



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

BÜYÜK DAİRE

SELAHATTİN DEMİRTAŞ v. TÜRKİYE DAVASI (No. 2)

(Başvuru no. 14305/17)

KARAR

STRAZBURG

22 ARALIK 2020

İşbu karar, kesindir ancak bazı şekli değişikliklere tabi tutulabilir.

Selahattin Demirtaş v. Türkiye (No. 2) davasında,

Başkan

Ksenija Turković

Hâkimler

Linos-Alexandre Sicilianos,

Yonko Grozev,

Vincent A. De Gaetano,

Helen Keller,

Aleš Pejchal,

Krzysztof Wojtyczek,

Mārtiņš Mits,

Gabriele Kucsko-Stadlmayer,

Alena Poláčková,

Pauliine Koskelo,

Tim Eicke,

Péter Paczolay,

Lado Chanturia,

Gilberto Felici,

Erik Wennerström,

Saadet Yüksel,

ve *Büyük Daire Yazı İşleri Müdürü* Johan Callewaert'ın katılımıyla Büyük Daire olarak toplanan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi,

18 Eylül 2019 ve 12 Kasım 2020 tarihlerinde yapılan kapalı müzakere sonrasında,

12 Kasım 2020 tarihinde kabul edilen aşağıdaki kararı vermiştir:

USUL

1. Davanın temelinde, Türkiye vatandaşı olan Selahattin Demirtaş tarafından İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına ilişkin Sözleşme'nin ("Sözleşme") 34. maddesine uygun olarak, 20 Şubat 2017 tarihinde, Türkiye Cumhuriyeti Devleti aleyhine Mahkeme'ye yapılmış olan başvuru (no. 14305/17) bulunmaktadır.

2. Başvurucu, Diyarbakır, İstanbul ve Ankara'da avukatlık yapan M. Karaman, A. Demirtaş Gökalp, B. Molu, R. Demir ve K. Altıparmak tarafından temsil edilmiştir. Türkiye Hükümeti ("Hükümet") ise kendi görevlileri tarafından temsil edilmiştir.

3. Başvurucu, tutukluluğunun Sözleşme'nin 5., 10., 18. maddelerini ve Sözleşme'ye Ek 1 Numaralı Protokol'ün 3. maddesini ihlal ettiğini iddia etmiştir.

4. Başvuru, 29 Haziran 2017 tarihinde Hükümet'e bildirilmiştir.

5. Başkan Robert Spano, hâkimler Ledi Bianku, Işıl Karakaş, Paul Lemmens, Valeriu Grițco, Jon Fridrik Kjølbro, Ivana Jelić ve Daire Yazı İşleri Müdürü Stanley Naismith'ten oluşan Mahkeme İkinci Dairesi, 20 Kasım 2018 tarihinde kararını açıklamıştır. Daire, oy birliği ile, başvurunun 5. maddenin 1. fıkrasının, 5. maddenin 3. ve 4. fıkrasının ve 18. maddenin ve Sözleşme'ye Ek 1 Numaralı Protokol'ün 3. maddesinin ihlal edildiği iddiasını kabul edilebilir bulmuştur. Daire, oy birliği ile, 5. maddenin 1. ve 4. fıkrasının ihlal edilmediğine, 5. maddenin 3. fıkrasının ve Ek 1 Numaralı Protokol'ün 3. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Daire, altıya karşı bir oyla Sözleşme'nin 18. maddesinin 5. maddenin 3. fıkrasıyla bağlantılı olarak ihlal edildiğine karar vermiştir. Daire ayrıca, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiği iddiasını ayrıca incelemeye gerek görmemiştir.

6. 19 Şubat 2019 tarihinde Hükümet ve başvuru, Sözleşme'nin 43. maddesi uyarınca davanın Büyük Daire'ye taşınmasını talep etmiştir. Büyük Daire paneli, bu talebi 18 Mart 2019 tarihinde kabul etmiştir.

