

Balbay ve "Ötekiler": BDP'li Vekillerin Devam Eden Tutukluluğu

18 Aralık 2013
Kerem Altıparmak

Diyarbakır 5. ve 6. Ağır Ceza Mahkemeleri; Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) Mustafa Balbay hakkında verdiği karara dayanarak yapılan başvurularda, Barış ve Demokrasi Partisi (BDP) Urfa Milletvekili İbrahim Ayhan, Mardin Milletvekili Gülser Yıldırım, Selma Irmak, Van milletvekili Kemal Aktaş ve Faysal Sarıyıldız'ın tahliye taleplerini reddetti. Tahliye talebine ilişkin ret kararları; Anayasa'nın, insan hakları hukukunun ve Anayasa şikâyetinin en temel gerekliliklerini hiçe sayıyor. Aşağıda bunu ayrıntılı olarak tartışmaya çalışacağım. Ama buna geçmeden bu tür kararları yorumlama konusunda yaşadığım bir tereddütü paylaşmalıyım.

Bu tür haberleri gördüğümde, yazıp yazmamak konusunda tereddüt ediyorum çünkü artık rutine dönen bir eleştiri kaçınılmaz olarak izliyor yazdığımız bu tür yorumları. "Kararın siyasi olduğunu", "Diyarbakır'da Ankara'nın hukukunun geçerli olmadığını" söyleyenler, boşa kürek çektiğimizi ve hatta daha ileri giderek bu tür yorumlar yaparak burjuva hukukuna katkı sunduğumuzu söyleyenler var, yine de söyleyecekler. Dün patlak veren hükümet-cemaat kıskacındaki yargının özellikle de ceza sisteminin bağımsızlık krizi, bu eleştiriye daha da güçlendirecek.

Bu tavrın kolaycılığını bir yana bırakıyorum. Evet, büyük ihtimalle bu kararlar hukuktan çok siyasi nabza göre verilmektedir. Bazen aynı duyguyu fazlasıyla içeriden hissettiğim için gördüğümü yazıp yazmamak konusunda ben de duraklıyorum. Yine de neden yazıyorum peki? Çünkü tüm bu umutsuzluğun arkasında bir adaletsizlik, eşitsizlik iddiası var. Genel olarak hissettiğimiz, gördüğümüz ama tam olarak ortaya koymadığımız, koyamadığımız. Benim işim ise tam da bunu yapmak. Asgari bir hukuki güvenliğin, eşitlik idealinin savunulmadığı bir düzende tüm insanlık taleplerimizin anlamsızlaşacağını düşünüyorum çünkü. Adaletsizliği biz kurmadık, adaleti savunmaktan başka çaremiz yok.

Balbay Kararı

Mustafa Balbay yargılandığı Ergenekon davasında bir dizi hakkının ihlal edildiğini ileri sürerek Anayasa Mahkemesine başvurmuştu.[1] Balbay'ın tutukluluğunun hukuki olmadığı iddiası açıkça dayanaktan yoksun olduğu için[2], adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiası başvuru yolları tüketilmemiş olduğu için[3], ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiası başvuru yolları tüketilmemiş olduğu için[4] kabul edilemez bulundu.

AYM, Balbay'ın tahliye taleplerinin sürekli olarak aynı ve yasal olmayan gerekçelerle reddedilmesi nedeniyle Anayasa'nın 141. maddesindeki hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddiasını ise kabul edilebilir bulmuş ve şikâyetin ifade biçimine göre incelemenin Anayasa'nın 19. maddesinin yedinci fıkrası kapsamında yapılması gerektiği sonucuna varmıştır. [5] Anılan hüküm şu şekildedir:

"Tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır. Serbest bırakılma ilgilinin yargılama süresince duruşmada hazır bulunmasını veya hükmün yerine getirilmesini sağlamak için bir güvenceye bağlanabilir."

