yargısal taciz gibi haddini aşan suçlamaları dikkate alarak, gergin siyasi ortamın olağanüstü hal süresince bazı mahkeme kararlarını etkileme kapasitesi bulunduğu şeklinde 18. madde ihlaline gerekçe oluşturmuştur. Bu şekilde soyut ve siyasi bir değerlendirmenin bir mahkeme kararında olması, sadece o mahkemenin saygınlığına zarar verecektir.

Üçüncüsü AİHM, önüne gelen başvuruya ilişkin hukuki nitelermeyi kendisi yapmakla birlikte, başvuru formunda belirtilen maddi olgularla sınırlı olarak inceler. Hükümete tebliği edilmemiş bir olay ve olguyu karara dayanak oluşturamaz. Hâlbuki kararda başvuranın hem referandum hem de 24 Haziran seçimleri sürecinde tutuklu olması 18. maddenin ihlal sebeplerinin gerekçeleri olarak sayılmıştır. Oysaki karara konu AİHM başvurusu 20 Şubat 2017'de yapılmıştır. Dolayısıyla başvuru tarihi hem referandum hem de 24 Haziran seçimlerinden öncedir. Kaldı ki, 24 Haziran seçimlerine hazırlık yapamadığı yönünde başvuranın Anayasa Mahkemesine ayrı bir başvurusu da vardır. Hal böyle iken, başvuru konusu dışındaki olay ve olguların ihlal kararına kısmen de olsa gerekçe yapılması isabetli değildir.

Bununla birlikte eğer Aihm bu dosyada her ne kadar başvuru Şubat 2017 tarihli olmasına rağmen başvuru lehine olmak kaydıyla hem 16 Nisan referandumu hem de 24 Haziran seçimlerine kadar tüm süreç değerlendirmeyi tercih etmişse bu süreçte başvuru aleyhine olabilecek olgu ve olayları da dikkate alması gerekirdi. Yani Aihm bu dosyada inceleme kapsamını olay, olgu ve tarih olarak genişletiyorsa bu durumda uzun tutukluk deyip, başvuru başka bir dosyadan ceza aldığı ve hakkında çok sayıda dava olduğu ve bu davalarda çok yüksek miktarlarda cezalar istendiği olgularını gözardı edemez. Buna göre başvuru dosyasında yer almasına rağmen başvuru hakkında çeşitli aşamalarda bulunan ve birinde ceza verilmiş olan 21 adet davanın gözardı edilerek değerlendirme yapılması ve tutuklulukta bunların dikkate alınmaması kararın kendi içindeki çelişkilerinden bir diğeridir.

Dördüncüsü, AİHM'in tutukluluğun devamında hukuki değil siyasi bir amaç güdüldüğü yönündeki iddiası ise hukuki olmaktan ziyade tamamen siyasi değerlendirmelerdir. Zira Kararda ilk derece mahkemesinin hangi gerekçesinde siyasi bir değerlendirme olduğu hususuna değinilmemiştir. Bunun yerine güncel politik tartışmalar ile objektif ve tarafsız bir şekilde

hazırlanmadığı bilinen bir takım uluslararası raporların genel ve soyut değerlendirmeleri bu gerekçeye dayanak olarak alınmıştır. Türkiye'nin ayrılıkçı terör ve şiddete karşı ya da ayrılıkçı faaliyetlere yönelik önlem almasını hukuk görüntüsü altında engelleme çabasıdır. Bunun kabul edilmesi asla ve asla mümkün değildir.

Sonuç olarak AİHM aslında hukuki açıdan değerlendirme yaptığında Türkiye'yi yedi konuda haklı görmüşken, siyasi değerlendirmeye yaptığında üç konuda Türkiye'ye haksızlık yapan tespitlerde bulunmuştur. Hele Türkiye'yi bütünlüğünü koruma çabasına yönelik hususlarda hukuk enstrümanı üzerinden mahkûm etme çabası AİHM'i güvenilir bir yargı merci durumuna düşürmekten başka bir şeye yaramaz. İspanya'nın kendi bütünlüğünü koruma kaygısıyla aldığı son derece sert ve yer yer hukuk sınırlarını aşan önlemleri meşru gören AİHM'in konu Türkiye olunca tam tersi yaklaşım sergilemesi hiç bir surette kabul edilemez.

