

ANKARA 19. AĞIR CEZA MAHKEMESİ BAŞKANLIĞI'NA

DOSYA NO : 2017/189 Esas

TALEPTE BULUNAN: Selahattin DEMİRTAŞ

MÜDAFİİ : Av. Mahsuni KARAMAN

TALEP KONUSU : Halen Milletvekili olan ve 24 Haziran 2018 Tarihinde Yapılacak Cumhurbaşkanlığı Seçiminde Aday olup Adaylığı Kesinleşen Müvekkilin, Anayasanın 67. Maddesi ve AİHS Ek 1 Nolu Protokol 3. Maddesi Kapsamında Güvence Altına Alınan “Serbest Seçim Hakkı” da Nazara Alınarak Tahliyesine Karar verilmesi Talebidir.

I. SEÇİM HUKUKUNA İÇKİN EŞİTLİK VE SERBESTLİK İLKELERİ UYARINCA, TUTUKSUZ YARGILAMA GEREKİR.

Müvekkil S. Demirtaş, seçime katılma hakkını haiz ve parlamentoda grubu bulunan bir parti olarak HDP tarafından Anayasanın ilgili hükümleri uyarınca cumhurbaşkanı adayı gösterilmiş, adaylığı, Yüksek Seçim Kurulunca Resmi Gazetede yayımlanarak kesinleşmiştir. **EK- Resmi Gazete Örneği, Adaylık Başvurusu ve Tutanak Örneği**

Gerek Anayasa ve gerekse 298 s. kanun uyarınca seçimlere ilişkin ilkelerin en belirleyici olanları eşitlik ve serbestlik ilkeleridir. Eşitlik ve serbestlik ilkeleri, seçmenin seçme ve oy hakkını kapsadığı gibi, seçime katılacak adayların kullanacağı olanaklar ve yetkiler için de geçerlidir.

- 1) Serbest seçim hakkı, Anayasa’nın 67. maddesi ile AİHS’nin 1 No.lu Ek Protokolü’nün 3. maddesinde güvence altına alınmıştır.

"AY Madde 67 – Vatandaşlar, kanunda gösterilen şartlara uygun olarak seçme, seçilme ve bağımsız olarak veya bir siyasi parti içinde siyasi faaliyette bulunma ve halkoylamasına katılma hakkına sahiptir.

(Değişik fıkra: 23/7/1995-4121/5 md.) Seçimler ve halkoylaması serbest, eşit, gizli, tek dereceli, genel oy, açık sayım ve döküm esaslarına göre, yargı yönetim ve denetimi altında yapılır. Ancak, yurt dışında bulunan Türk vatandaşlarının oy hakkını kullanabilmeleri amacıyla kanun, uygulanabilir tedbirleri belirler."

- 2) Anayasa'da 6771 sayılı yasa ile kısmi değişiklikler yapılmış ve cumhurbaşkanlığı sistemi yürürlüğe girmiştir. Buna göre;

"AY Madde 77 – (Değişik: 21/1/2017-6771/4 md.)

Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri beş yılda bir aynı günde yapılır.

Süresi biten milletvekili yeniden seçilebilir.

Cumhurbaşkanlığı seçiminde birinci oylamada gerekli çoğunluğun sağlanamaması halinde 101 inci maddedeki usule göre ikinci oylama yapılır."

- 3) **298 S. Seçimlerin Temel Hükümleri Hakkında Kanun 1. madde gereğince, cumhurbaşkanlığı seçimlerinde de bu kanun hükümleri uygulanacaktır. Yasanın 2/1. maddesinde Seçim esasları:**

"Madde 2 – Seçimler, serbest, eşit, tek dereceli genel oy esaslarına göre yapılır." şeklinde tanımlanmıştır.

- 4) **Seçimlerin temel faaliyeti propaganda ve tanıtım faaliyetidir. Eşitlik ve serbestlik ilkesinin hayata geçmesi açısından tüm adayların tam bir serbestlikle ve eşit şekilde propaganda olanaklarından yararlanması, kendi programını seçmenin bilgisine sunması gerekir. Bu şekilde serbestçe oluşacak kamuoyu sonrasında seçmen gizli oyla seçimini yapar ve bu suretle demokratik sistemlerin tanımlayıcısı olan "etkin siyasal makamların seçimle belirlenmesi" ilkesi gerçekleşmiş olur.**

- 5) 298 s. yasanın 49,50 ve 51. maddelerinde açık ve kapalı yerlerde propaganda serbestliğine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Yasanın 51/A maddesi seçim büroları, 52. maddesi ise radyo ve televizyonlarda propaganda hususlarını düzenlemektedir.

"Propaganda serbestliği ve süresi:

Madde 49 – (Değişik: 25/8/1961-356/1 md.)

Seçimlerde propaganda, bu kanun hükümleri dairesinde serbesttir.

Madde 52 – (Değişik: 17/5/1979-2234/1 md.)

(Değişik: 10/6/1983-2839/46 md.) Özel kanunlardaki hükümler saklı kalmak üzere, seçime katılan siyasi partiler, oy verme gününden önceki 7 nci günden itibaren oy verme gününden önceki gün saat 18.00'e kadar radyo ve televizyonda propaganda yapabilirler.

(Değişik: 10/9/1987-3403/1 md.) Propaganda, oy verme gününden önceki onuncu günün sabahında başlar ve oy verme gününden önceki günün saat 18.00'inde sona erer.

(Değişik: 10/6/1983-2839/46 md.) Radyo ve televizyonda yapılacak propaganda yayınlarının, tam bir tarafsızlık ve eşitlik içinde yapılması, Yüksek Seçim Kurulu ile Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu tarafından sağlanır."