AYM, bu hükmü uygularken çok alışık olmadığımız bir yöntem izlemiştir. Mahkeme, Balbay'ın kişi özgürlüğüne ilişkin ihlal iddiasını salt kişi özgürlüğü açısından incelememiştir. Her ne kadar, Mahkemenin bu konudaki incelemesi genel ilkelerin sayılması ile başlarmaktaysa da, başvuru milleti vekili olmasaydı da hakkının ihlal edilip edilmeyeceği konusu sonuca bağlanmadan, kişi özgürlüğünün sınırlandırılması meselesi seçilme hakkına bağlanmıştır. Bizce sorunlu olmakla birlikte bu yaklaşım, kararı diğer tutuklu milletvekilleri açısından daha ilginç bir hale getirmiştir. AYM'e göre seçilme hakkı sadece seçimlerde aday olma hakkını değil, aynı zamanda seçildikten sonra milleti vekili olarak parlamentoda bulunma hakkını da ihtiva etmektedir.[6] Bu nedenle, Anayasa 83. maddeyle milleti vekillerinin hiç bir baskı ve tehdit altında kalmadan serbestçe yasama faaliyetlerini yürütebilmelerini temin etmek için yasama sorumsuzluğu ve dokunulmazlığı kurumlarına yer vermiştir. Bununla birlikte, aynı hüküm bu dokunulmazlığa istisnalar getirmiştir. Bu istisnalardan biri

seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasa'nın 14. maddesinde düzenlenen hakkın kötüye kullanılması hükmüyle ilişkilendirilebilen suçlardır.

Ergenekon davasına bakan İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi, başvurusunun milletvekili seçilmesi üzerine tahliye edilmesi talebini değerlendirirken, başvuru hakkındaki soruşturmanın seçimlerden önce başlatıldığını ve durumunun Anayasa'nın 14. maddesine uyduğunu, milletvekili seçilmesinin başlı başına tahliye nedeni teşkil etmediğini belirterek, "*sevk maddelerinin ağır cezalı ve CMK 250. maddesi kapsamında kalan suçlara ilişkin olduğu, isnatların kuvvetli suç şüphesini içerdiği, başvurusunun milletvekili seçilmekle kaçma şüphesinin kalmadığı savının sübjektif bir değerlendirme olduğu, dosyadaki sanık sayısının çokluğu nedeniyle delillerin tamamının toplanamamış olduğu, iddianamede başvurucuyla irtibatlı olduğu iddia edilen diğer sanıkların savunmalarının alınmasının tamamlanamamış olduğu, tanıkların dinlenmesine ise henüz geçilemediği*" gerekçeleriyle tutukluluk halinin devamına karar vermiştir.[7]

AYM bu incelemeyi yetersiz bulmaktadır. AYM'ye göre "tutukluluğunun devamı hakkında karar verilen kişi milletvekili olduğu takdirde, çatışan değerlere bir yenisi eklenmekte ve kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının yanında, seçilmiş milletvekilinin tutuklu olması nedeniyle yasama faaliyetine katılamaması sonucu mahrum kalınan kamu yararının da dikkate alınması gerekmektedir. Bu çerçevede mahkemelerin milletvekili seçilen kişilerin tutukluluğunun devamına karar verirken hem kişi hürriyeti ve güvenliği hakkından hem de **seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının kullanılmasından kaynaklanan yarardan çok daha ağır basan** korunacak bir yararın varlığını somut olgulara dayanarak göstermeleri gerekir." [8]

AYM, bu denge analizinin genel durum saptaması ile yapılamayacağını, tahliyesini talep eden kişinin özel durumunun dikkate alınması ve bu anlamda tutukluluk gerekçelerinin kişiselleştirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu nedenle, genel gerekçelerle reddedilen, aynı zamanda milletvekili olan kişinin bu durumunu dikkate alarak durumunu kişiselleştirmeden verilen kararlar, Anayasayı ihlal etmektedir. Milletvekili seçilmiş olan başvurusunun kaçacağına ya da delilleri karartacağına dair inandırıcı somut olgular ortaya konulmamışsa salt Anayasa'nın 14. maddesine dayanılarak tutukluluğun devamına karar verilemez.