8. Hem başvuru hem Hükümet, davanın kabul edilebilirliğine ve esasına ilişkin görüşlerini sunmuştur.

9. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri ("İnsan Hakları Komiseri") yargılamalara müdâhil olma hakkını kullanarak dava hakkındaki yorumlarını yazılı olarak ibraz etmiştir (Sözleşme'nin 36. maddesinin 3. fıkrası ve Mahkeme İç Tüzüğü'nün 44. maddesinin 2. fıkrası).

10. Daire başkanı, Uluslararası Parlamenterler Birliği (IPU) ve Article 19 ile İnsan Hakları İzleme Örgütü isimli iki sivil toplum kuruluşunun birlikte ("müdâhil sivil toplum kuruluşları") Sözleşme'nin 36. maddesinin 2. fıkrası ve Mahkeme İç Tüzüğü'nün 44. maddesinin 3. fıkrası kapsamında müdâhil olması için izin vermiştir.

11. Hükümet ve başvuru, müdâhil tarafların görüşüne karşı cevap vermiştir.

12. 18 Eylül 2019 tarihinde, Strazburg'ta, İnsan Hakları Binası'nda bir duruşma yapılmıştır.

13. 19 Kasım 2019 – 14 Temmuz 2020 tarihleri arasında değişik tarihlerde Hükümet ve başvuru, ek beyanlarda bulunmuştur.

OLGULAR

14. Başvurucu, 1973 doğumludur. Başvurunun yapıldığı tarihte, Edirne’de tutuklu bulunmaktadır.

I. BAŞVURUCUNUN SİYASİ KARIYERİ

15. Söz konusu tarihte başvuru, sol görüşlü Kürt yanlısı bir siyasi parti olan Halkların Demokratik Partisi’nin (HDP) eş genel başkanı idi. 22 Temmuz 2007’den bu yana, Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) üyesi idi. 1 Kasım 2015 tarihli genel seçimlerin ardından, HDP’den tekrar milletvekili seçilmiş ve 24 Haziran 2018 kadar milletvekili olarak görev yapmıştır.

16. 10 Ağustos 2014 tarihli cumhurbaşkanlığı seçimlerinde oyların %9.76’sını almıştır. Başvurucu ayrıca, oyların %8.32’sini aldığı 24 Haziran 2018 tarihli cumhurbaşkanlığı seçiminde de aday olmuştur.

II. 6-8 EKİM 2014 OLAYLARI

17. 2014 yılının Eylül ve Ekim ayında, silahlı terör örgütü IŞİD üyeleri, Türkiye’nin Suruç sınırından 15 kilometre uzakta bulunan Suriye’nin Kobane şehrine bir saldırı başlatmıştır. IŞİD ile Suriye’de kurulan ve PKK ile bağlantıları sebebiyle Türkiye tarafından terör örgütü olarak görülen YPG arasında silahlı çatışmalar yaşanmıştır.

18. 2 Ekim 2014’ten sonra, Türkiye’de çok sayıda eylem düzenlenmiş, yerel ve uluslararası bazı sivil toplum kuruluşları Kobane’yle dayanışmaya çağıran açıklamalar yayınlamıştır.

19. 5 Ekim 2014 tarihinde PKK liderlerinden biri tarafından Twitter’da bu paylaşım yapılmıştır:

“Gençleri kadınları 7’den 70’e herkesi Kobane’ye sahip çıkmaya onurumuzu namusumuzu korumaya metropollerini işgal etmeye çağırıyoruz.”

20. 6 Ekim 2014 tarihinde HDP’nin resmi Twitter hesabı olan @HDPgenelmerkezi hesabından aşağıdaki üç tweet atılmıştır:

“Halklarımıza acil çağrı! Şuanda toplantı halinde olan HDP MYK’dan halklarımıza acil çağrı! Kobane’de durum son derece kritiktir. IŞİD saldırılarını ve AKP iktidarının Kobane’ye ambargo tutumunu protesto etmek üzere halklarımızı sokağa çıkmaya ve sokağa çıkmış olanlara destek vermeye çağırıyoruz.”)