D. Kararın Kesin Olup Olmadığı

Karar Daire (7 hâkimli) tarafından verilmiş olup, henüz **kesin değildir**. Taraflar üç ay içerisinde (20 Şubat 2019 tarihine kadar), kararın bir de Büyük Daire (17 hâkimli) tarafından incelenmesi amacıyla itiraz edebilirler. Tarafların bu yönde iletilebilecekleri bir talep, Panel tarafından (5 hâkim) incelenecektir.

Üç aylık süre içerisinde itiraz edilmemesi veya itirazın Panel tarafından reddedilmesi üzerine AİHM kararı kesinleşmektedir. Bu bakımdan karar, **en erken (itiraz olmaması halinde) 20 Şubat 2019 tarihinde** kesinleşecektir. Sözleşmenin 46. maddesi gereğince yönlendirici nitelikte olarak AİHM kararı ancak bu şekilde kesinleştikten sonra hüküm ifade edebilecektir.

E. AİHM Kararlarının Uygulanması ve Sayın Cumhurbaşkanının beyanları

Bilindiği üzere Sözleşmenin 46. maddesi uyarınca kesinleşen AİHM kararlarına uymayı taahhüt etmişlerdir.

AİHM, kural olarak, Sözleşmenin hangi maddesinin ne gerekçe ile ihlal edildiğine karar vermekle birlikte, ihlalin nasıl giderileceği hususunda bir belirlemede bulunmamaktadır. Bu husus, Sözleşmenin ikincilliği prensibi doğrultusunda ulusal mercilerin ve mahkemelerin takdir yetkisinde bulunmaktadır.

Ulusal mercilerin ve mahkemelerin takdir yetkisini AİHM kararı doğrultusunda kullanıp kullanılmadığı ise daha siyasi ve diplomatik bir organ olan Bakanlar Komitesince takip edilmekte ve gerekirse devletler hakkında çeşitli diplomatik baskı araçları kullanılmaktadır.

Bu bağlamda öncelikle belirtilmelidir ki, karar henüz kesin olmadığı için Sözleşmenin 46. maddesi anlamında hüküm ve sonuç doğuracak nitelikte bir karar değildir.

Karar bu şekilde kesinleşmiş olsa dahi, Türkiye yargı yerlerinin kararlarını yeniden ele alması, değerlendirmesi ve AİHM'in gerekçelerini de dikkate alarak kararını vermesi ile AİHM kararına uymuş olur. Ancak ulusal yargı yerleri bu yeniden değerlendirme sonucunda esas açısından kendi kararlarını vermek konusunda mutlak bir bağımsızlığa sahiptir. Burada önemli olan, AİHM kararındaki gerekçelerin mahkemece karşılanmış olmasıdır. Öte yandan ulusal yargı mercilerinin verdiği kararlar da doğal olarak itiraz ve temyiz gibi iç hukuk yollarına tabidir.

Bu nedenle Cumhurbaşkanı Erdoğan'ın yaptığı "bağlayıcı değil" açıklamasını bu açıdan okumak gerekir. Öncelikle karar kesin değildir. İkinci olarak AİHM'in ulusal mahkeme yerine geçerek karar verme veya verilen kararı bozma yetkisi yoktur. Üçüncü olarak AİHM kararındaki bulguları da dikkate alarak yeniden değerlendirme yapmak suretiyle karar verecek olan yine ilk derece mahkemesidir. Bu açıklamanın kararın Türkiye yargısı tarafından yeniden değerlendirilmesiyle ve sözleşmesel düzenlemeden kaynaklanan etkisiyle bir ilgisi yoktur. Türkiye'nin bağımsız ve tarafsız yargısı, yeniden değerlendirmeyi yapar ve hukukun üstünlüğü ilkesi çerçevesinde Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kendi kararını verir.