- 6) Seçim sürecinin temel faaliyetleri olan açık-kapalı yer toplantıları, radyo-televizyon konuşmalarının tutukluluk koşullarında yerine getirilmesi mümkün değildir.
- 7) Serbest seçimler ve eşitlik ilkesinin sadece soyut olarak kabulü yeterli değildir, fiili olarak da uygulanması gerekir. Her ne kadar müvekkil tutuklu olmasına rağmen cumhurbaşkanı adayı olarak seçime katılma hakkını kullanmakta ise de, seçim faaliyetlerine eşit şekilde katılmasının tutukluluk sebebiyle engellenmesi, Anayasanın 19. maddesi ile bağlantılı olarak 67/1 maddesini ihlal edecek niteliktedir.

II. CUMHURBAŞKANLIĞI ADAYLIĞI VE “SERBEST SEÇİM HAKKININ” İHLALİ

- 8) Müvekkil, 4 Kasım 2016 tarihinden bu yana tutukludur. Tutukluluk durumu, milletvekili olması nedeniyle seçilme hakkının ağır ihlali niteliğinde olduğu gibi, kendisine temsil yetkisi veren seçmen açısından da “seçme hakkının” ağır ihlalidir.
- 9) Nitekim müvekkil, tutuklu olduğu tarihten bu yana hiçbir yasama faaliyetine katılmadığı gibi, Eş Genel Başkanı olduğu Siyasi Parti adına 16 Nisan 2017 Tarihli Referandumda da herhangi bir faaliyet yürütememiştir. Türkiye Cumhuriyeti Devletinin siyasi niteliğinde sistemsel değişikliğe giden bu Anayasa değişikliğini konu edinen Referandumda geçerli oyların %50’sinden fazlasının EVET çıkması ile Anayasa değişikliği gerçekleşmiş, gerçekleşen bu Anayasa değişikliği sonrasında da erken genel seçime gidilmesine, Cumhurbaşkanı seçiminin de birlikte yapılmasına karar verilmiştir.
- 10) Müvekkil, Halkların Demokratik Partisinin Grup önerisiyle Cumhurbaşkanlığına aday olmuş, adaylığı Yüksek Seçim Kurulunca kesinleştirilerek Resmi Gazetede yayımlanmıştır.
- 11) Müvekkil dışında diğer 5 adayın, her türlü propaganda araçlarından yararlanarak seçim çalışması yürüttüğü bu şartlarda yapılan Cumhurbaşkanlığı seçiminin meşruiyetine gölge düştüğü genel olarak kamuoyunca da kabul edilmektedir.
- 12) Nitekim, müvekkilin tutukluluk koşullarında yapılacak bir Cumhurbaşkanlığı Seçiminin adil olmayacağı hususu, diğer bir çok Siyasi parti temsilcisi ve bizzat Cumhurbaşkanı Adayı olan Sayın Muharrem İNCE ve Sayın Temel KARAMOLLAOĞLU tarafından da sıklıkla dile getirilmektedir. Diğer taraftan özellikle sosyal medya ve diğer kitle iletişim araçları ile milyonlarca seçmenin bu konuya dikkat çektiği, konunun ulusal ve uluslararası kamuoyunda tüm sıcaklığı ile

tartışılmaya devam ettiği de bir gerçektir. **EK-Dosya Halinde, Basında Çıkan Haber ve Düşünce Açıklamaları**

- 13) Bir cumhurbaşkanı adayı olarak, ülke siyaseti ile ilgili gündem ve strateji belirleme hak ve ödevi olan müvekkilin, tutuklu bulunduğu F Tipi Cezaevinden seçim çalışmalarını yürütmesi, seçmenle bir araya gelerek miting, toplantı vb. propaganda araçlarından yararlanması imkansızdır.
- 14) Bir ifade biçimi olan seçimlerde ifade özgürlüğü temelli olarak iki tür hak gündeme gelmektedir: Birinci olarak halkın kendisini ifade hakkı, ikinci olarak aday olan kişinin seçilme hakkı. Anayasanın 67. maddesinde ifade bulan seçme ve seçilme hakkı, sadece bir seçimde aday olmayı veya bir seçimde oy kullanmayı güvenceye bağlayan bir hüküm değildir. Seçme ve seçilme hakkının etkili olarak kullanılmasının somut tüm koşullarının yaratılması gerekliliğine de işaret eden bir hükümdür. Cumhurbaşkanı adayı olan müvekkilin mevcut tutukluluk halinin, işaret edilen ve serbest seçim hakkının özünü oluşturan somut koşulları ortadan kaldırdığı tartışmadan aridir.
- 15) Demokrasi, en basit tanımıyla, siyasal iktidarın belirlenmesinde halkın söz sahibi olduğu rejimdir. Temsilcilerin serbest seçimlerle iş başına gelmeleri ve bu seçimlerin düzenli aralıklarla tekrarlanmaları, demokrasinin vazgeçilmez kuralıdır. Seçimlerin serbest olması demek, birden fazla aday arasında gerçek bir tercihe olanak vermesi demektir. Bu ise:
- Herkesin seçimle gelinen görevlere aday olabilmelerini;
 - Adayların, hukuken eşit koşullarda yarışabilmelerinin güvenceye alınmasını;
 - Seçme hakkının, çağdaş demokratik ilkelere uygun olarak tanınmış olmasını gerektirir.
- 16) Anayasa'nın 67. maddesi ile AİHS'nin 1 No.lu Ek Protokolü'nün 3. maddesinde güvence altına alınan serbest seçim hakkı, sadece seçimlerde aday olma hakkını değil, aynı zamanda seçildikten sonra milletvekili olarak parlamentoda bulunma hakkını da ihtiva etmektedir. Seçmenler açısından ise sadece oy kullanmayı değil, yasamanın oluşumuna katkıda bulunma ve yasama organında temsil edilmeyi kapsamaktadır. (AİHM, Rıza ve Diğerleri v. Bulgaristan, Başvuru No: 48555/10 ve 48377/10, 13.10.2015, para. 148) Bu bağlamda seçilmiş milletvekilinin yasama faaliyetine katılmasına yönelik müdahale, sadece onun seçilme hakkına değil, aynı zamanda seçmenlerinin serbest iradelerini açıklama hakkına da yönelik bir müdahale teşkil edebilmektedir. (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz: Sadak ve Diğerleri v. Türkiye, Başvuru No: 25144/94, 26149/95, 26154/95, 27100/95, 27101/95, 11.06.2002, para. 33, 40) (AYM, Kemal Aktaş ve Selma Irmak başvurusu, Başvuru No: 2014/85, 03.01.2014, para. 54)
- 17) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Ek 1 Nolu Protokolünün 3 maddesi ile “Serbest Seçim Hakkı”, **“Sözleşmeci Taraf Devletler yasama organının seçimi için, halkın**