Bu bulgular sonrasında AYM, ihlalin giderilmesi için 6216 Sayılı Kanunun 50. Maddesi Yönünden inceleme yapmıştır. AYM'ye göre her ne kadar Anayasa'nın 19. maddesinin yedinci fıkrası ile 67. maddesinin birinci fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varılmışsa da hakkında mahkûmiyet kararı verilmekle başvurusunun tutukluluk hali sona ermiştir.[9] Muhtemelen bu nedenle, AYM başvurusunun, yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında takdiren 5.000,00 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir sonucuna ulaşmış ancak tahliyeye ilişkin görüş bildirmemiştir.

Balbay'ın tahliyesi

Henüz gerekçeli karar yayımlanmadan, AYM kararı nedeniyle Balbay'ın serbest bırakılması gerekip gerekmediği tartışılmaya başlanmıştır. İşin doğrusu, gerekçeli kararı okuyunca AYM'nin bile bu konuda kararsız olduğu gözlenebilmektedir. AYM, Balbay'ın tutukluluk halinde ihlal bulmuştur ama artık onun tutuklu değil hükümlü olduğunu düşünmektedir.

AYM'yi bu tereddüte sürükleyen neden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadıdır. AİHS'in kişi özgürlüğünü düzenleyen 5. maddesi, bu hakkın hangi koşullarda sınırlandırılabilirliğini de düzenlemektedir. Tutukluluk halinde özgürlüğün kısıtlanması 5. maddenin 1. fıkrasının (c) bendinde düzenlenmektedir. Buna göre "Kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması" nedeniyle kişinin özgürlüğü sınırlandırılabilir. Ancak aynı maddenin 3. fıkrasına göre "1.c fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutulan herkesin derhal bir yargıç veya yasayla adli görev yapmaya yetkili kılınmış sair bir kamu görevlisinin önüne çıkarılması zorunlu olup, bu kişi makul bir süre içinde yargılanma ya da yargılama süresince serbest bırakılma hakkına sahiptir". Buna göre, tutuklu bir kişi makul sürede yargılanacak, davanın koşulları buna uygun olmadığında ise serbest bırakılacaktır.

Ne var ki, 5. maddenin 1 (a) kuralı hükümlülükle tutukluluk halini ayırmaktadır. 5 (1) (a)ya göre "Kişinin, yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş mahkûmiyet kararı sonrasında yasaya uygun olarak

tutulması" meşru bir tutma halidir ve bu durum 5. maddenin 3. fıkrasına tabi değildir. Bunun anlamı şudur, eğer kişi hakkında verilmiş bir mahkumiyet kararı varsa artık bu kişi AİHM önünde makul sürede yargılanma ya da serbest bırakılma talebinde bulunamayacaktır. Eğer yargılama mahkumiyet kararı sonrasında temyiz aşamasında uzuyorsa, bu bir adil yargılanma ihlali olabilir ama kişi özgürlüğü ihlali değil. AİHM, ilk dönem içtihadından itibaren ilk derece mahkemesinin verdiği kararın kesinleşmemiş olsa bile 5 (1) (a) bakımından "mahkumiyet" sayılması gerektiğine karar vermektedir.[10]

Buradan bakıldığında, AYM'nin verdiği karar geçmişe yöneliktir ve tazminat ötesinde bir önlem alınması beklenemez. Ancak analizi genel olarak AYM'nin yetkisi açısından bir ileri noktaya götürmek gereklidir. Sözleşme'nin 53. maddesine göre "Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbirisi, herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşme uyarınca tanınmış olabilecek insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlandıracak veya onları ihlal edecek biçimde yorumlanamaz." Bir başka deyişle, AİHS kişi özgürlüğü açısından asgari ölçüyü göstermektedir, bunun altına inmek mümkün değildir ancak özgürlüğü daha geniş tutan bir ulusal yasa varsa AİHS bu yasanın uygulanmasına engel değildir. Türkiye'de ulusal hukuk bu açıdan güzel bir örnek sunmaktadır. 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 4. maddesine göre "Mahkûmiyet hükümleri kesinleşmedikçe infaz olunamaz". Bu nedenle Balbay'ın, hükümlü olarak tutulduğunu söylemeye ulusal hukuk müsaade etmemektedir. Balbay hala tutukludur, bu tutukluluk kararı da hukuka aykırıdır.

Bu saptama, aslında bize bir çok durumda, doğru yorumlanması koşuluyla, AYM denetiminin AİHS denetiminden daha çok hak tanıyan bir nitelik taşıma potansiyeli taşıdığını göstermektedir. Somut olay açısından sonuç ise kararın sadece geçmişe yönelik bir anlamının olmadığı devam eden bir duruma ilişkin olduğunu göstermesidir.

Hak ihlali iddiaları, iç hukuk yolları tüketilerek AİHM önüne geldiği için kural olarak geçmişte gerçekleşen bir ihlalin saptanması ve sonuçlarının giderilmesi talebini içermektedir. Bununla birlikte, ihlalin geçmişte başlamış olması herhalde geçmişte sonuçlanacağı anlamına gelmez. Bir ihlal zaman içinde devam edebileceği gibi bu ihlalin olumsuz sonuçları da zamana yayılabilir. İlk durumda bir süregelen (devam eden)[11] bir ihlal, ikinci durumda ise anında gerçekleşen (*instantaneous*) ihlal vardır. Devam eden ihlalde sonra erdirilmesi gereken ihlalin sonuçları değil bizzat kendisidir. Devam eden bir ihlal varsa ihlalcı devlet diğer ödevleri yanında öncelikle bu ihlale son vermelidir.[12] Haksız bir şekilde özgürlüğünden mahrum bırakılan kişinin tutulmaya devam edilmesi süregelen ihlale vücut verir.[13] Örneğin, Ilascu ve Diğerleri kararında AİHM başvuruçuların Sözleşmenin 5. maddesine aykırı ve keyfi olarak tutulduğuna karar vermiş, ancak ihlal tespiti yanında keyfi ve hukuka aykırı olarak alıkonan üç başvuruçunun bu durumlarının devam etmesinin Sözleşme'nin 46. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen AİHM kararlarının bağlayıcılığı ilkesine aykırı olduğunu tespit etmiştir.[14]

Bu nedenle, henüz hakkındaki karar kesinleşmemiş bulunan Balbay'ın geçmişte devam eden ihlal açısından tazminat alması, devam eden ihlal açısından ise tahliyesi gerekmektedir.

AYM kararının BDP'li vekillere uygulanması

Balbay kararının etkilerinin özeti şudur: 1. Milletvekili seçilen kişinin bu durumu dikkate alınarak, tutukluluğunun devamına, diğer etkenler yanında, seçilme hakkı da dikkate alınarak kişiselleştirilerek karar verilmelidir. 2. Türkiye'de bir kişinin hükümlü olarak özgürlüğünden mahkum olması için hakkındaki kararın kesinleşmesi gerekir. Kesinleşmeye kadar kişi tutukludur. 3. Kişi özgürlüğü ve seçilme hakkı tutukluluğun devamı kararı ile ihlal edilen milletvekiline tazminat ödenmesi yeterli değildir, devam eden ihlalin sonlandırılması için kişinin tahliye edilmesi gerekir.

Diyarbakır 5. Ağır Ceza Mahkemesinin Balbay kararını emsal göstererek tahliye talebinde bulunan İbrahim Ayhan'a ilişkin kararı[15], yukarıda anlattığımız hususların her iki Ağır Ceza Mahkemesi tarafından hiç dikkate alınmadığını göstermektedir. 5. Ağır Ceza Mahkemesi, tahliye talebini esastan incelememekte ve AYM kararına aykırı bir şekilde tutukluluğa ilişkin kişiselleştirmeyi yapmayı reddetmektedir.