kendi düşüncelerini serbestçe ifade etmesinin güvence altına alındığı koşullarda, makul aralıklarla ve gizli oyla serbest seçimler yapmayı taahhüt eder.” şeklinde düzenlenmiştir.

- 18) AİHM **"serbest seçim hakkı"**nı Avrupa kamu düzeninin temel unsuru olan demokrasinin en önemli ilkelerinden biri olarak kabul etmektedir. AİHM, Sözleşme'ye Ek 1 Nolu Protokol'ün 3. maddesinin koruduğu hakların, hukukun üstünlüğüne dayanan etkili ve anlamlı bir demokrasinin temellerinin kurulması ve sürdürülmesi için hayati öneme sahip olduğunu belirtmiştir. (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz: Mathieu-Mohin ve Clerfayt v. Belçika, Başvuru No: 9267/81, 02.03.1987, para. 47; Ždanoka v. Letonya [BD], Başvuru No: 58278/00, 16.03.2006, para. 103; Yumak ve Sadak v. Türkiye [BD], Başvuru No: 10226/03, 08.07.2008 para. 105)
- 19) Öte yandan, seçme ve seçilme hakkı, mutlak olmayıp meşru amaçlarla sınırlanabilir. Nitekim Anayasa'nın 67. maddesinde siyasi haklara **"kanunda gösterilen şartlara uygun"** olarak sahip olunacağı belirtilmiş, maddede bazı özel sınırlamalara yer verilmiş ve Anayasa'nın diğer maddelerinde de bu hakların kullanılmasına yönelik bazı sınırlamalar öngörülmüştür. Anayasa'da belirtilen sebeplere dayanılarak kanunla getirilen sınırlamaların Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen şartlara uygun olması gerekmektedir. Benzer şekilde, AİHM de bu hakların sınırlandırılabilirliğini kabul etmekte, ancak bu sınırlamaların **"yasama organının seçiminde halkın görüşlerinin serbestçe açıklanması"**nı ve bu anlamda belli kişilerin veya grupların ülkenin siyasal hayatına katılımlarını engelleyici, söz konusu hakkın özünü zedeleyecek ve etkisini ortadan kaldıracak ölçüde olmaması ve öngörülen amaçla orantılı olması gerektiğini belirtmektedir. (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz: Mathieu-Mohin ve Clerfayt v. Belçika, Başvuru No: 9267/81, 02.03.1987, para. 52; Tanase v. Moldova [BD], Başvuru No: 7/08, 27.04.2010, para. 157, 158, 161) AİHM, orantılık ölçütünü aynı zamanda müdahalenin keyfi olmaması gerektiği açısından da ele almaktadır. (AİHM, Yumak ve Sadak v. Türkiye [BD], Başvuru No: 10226/03, 08.07.2008, para. 109(iii))
- 20) AİHM, serbest seçim hakkına yönelik kısıtlamalarda şu ölçütlere göre hareket etmektedir. **Sınırlandırmanın (a) mahkeme ve seçim uyuşmazlıklarını çözen organların kararları da dâhil olmak üzere öngörülebilen olması (b) seçilme hakkının özüne zarar verecek ve etkinliğini ortadan kaldıracak nitelikte olmaması, (c) meşru bir amaca yönelik olması ve (d) sınırlandırmada kullanılan aracın orantısız olmaması gerekmektedir.** Aksi bir tutum, yasama organının seçilmesinde halkın kanaatlerinin özgürce açıklanmasını engelleyecektir (Mathieu-Mohin ve Clerfayt v. Belçika).
- 21) Halen milletvekili olan ve bir önceki Cumhurbaşkanlığı seçiminde, yaklaşık 20 milyon nüfusa tekabül edecek şekilde 6 milyonu aşkın seçmenin oyunu alan müvekkilin, 24 Haziran 2018 tarihinde yapılacak olan Cumhurbaşkanlığı seçimine **"tutukluluk şartlarında"** katılıyor olmasının, serbest seçim hakkını tamamen ortadan kaldırdığı bir vakadır.

22) AİHM'in, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Ek 1 Nolu Protokolün 3. Maddesinde düzenlen serbest seçim hakkının ihlali şikayetleri ile ilgili, sadece yasama organı seçimleri yönünde bir tartışma yürütmediği, aynı zamanda yasama faaliyetlerinin bir kısmını kullanabilecek olan Cumhurbaşkanı/Devlet Başkanı seçimlerinde de uyguladığı bilinmektedir.

23) Gerçekten de kural olarak devlet başkanı, bazı ülkelerde yasama faaliyetine, başta onaylama/veto etme olmak üzere bir takım etkilerde bulunmak suretiyle katılım sağlamaktadır. Ancak, Batı demokrasilerinde çoğunluğu oluşturan diğer bazılarında ise yürütmenin bir kanadını/başını oluşturan devlet başkanı, yasanın oluşumuna katılmamakta, yasanın yürürlüğüne yönelik ısrar etme veya geri göndermeyle sınırlı biçimde etki etmektedir. Dolayısıyla konuya salt organik kriterle yaklaşıldığında yürütme alanında bulunduğu açık olan devlet başkanının, prosedürel gerekçelerle yasama bünyesinde düşünülmesi söz konusu olabilmektedir. (Yrd. Doç.Dr. Tolga Şirin, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Serbest Seçim Hakkı*)

24) AİHM, Devlet başkanının seçimine yönelik başvurularda bu konudaki yaklaşımını belli ölçüde farklılaştırmıştır. Örneğin Azerbaycan'ın eski başbakan yardımcısı ve dışişleri bakanı Resul Guliyev'in, vaktiyle hakkında açılan çeşitli ceza davalarından dolayı ABD'ye iltica etmesinden dolayı, Cumhurbaşkanlığı seçimi adaylık başvurusu, Azerbaycan Anayasası hükümleri gereğince reddedilmiş ve konu Mahkeme önüne taşınmıştır. Mahkeme bu davada, geçmiş dönemden farklı olarak, seçimi yapılan makamın nasıl adlandırıldığı ile ilgilenmemiş, **bunun yerine söz konusu makamın yasama (legislature) sayılıp sayılamayacağını üzerinde durmayı tercih etmiştir. Bu kararda Mahkeme, Azerbaycan devlet başkanı her ne kadar yürütmenin başı olsa da, bu makama seçilen kişinin, parlamentodan geçen yasaları imzalama, veto etme ve aynı zamanda başkanlık kararnamele yayımlama gibi yasamayla ilişkili sınırlı yetkilere sahip olduğuna dikkat çekmiştir.** Ancak Mahkeme'ye göre bu yetkiler, "Parlamentonun yasa kabul etmesi" gibi münhasıran parlamentoya ait olan "saf yasama iktidarı" boyutunda değildir. Çünkü devlet başkanının yasama sürecindeki yetkileri, "parlamentoya rağmen" veya "parlamentonun yerine geçerek" gerçekleştirilebilecek nitelikte değildir. Mahkeme'ye göre bu yetkiler "Azerbaycan'ın cumhuriyetçi hükümet yapısının fren ve denge sistemi açısından çok sınırlı yorumlanacak" karakterdedir. **Yani Mahkeme, geçmiş içtihatlardan farklı olarak bir organın şekli anlamda yasama olarak adlandırılmış olması ile ilgilenmemiş, maddi bir araştırmaya girişmiştir.** (Yrd. Doç.Dr. Tolga Şirin, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Serbest Seçim Hakkı*)

25) Dolayısıyla kural olarak ilk bakışta, P1-md.3'ün devlet başkanının seçimlerinde uygulanmayacağına yönelik genel bir çıkarıma ulaşmak mümkün görünse de, Howard Davis'in altını çizdiği üzere bu tespit yanıltıcıdır. Çünkü yukarıda da değindiğimiz üzere, birçok hukuk sisteminde devlet başkanlarının, (yasa teklif etmek veya veto etmek

vb. gibi) yasama erki ile ilişkili çok önemli yetkileri bulunmaktadır. (Yrd. Doç.Dr. Tolga Şirin, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Serbest Seçim Hakkı*)

26) Öyle ki Mahkeme de, bu gerçeğin farkında olarak, yukarıda aktardığımız *Guliyev v. Azerbaycan* kararından birkaç ay sonra verdiği *Boskoski v. FYR Makedonya* kararında; P1-md.3'ün yasama organı seçimlerine uygulanma olasılığının dışlamadığını açıkça ifade ederek, **eğer devlet başkanlığı makamına yasa teklif etme ve kabul etme yetkisi ya da yasa metnini kontrol etme konusunda geniş bir keyfiyet veya esas yasa düzenleme makamlarını sorgulama yetkisi açıkça verilmiş ise; bu makama yönelik seçimin P1-md.3 anlamında yasama organı seçimi olarak görülebileceğini ifade etmiştir.** Hal böyle olunca devlet başkanlığı seçiminin kategorik olarak P1-md.3 kapsamı dışında olduğunu söylemek, kanımızca bu bilgi ışığında mümkün değildir. Yani özetlersek; **Mahkeme, söz konusu seçimin sadece isminin “devlet başkanlığı seçimi” olması ile ilgilenmemekte, fakat aynı zamanda seçilecek olan kişinin maddi anlamda yasama sürecinin bir parçası olup olmadığı üzerinde durmaktadır.** Dolayısıyla bu saptamadan hareketle yasama fonksiyonuna dâhil olacak bir devlet başkanının seçimi de pek ala P1- md.3 kapsamındadır denilebilir. (Yrd. Doç.Dr. Tolga Şirin, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Serbest Seçim Hakkı*)

27) Türkiye'deki somut durumun, AİHM'ce ortaya konulan ilkeler ışığında, yani Seçilecek Cumhurbaşkanının maddi açıdan yasama sürecinin/fonksiyonunun bir parçası olup olmadığının değerlendirilmesi için 16 Nisan 2017 tarihinde Referandum ile kabul edilen Anayasa değişikliğindeki Cumhurbaşkanının görev ve yetkilerine bakmayı gerektirmektedir.

28) Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri başlıklı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 104. Maddesinde, Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri içerisinde sayılan:

- “Kanunları yayımlar”,
- “Kanunları tekrar görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderir”,
- Kanunların, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün tümünün veya belirli hükümlerinin Anayasaya şekil veya esas bakımından aykırı oldukları gerekçesiyle Anayasa Mahkemesinde iptal davası açar.
- Cumhurbaşkanı yardımcılarını ve bakanları atar ve görevlerine son verir.
- Milletlerarası andlaşmaları onaylar ve yayımlar.
- Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları gerekli gördüğü takdirde halkoyuna sunar.
- Türk Silahlı Kuvvetlerinin kullanılmasına karar verir.
- Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Anayasada

münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir.

29) Yukarıda belirtilen tüm yetkilerin, yasama organına ait yetkiler olduğu, özellikle *“Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez.”* Şeklindeki hüküm ile Cumhurbaşkanına, bir takım sınırlar olmak kaydı ile **hemen her konuda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılma yetkisi verildiğini** ve dolayısıyla da esas itibarıyla bu konularda bir yasama organı gibi yasama faaliyetinde bulunacağı aşikardır.

30) Seçilecek Cumhurbaşkanının, maddi açıdan yasama fonksiyonuna dahil olacağı, zira, yasama faaliyetleri kapsamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarabileceği nazara alındığında, yapılacak seçimlerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Ek 1 Nolu Protokolünün 3. Maddesi ile güvence altına alınan *“Serbest Seçim Hakkı”* çerçevesinde ele alınacağı muhakkaktır.

III. HALEN DEVAM EDEN MİLLETVEKİLİ STATÜSÜ NEDENİYLE TUTUKSUZ YARGILAMA ESASTIR.

31) 2820 s. Yasanın 3. maddesine göre Siyasi partiler, “milletvekili ve mahalli idareler seçimleri yoluyla, tüzük ve programlarında belirlenen görüşleri doğrultusunda çalışmaları ve açık propagandaları ile milli iradenin oluşmasını sağlayan” ve “ülke çapında faaliyet göstermek üzere teşkilatlanma” yetkisine sahiptir.

32) Parlamenter demokraside halk ile yönetim arasındaki bağlantıyı ve parlamentonun siyasi meşruiyetini, demokratik usul ve esaslara göre belirlenen seçimler aracılığıyla halkın temsilcisi olarak seçilen milletvekilleri gerçekleştirirler.

33) Anayasa'nın 67. maddesinde seçme, seçilme ve bağımsız olarak veya bir siyasi parti içinde siyasî faaliyette bulunma hakkı güvence altına alınmıştır. Anayasanın 68/2 ve 2820 s. Siyasi Partiler Kanunu 4/1 maddeleri uyarınca “Siyasi partiler, demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurlarıdır.”

34) Anayasanın 87. maddesi gereğince yasama yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne aittir. Keza yasama yetkisini kullanacak milletvekilleri Anayasa'nın 67/2 maddesinde tanımlanan demokratik usullerle halk tarafından seçilir.

35) Serbest seçimlerle halk adına yasama, bütçeyi kabul etme, Hükümeti ve bakanları denetleme, uluslararası sözleşmeleri imzalama yetkisi verilen milletvekillerinin asli görev alanı parlamento olup, bu görev alanı üstün kamusal yararı haizdir.

36) **AYM'nin Anayasanın 04.12.2013 tarih ve 2012/1272 başvuru sayılı Mustafa Balbay kararında**, milletvekillerinin yasama faaliyetlerinde anayasal bir koruma alanına sahip oldukları ifade edilmiştir. Söz konusu kararda, "**Yasama yetkisinin sahibi olan parlamento ve onu oluşturan milletvekillerinin anayasal sınırlar içinde toplumda var olan farklı siyasi görüşlerin temsilcileri oldukları bildirilen gerekçede, serbest seçimlerle halkın adına karar alma yetkisi verilen milletvekillerinin asli görev alanının parlamento olduğu, sahip oldukları görev alanının üstün kamusal yarar ve önem içerdiği**" belirtilmiş, "**Aslolan halkın siyasi iradesinin engellenmemesi ve hakkın özünün etkisiz hale getirilmemesidir. Seçilmiş milletvekillerinin yasama faaliyetlerini yerine getirmelerini engelleyecek ölçüsüz müdahaleler halk iradesiyle oluşan siyasal temsil yetkisini ortadan kaldıracak, seçmen iradesinin parlamentoya yansımaları önleyecektir**" ifadesine yer verilmiştir.

37) AYM kararında çeşitli AİHM kararlarına (Mathieu-Mohin ve Clerfayt/Belçika B.no 9267/81, Zdanoka/Letonya B. no 58278/00, Yumak ve Sadak/Türkiye B.no 10226/03, Tanase/Moldova B. no:7/8) atıfla, AİHS ek 1 protokol 3. maddesinin koruduğu hakların, "**hukukun üstünlüğüne davalı etkili ve anlamlı bir demokrasinin kurulması ve sürdürülmesi için hayati bir öneme sahip olduğu**" vurgulanmıştır. Seçilme hakkının mutlak olmayıp meşru amaçlarla sınırlanabileceği, ancak bu sınırlamaların "**yasama organının seçiminde halkın görüşlerinin serbestçe açıklanmasını ve bu anlamda belli kişilerin veya grupların ülkenin siyasal hayatına katılımlarını engelleyici, söz konusu hakkın özünü zedeleyecek ve etkisini ortadan kaldıracak ölçüde olmaması ve öngörülen amaçla orantılı olması gerektiği**" kriterlerine yer verilmiştir.