Mahkeme'nin gerekçesi özetle şöyledir. Anayasa Mahkemesi'nin iki karar tipi birbirinden ayrılmalıdır. Birinci karar tipi, iptal/itiraz davalarında verilen kanunların, Kanun Hükmünde Kararname'lerin (KHK) ve İçtüzük hükümlerinin iptaline ilişkin kararlardır. İkinci tip kararlar ise bireysel başvuru denetiminde verilen kararlardır. 5. Ağır Ceza Mahkemesine göre bu iki karar tipinin etkisi,

bağlayıcılığı, kesinliği ve uygulaması farklıdır. İptal kararları, bir normu yürürlükten kaldırdığı için herkes açısından bağlayıcıdır. Anayasa'nın AYM kararlarının yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlayacağını söyleyen 153. maddesinin son fıkrası da bu kararlara ilişkindir. Ağır Ceza Mahkemesi'ne göre, iptal ve itiraz davalarından farklı olarak AYM'nin bireysel başvurular hakkında verdiği kararlar ise davanın tarafı olan kişiler açısından etkili olacaktır. Mahkemeye göre AYM bireysel başvurularda olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayan kararlar verebilir. Kararın sonraki bölümü AYM'nin Balbay kararı düşünüldüğünde çarpıcıdır:

"Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kapsamında Mustafa Balbay hakkında vermiş olduğu ihlal kararının Mahkememizde yargılanan Sanık açısından doğrudan veya dolaylı bir sonuç doğurması mümkün olmadığından sanık müdafinin Anayasa Mahkemesi'nin Mustafa Balbay hakkındaki kararını emsal göstererek tahliyesine ilişkin talebinin reddi ile sanığın üzerine atılı suçun vasfı ve mahiyeti, mevcut delil durumu, atılı suçu işlediğine dair kuvvetli suç şüphesinin varlığı, atılı suçun CMK 100/3 Maddesinde sayılan katalog suçlardan sayılması, adli kontrolün yetersiz kalacağı anlaşıldığından sanığın tutukluluk halinin devamına karar verilmesi gerektiği sonuç ve kanaatine varılmıştır".

Diyarbakır 5. Ağır Ceza Mahkemesi'nin kararı tam da AYM'nin Balbay kararında tespit ettiği ihlalin tekrarıdır. Milletvekili olan sanığın bu durumu, seçilme hakkı karşısında tutuklama tedbirini gerektirecek yoğunlukta bir gereklilik olup olmadığı kişiselleştirerek incelenmemiştir. Kararın mantığı şudur; burada ihlal varsa bir gün AYM'ye giderse AYM bu ihlali giderir.

Bireysel başvuruyu anlamsızlaştırarak etkisizleştirme

Diyarbakır 5. Ağır Ceza Mahkemesi'nin kararı, siyasal sonuçları ve milletvekillerinin özgürlük ve seçilme haklarının ihlalinin ötesinde; bireysel başvuru sisteminin, insan hakları hukukunun ne kadar yanlış anlaşıldığı ve uygulandığını göstermesi açısından ibretliktir. Bu anlayış devam ederse, bireysel başvuru sisteminin çok kısa bir süre içinde çökmesi kaçınılmazdır.

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkını tanıyan 148. madde değişikliği, hükmün Anayasaya eklenmesinin asli nedeninin AİHS ihlallerinin önlenmesi olduğu belirtilmiştir.[16] Her ne kadar bu Türkiye'ye karşı açılan davaların sayısının azaltılması şeklinde ifade edilmişse de, hükmün varlık amacının insan hakları ihlallerini mümkün olan süratte ve etkide azaltmak olduğuna şüphe bulunmamaktadır. Bu yönüyle Anayasa şikayeti yöntemi, AİHM'e yapılacak başvuruların alternatifidir. O halde AYM kararlarının da AİHM kararlarının alternatifi olarak kabulü gerekir. Bir AİHM kararı, Türkiye'de nasıl bir sonuç doğuruyorsa, AYM kararının da benzer bir sonuç doğurması zorunludur.