38) AYM kararı ile M. Balbay'ın seçildikten sonraki tutukluluk süresinin 2,5 yılı geçtiğinden, milletvekili olarak görevini yerine getirmesinin engellendiği sonucuna varılarak, nihayetinde uzun tutukluluk sebebiyle Anayasanın 19. maddesinin ve yine bağlantılı olarak 67. maddesi 1. fıkrasının ihlal edildiğine hükmedilmiştir.

39) Keza AYM'nin aynı yöndeki 2013/9895 B. nolu İbrahim Ayhan kararında da aynı gerekçelerle Anayasa 67 ve 19. maddelerinin ihlal edildiği tespit edilmiştir:

"52. Anayasa'nın 67. maddesi seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma haklarını güvenceye almaktadır. 67. maddenin birinci fıkrasına göre, "Vatandaşlar, kanunda gösterilen şartlara uygun olarak seçme, seçilme ve bağımsız olarak veya bir siyasi parti

içinde siyasi faaliyette bulunma ve halkoylamasına katılma hakkına sahiptir". Seçimler ve siyasi haklar Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan demokratik devletin vazgeçilmez unsurlarıdır. Siyasi haklar, seçimlerde oy kullanma, aday olma ve seçilme haklarının yanında siyasi faaliyette bulunma hakkını da kapsar.

53. Seçilme hakkı sadece seçimlerde aday olma hakkını değil, aynı zamanda seçildikten sonra milletvekili olarak parlamentoda bulunma hakkını da ihtiva etmektedir. Bu da hiç kuşkusuz, kişinin seçildikten sonra milletvekili sıfatıyla temsil yetkisini fiilen kullanabilmesini gerektirir. Bu bağlamda seçilmiş milletvekilinin yasama faaliyetine katılmasına yönelik müdahale, sadece onun seçilme hakkına değil, aynı zamanda seçmenlerinin serbest iradelerini açıklama hakkına da yönelik bir müdahale teşkil edebilir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz: Sadak ve Diğerleri/Türkiye, B. No: 25144/94, 26149/95, 26154/95, 27100/95, 27101/95, 11/6/2002, §§ 33, 40). AİHM, milletvekili-seçmen ilişkisinden hareketle, ifade özgürlüğünün halkın seçilmiş temsilcileri için özellikle önemli olduğunu, zira milletvekilinin seçmeni temsil ettiğini, onların taleplerine dikkat çekerek menfaatlerini savunduğunu, dolayısıyla bir muhalif milletvekilinin ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin daha sıkı bir denetimi gerektirdiğini vurgulamıştır (Castells/İspanya, B. No: 11798/85, 23/12/1992, § 42).

54. Anayasa'nın 83. maddesi, milletvekillerinin hiç bir baskı ve tehdit altında kalmadan serbestçe yasama faaliyetlerini yürütebilmelerini temin etmek için yasama sorumsuzluğu ve dokunulmazlığı kurumlarına yer vermiştir. Bu bağlamda milletvekillerine yasama faaliyetleri sırasındaki oy ve sözleri nedeniyle mutlak bir sorumsuzluk tanınmıştır. Ayrıca milletvekillerinin işledikleri iddia edilen suçlar nedeniyle tutulma, tutuklanma, sorgulanma ve yargılanmaya karşı, yasama faaliyetlerine aksatmadan katılmalarını temin etmek maksadıyla dokunulmazlık yoluyla koruma altına alınmışlardır. Bu güvenceler, milletvekillerine tanınan bir ayrıcalık ya da imtiyaz olmaktan ziyade, temsil ettikleri seçmenlerinin görüş ve düşüncelerinin siyasal alanda gereği gibi yansıtılmasını sağlamaya dönük koruyucu tedbirlerdir. Nitekim Anayasa Mahkemesi 30/12/1997 tarihli kararında dokunulmazlığın amacını "yasama organı üyelerini, görevlerini tam olarak yerine getirmelerini engelleyecek gereksiz suçlamalardan korumak" şeklinde ifade etmiştir (E. 1997/73, K.1997/73, K.T. 30/12/1997).

55. Bununla birlikte Anayasa'nın 83. maddesinde yasama dokunulmazlığına bazı istisna ve sınırlamalar getirilmiştir. Buna göre dokunulmazlık kural olarak milletvekilliği süresiyle sınırlıdır. Yine bu süre içerisinde, seçimden önce veya sonra herhangi bir suç işlediği iddiasıyla bir milletvekilinin dokunulmazlığının Meclis kararıyla kaldırılabilmesi mümkündür. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ile seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasa'nın 14. maddesindeki durumlar ise dokunulmazlık kapsamı dışında tutulmuştur. Davaya bakan mahkemenin gerekçesinden, başvurucunun durumunu Anayasa'nın 14. maddesi kapsamında kaldığı yönünde değerlendirdiği anlaşılmaktadır.

56. Anayasa'nın 83. maddesinde 14. maddeye atıfla getirilen istisna, Anayasa'nın 67. maddesindeki seçilme hakkı da dikkate alındığında dar ve özgürlük lehine yorumlanmalıdır."

- 40)** Müvekkil hakkında her ne kadar dokunulmazlığın kaldırılması ile yargılama yapılmakta ise de, esasen, Anayasaya geçici 20. madde eklenmesine ilişkin 6718 s. yasanın 1. maddesi, Anayasanın 2, 10, 13, 25, 26, 36, 38, 67, 83, 85 ve 87. maddeleri ile Anayasa kuvvetindeki TBMM iç tüzüğü'nün 131,132,133 ve 134. maddelerine açıkça aykırı olduğundan, mevcut yargılama ve bu yargılama kapsamındaki tutukluluk da tümüyle hukuka aykırıdır.
- 41)** Anayasa teklifinin gerekçelerinde, 1. maddenin gerekçesi, Anayasa'nın 85. Maddesinde öngörülen Anayasa Mahkemesi denetiminin bertaraf edilmesinin amaçlandığını göstermektedir. Teklifin genel gerekçesinde 562 fezlekenin hepsinin siyasi ve yargısal hiçbir denetimden geçirilmeden işleme konması mutlak bir gereklilikmiş gibi yansıtılmakta, böylece seçme ve seçilme hakkına yapılabilecek tüm müdahalelerin önünün hiçbir denetime tabii olmaksızın, keyfi biçimde açılmak istendiği açıkça ortaya konmaktadır. İktidar partisinin girişimiyle, muhalefetteki HDP milletvekilleri hedeflenerek, meclis aritmetiğini değiştirmeye yönelik siyasi amaçlarla ve keyfi olarak dokunulmazlıklar kaldırılmış, böylece seçmenlerin seçme hakkı ihlal edilmiştir. Yasanın kabul tarihine kadar fezleke artışı grafiği de göz önüne alındığında, müdahalenin siyasi amaçlarla gerçekleştirilmesi AİHS'in 18. ve Anayasa'nın 13. maddesine de aykırıdır.
- 42)** AİHM, milletvekilleri özelinde devlete karşı sadakat ile Hükümete karşı sadakat arasında bir fark olduğu kanaatindedir. Demokratik bir devlette, milletvekillerinin ve özellikle de muhalefette olanların rolü Hükümetin politikasını değerlendirerek onun halk önünde hesap vermesini sağlamak ve bu şekilde seçmenleri temsil etmektir. Ayrıca, bazen açıkça birbirleriyle çelişen, değişik meşru amaçların izlenmesi sadece kabul edilebilir değil, aynı zamanda, çoğulculuğu sağlamak ve seçmenlere kendi politik düşüncelerini yansıtan tercihler yapma olanağı vermek için gereklidir. Bunun dışındaki her pozisyon, milletvekillerinin kendi seçmenlerinin, özellikle azınlık gruplarının, düşüncelerini temsil etme kapasitelerine zarar verir. (AİHM, Tanase v. Moldova, para. 166-167)
- 43)** AİHM'ye göre, muhalefet partilerinden milletvekillerinin sunmak istedikleri bir politik programın, başkaları tarafından devletin mevcut yapısına ve ilkelerine aykırı kabul edilmesi, bu programın demokratik kurallara aykırı olduğunu göstermemektedir. Aksine, sadece veya esasen muhalefet aleyhine yapılmış görünen ve özellikle nitelikleri gereği muhalefetteki siyasi partilerin bir gün iktidara gelme şanslarını ortadan kaldıran tüm tedbirler ve bu tip bir kısıtlama, 1 no'lu Protokol'ün 3. maddesi ile korunan hakları, özlerine zarar verecek ve onları her türlü etkililikten yoksun bırakacak şekilde sınırlamaktadır. Yine AİHM'ye göre, iktidardaki partiye gelen oylarda gerileme olduğu bir dönemde, muhalefet partisinden vekillere seçilme yasağı getirilmesi, tedbirin

orantısız olduğunu ortaya koyan başka bir durumdur. (AİHM, Tanase v. Moldova, para. 179)

44) Anayasanın 19. maddesindeki özgürlük ve güvenlik hakkının sınırlandırılmasına ilişkin koşullardan "kanunilik ve öngörülebilirlik" kriteri esasen gerçekleşmemiştir.

45) Kaldı ki, müvekkil hakkında her ne kadar dokunulmazlığın kaldırılması ile yargılama yapılmakta ise de, yargılamanın tutuklu olarak sürdürülmesi bir zorunluluk değildir. 6718 s. yasanın 1. maddesi ile Anayasaya eklenen geçici 20. madde uyarınca, dokunulmazlık 20.05.2016 tarihine kadar Adalet Bakanlığına, Başbakanlığa, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına veya Anayasa ve Adalet komisyonları üyelerinden kurulu Karma Komisyon Başkanlığına intikal etmiş fezlekeleri kapsayacak şekilde kaldırılmıştır. 20.05.2016 tarihinden sonraki süreç için dokunulmazlığı kaldırılan milletvekilleri dahil olmak üzere tüm vekillerin dokunulmazlığı devam etmektedir.

46) Bu haliyle, 20.05.2016 tarihi öncesi döneme dair ithamlarla ilgili tutuklu yargılamanın sürdürülmesi, devam eden milletvekilliği sıfatı bakımından müvekkilin yasama faaliyetini yerine getirmesini engellemektedir. Müvekkilin tutukluluk hali, hem tutukluluk süresi itibarıyla ve hem de hukuki durumu itibarıyla AYM'nin Balbay kararı ile benzerlik arz etmektedir.