İlk bakışta AİHM kararlarının da Ağır Ceza Mahkemesinin ifade ettiği gibi sadece ilgili tarafları bağladığı varsayılabilir. Gerçekten de AİHS'in 46. maddesine göre "Yüksek Sözleşmeciler Taraflar, taraf oldukları davalarda Mahkeme'nin verdiği kesinleşmiş kararlara uymayı taahhüt ederler." Ne var ki bir AİHM kararı, davanın tarafları açısından doğurduğu etkilerle sınırlı değildir. Bir ihlalin tespiti, o davaya ilişkin sonuçları dışında da sonuçlar doğurur. AİHM kararı ilgili davaya ilişkin olarak verilmiş olarak gözüktükçe de uluslararası sorumluluk hukukunun doğal bir gereği olarak ihlali devlet koşullar gerektirdiği takdirde, ihlalin tekrarlanmaması için uygun güvenceler vermek durumundadır.[17] Nitekim, AİHM de ihlalin saptanması halinde davalı devletin sadece tazminat ödeme yükümlülüğü olmadığını genel önlemler almasının da gerekli olduğunu belirtmektedir.[18] Mahkemeye göre Sözleşmeye taraf olan devletlerin iç hukuklarını Sözleşmeyle uyumlu hale getirme yükümlülüğü bulunduğu için[19] ihlal bulgusunun doğal sonucu aynı nedenle yeni ihlallerin işlenmesini önleyecek önlemlerin alınmasıdır. Bu güvenceler, mevzuatı değiştirmek şeklinde olabileceği gibi benzer ihlallerin ortaya çıkmasını engelleyecek yapısal önlemler alma şeklinde de ortaya çıkabilir.

AİHS sistemi, devletin bu sorumluluğunu kontrol etmek için bir yapı kurmuştur. Sözleşme'nin 46. maddesinin 2. fıkrası uyarınca "Mahkeme'nin kesinleşen kararı, infazını denetleyecek olan Bakanlar Komitesi'ne gönderilir". Bakanlar Komitesi İçtüzüğü uyarınca, AİHM tarafından verilen kararların icrasını Bakanlar Komitesi üç başlık altında incelemektedir:

a. Mahkeme tarafından hükmedilen adil tatmin ve gerekiyorsa faizin ödenmesi;

b. gerektiğinde ve Yüksek Sözleşmeciler Taraf'ın kararın yerine getirilmesi için zorunlu olan araçları seçme hususunda takdirini dikkate alarak;

i. İhlalin sona erdirilmesini güvenceye alan ve zarara uğrayan tarafın, mümkün olduğu ölçüde, Sözleşme'nin ihlalinin gerçekleşmesinden önceki aynı duruma koyulmasını sağlayan bireysel önlemlerin alınması;

ii. Bulunan ihlal veya ihlallere benzer yeni ihlalleri engelleyen veya devam eden ihlallere son veren **genel önlemlerin alınması**. [20]

Görüldüğü gibi bir AİHM kararı sadece o davayla ilgili sonuç doğurmamakta aynı nitelikte olan diğer ihlallerin sonlandırılması ve yeni ihlallere vücut verilmemesi gibi bir genel sonucu da doğurmaktadır. Bu aslında insan hakları yargılamasının doğal sonucudur. Eğer yetkili makamlar AİHM veya AYM'nin verdiği ilke kararlarına uymazlarsa, AİHM ve AYM defalarca aynı kararları vermek zorunda kalacak, açıkça insan haklarına aykırı olduğu tespit edilmiş olan kural, işlem ve eylemler uygulanmaya devam edecektir. Türkiye'nin Strazburg sicili bu durumu açıkça ortaya koymaktadır. Bakanlar Komitesi'nin 2009 yılı raporunda Türkiye aleyhine verilmiş ve uygulanmayı bekleyen kararların % 89.95'inin kopya veya izole davalardan kaynaklandığı belirtilmektedir. [21] Bir başka deyişle, ilk ihlalden sonra gerekli düzenleme ve önlemler alınmadığı için aynı ihlaller 10 kez daha tekrar etmiştir. Bu durum, AİHS sistemini içinden çıkılmaz bir krize sokmuş, sürekli bir reform sürecini kaçınılmaz kılmıştır. Strazburg Mahkemesinde toplam bekleyen başvuru sayısı 150000'e kadar çıkmıştır. AİHS'in saptadığı ihlal kararlarının gerçekten etkili olabilmesinin ancak bu kararların sadece o kararda değil ilgili ülkenin kopya niteliğindeki tüm vakalarında uygulanması gerektiği artık herkesçe kabul edilmektedir. Türkiye dahil tüm devletlerde Anayasa şikayeti gibi yeni giderim mekanizmalarının teşvik edilmesinin asıl nedeni de budur.