VI. TUTUKLULUĞUN GENEL ŞARTLARI DA BULUNMAMAKTADIR.

47) Müvekkil, hakkında tutuklama kararı verildiği ve iddianamenin hazırlandığı tarihte Halkların Demokratik Partisi'nin Eş Genel Başkanıdır ve yine Anayasa'nın 67. Maddesi çerçevesinde siyasal faaliyet yürütmektedir. **AİHM Lingens/Avusturya kararında** **değinildiği üzere; “siyasal tartışma özgürlüğü, Sözleşme’nin her noktasına egemen olan demokratik toplum kavramının tam da merkezinde yer alır.”**

48) Anayasa Mahkemesi Başvuru no. 2013/2947, 17.12.2015 tarihli Engin Demir kararında, BDP siyaset akademisinde ders verdiği gerekçesiyle tutuklanan başvuru, Engin Demir’in “Başvurucunun tutuklu kaldığı 2 yıl 2 ay 28 gün boyunca basmakalıp ifadelerle, tahliye talebine ilişkin ilgili ve yeterli gerekçeler sunulmadan tutukluluğunun devam ettirilmesi” nedeniyle **başvurucunun Anayasa ve AİHS’te korunan “özgürlük ve güvenlik hakkının” ihlalini edildiği tespit edilmiştir.**

49) AİHM’in Fox, Campbell ve Hartley - Birleşik Krallık kararında belirtildiği üzere **“bir olayda tutuklanmayı meşru kılacak makul şüphenin var olduğunun söylenebilmesi için, bir kimsenin suç işlediğine dair objektif bir gözlemciyi ikna edebilecek kadar yeterli olgu veya bilginin bulunması gerekir.” Dolayısıyla hakkında tutuklamayı meşru kılacak bir makul/kuvvetli şüphe bulunmayan müvekkilin AİHS madde 5 kapsamında da hakkı ihlal edilmiş olmaktadır.**

50) Yargılamaya konu fiiller, müvekkilin siyasi parti eş başkanı ve milletvekili sıfatıyla yaptığı konuşmalar, açıklamalar, toplantılar gibi faaliyetlerdir.

51) Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 10.05.2016 tarih ve 2007/8-244 E. 2008/92 K. Sayılı Baskın Oran ve İbrahim Kaboğlu davasının temyiz incelemesi nedeniyle verdiği bozma ilamında da açıkça belirtildiği üzere “ceza yargılamasında kıyas yoluyla suç oluşturulamaz.” Soruşturmanın yapıldığı ve iddianamenin hazırlandığı süreçte siyasi parti başkanı ve milletvekili olan müvekkilin kendi başına suç teşkil etmeyen basın açıklamaları, toplantı ve yürüyüşlerin, varsayıma dayalı olarak yasa dışı bir örgütün faaliyeti olarak nitelendirilmesi Ceza Muhakemesinde esas olan kıyas yasağına aykırıdır.

52) Müvekkil hakkında görülen dava dosyası kapsamında iddianameye konu tüm deliller toplanmıştır. Davaya konu fiillerin niteliği ve dosyaya “delil” olarak konulmuş olan ses kayıt dökümü ve fotoğraflar dikkate alınır ve tüm bu fiillerin müvekkilin siyasi faaliyeti kapsamında yapıldığı dikkate alınınca, müvekkilin “delil karartma” ihtimal gerekçe gösterilerek tutuklanması ve tutukluluk halinin bugüne kadar devam etmesi yasaya ve içtihatlaraya aykırıdır.

53) AİHM, 12369/86 başvuru sayılı Letellier - Fransa kararında; ulusal makamların muhakeme sürecinde makul şüpheye ek olarak, tutukluluğun devamını haklı kılabilen “ilgili” ve “yeterli” nedenler bulunup bulunmadığına dair “özel bir özen” gösterip göstermediklerini de incelemiştir.

54) Dokunulmazlıkların kaldırılmasına ilişkin yasa 20.05.2016 tarihinde çıkarılmış, müvekkil ise 4 Kasım 2016 tarihinde tutuklanmıştır. Suç teşkil edecek herhangi bir fiili olmadığı için müvekkil hiç bir şekilde kaçmayı düşünmemiştir. Müvekkilin yargılanmasına neden olan tüm fiilleri Anayasanın 67. maddesi kapsamındaki iktidar partisinden farklı açıdaki siyasi faaliyetlerinden ibarettir.

55) Müvekkil, cumhurbaşkanlığına aday olmakla, demokratik siyasi faaliyetlerinden vazgeçme niyetinin de, herhangi bir şekilde kaçma şüphesinin de olmadığını da bir kez daha ortaya koymuştur.

56) AİHS 5, Anayasa 19, CMK 100. maddeleri ile AİHM içtihatlarına göre; delil karartma ve kaçma şüphesinin soyut değil, somut olması, somut delillerle ispatı gerekir.

TALEP :

- Mvekilin, gerek milletvekili olması ve gerekse de 24 Haziranda yapılacak Cumhurbaşkanlığı seçiminde adaylığının kesinleşmiş olması nedeniyle, mevcut tutukluluk halinin, Anayasanın 19, AİHS'in 5. maddesinde düzenlenen kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ile birlikte "serbest seçim hakkını" düzenleyen Anayasanın 67 ve AİHS Ek 1 Nolu Protokolün 3. maddesinin ihlali niteliğinde olması,
- Tutukluluk süresinin 1 yıl 6 ayı aşmış olması,
- Delillerin toplanmış ve etki edilebilecek herhangi bir delilin bulunmaması,
- Milletvekili olması ve Cumhurbaşkanlığı adaylığı kesinleşmiş olması karşısında kaçma şüphesini değil, kaçmayacağını gösteren somut olguların bulunması nedeniyle müvekkilin BİHAKKIN TAHLİYESİNE karar verilmesini talep ediyoruz. 15.04.2018

(İstanbul Milletvekili-Cumhurbaşkanı Adayı)

Selahattin DEMİRTAŞ

Vekilleri

Av. Mahsuni KARAMAN

Av. Yıldız İMREK

Av. Ramazan DEMİR

Av. Sertaç BULUTTEKİN

Av. Aygl DEMİRTAŞ