Aynı ilke ve gerekçelerin AYM kararları için de geçerli olduğuna şüphe yoktur. AYM bireysel bir başvuruda ihlal bulunduğunda, bu kararın aynı durumda bulunan yüzlerce hatta binlerce kişiye uygulanmaması hem hukuk devleti ilkesine, hem adalete hem de usul ekonomisine aykırı olacaktır. Diyarbakır Mahkemesinin yaklaşımı kabul edilirse, örneğin, AYM bir kadının evlilik öncesi soyadını kullanma talebinin reddinin Anayasaya aykırı olduğunu tespit ettiğinde bu kural yerel mahkemeleri bağlamayacak, AYM 500 kez daha aynı nitelikte karar vermek zorunda kalacaktır. Ya da zorunlu din dersi ile ilgili verilen bir AYM kararı idare mahkemelerini bağlamayacak, AYM 1000 kere daha aynı ihlali saptamak zorunda kalacaktır. Diyarbakır 5 ve 6 no'lu Ağır Ceza Mahkemeleri, AYM'nin otoritesini reddederek sadece açıkça milletvekillerinin kişi özgürlüğü ve seçilme haklarını ihlal etmemekte aynı zamanda bireysel şikayet mekanizmasının temellerini torpillemektedir.

Evet, AİHS sisteminden farklı olarak, Anayasa'da veya yasalarda bireysel şikayetin genel sonuçlarına ilişkin açık bir hüküm yoktur. Ama olmasına gerek de yoktur. Adaletin ve hukukun üstünlüğünün tanındığı bir rejimde, temel hak ve hürriyetler eşit durumdaki herkese uygulanmalıdır. Bunun gerçekleşmesi halinde, adalet sağlamayan sistemin çökmesinden başka bir ihtimal yoktur. Bir başka deyişle, sorun sadece Kürt milletvekillerinin özgürlükleri, hatta şikayet mekanizmasının geleceği de değildir, adalet ve hukukun üstünlüğü üstüne inşa edilmemiş bir düzeni devam ettirme ettirmeme meselesidir. (KA/EKN)

[1] Anayasa Mahkemesi'nin 2012/1272 nolu ve 4.12.2012 tarihli kararı. Bundan sonra "Balbay Kararı" olarak anılacaktır.

[2] Balbay Kararı, para. 78.

[3] Balbay Kararı, para. 85.

[4] Balbay Kararı, para. 92.

[5] Balbay Kararı, para. 100.

[6] Balbay Kararı, para. 111.

[7] Balbay Kararı, para. 109.

[8] Balbay Kararı, para. 114.

[9] Balbay Kararı, para. 138.

[10] Wemhoff/Almanya, no. 2122/64, para. 9.

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

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

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

[14] Ilascu/Moldovya ve Rusya, no. 48787/99, 8.7.2004, para. 490.

[15] Diyarbakır 5. Ağır Ceza Mahkemesi, 2013/139 E., 16.12.2013 tarihli kararı.

[16] Gerekçe için
http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=82348.

[17] Devlet Sorumluluğu Taslak Maddeleri, md. 30 (b).

[18] Assanidze/Gürcistan [BD], no. 71503/01, ECHR 2004-II para. 198; Ilaşcu ve Diğerleri/Moldova ve Rusya [BD], no. 48787/99, ECHR 2004-VI, para. 487.

[19] Maestri/İtalya [BD], no. 39748/98, ECHR 2004-I, para. 47.

[20] Kararların ve Dostça Çözüm Hükümlerinin İnfazının İzlenmesine İlişkin Bakanlar Komitesi Kuralları. Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements, (Adopted by the Committee of Ministers on 10 May 2006 at the 964th meeting of the Ministers' Deputies) md. 6 (2).

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