“Kobanê’de yaşanan katliam girişimine karşı 7 den 70 e bütün halklarımızı sokağa, alan tutmaya ve harekete geçmeye çağırıyoruz.”)

“Bundan böyle her yer Kobane’dir. Kobane’deki kuşatma ve vahşi saldırganlık son bulana kadar süresiz direnişe çağırıyoruz.”

21. Aynı gün, PKK örgütünün “şehir kanadı” olan ve Yargıtay tarafından terör örgütü olarak kabul edilen KCK tarafından bir açıklama yapılmış, bu açıklama www.firatnews.com internet sitesinde yayımlanmıştır:

“Kobani ile başlayan devrim dalgası tüm Kürdistan’a yayılmalı ve Bu temelde Kürt gençliğinin ayaklanması çağrısında bulunuyoruz... Bütün halkımız Suruç’a gidebilecekler hemen bir saniye zaman kaybetmeden gitmeli ve Kürdistan’ın her karış toprağı Kobanê için ayağa kalkmalıdır... Tüm halkımızı yediden yetmişe bulunduğu her yerde yaşamı IŞİD ve işbirlikçisi AKP’ye dar etmeye ve serhıldanı en üst düzeyde geliştirerek bu katliamcı çetelere karşı durmaya çağırıyoruz.”

22. 7 Ekim 2014 tarihinde KCK Yürütme Konseyi tarafından yapılan açıklama, aynı internet sitesinde yayınlanmıştır:

“Halkımız bu çirkin ve sinsî katliam karşısında başlattığı mücadeleyi her yere, her zamana taşıyarak süreklileştirmelidir. Kuzey halkımız IŞİD çetelerine, uzantılarına ve destekçilerine hiçbir yerde yaşam şansı tanımamalıdır. Tüm sokaklar Kobani sokaklarına dönüştürülmeli, tarihin bu eşsiz direnişine denk bir direniş gücü ve örgütlülüğü geliştirilmelidir. Bu saatten itibaren milyonlar sokaklara akmalı, sınır insan seline dönüşmelidir. Her Kürt ve onurlu her insan, dostlar, duyarlı kesimler bu andan itibaren eyleme geçmelidir. An direniş eylemini geliştirme ve büyütme anıdır. Bu temelde tüm halkımızı, duyarlı kesimleri, dostlarımızı Kobani direnişini sahiplenerek büyümeye, başta Kürt gençleri olmak üzere tüm gençleri Kobani de özgürlük saflarına katılarak direnişi yükseltmeye çağırıyoruz.”

23. 6 Ekim 2014’ten sonra eylemler (bakınız 18. paragraf) giderek şiddetlenmiştir. Şiddetin yayılmasının ardından, bazı şehirlerde sokağa çıkma yasakları ilan edilmiştir.

24. 7 ve 9 Ekim 2014 tarihinde başvuru tarafından eylemlerde şiddet kullanılmasına karşı çıkan iki açıklama yapılmıştır. Başvuru, partisinin Hükümet ile işbirliği yapmaya hazır olduğunu ancak önce şiddet olaylarının arkasındaki provakatörlerin tespit edilmesi gerektiğini söylemiştir.

25. Anayasa Mahkemesi’nin başvurusunun bireysel başvurusunda (no. 2016/25189) 21 Aralık 2017 tarihinde verdiği kararda belirtilen sayılara göre, 6 ve 8 Ekim 2014’te meydana gelen olaylarda 50 kişi hayatını

kaybetmiş, güvenlik mensubu 331 kişinin de dâhil olduğu en az 772 kişi yaralanmıştır. En az 1,881 araç ve hastane ve okullar da dâhil olmak üzere 2,558 bina zarar görmüştür. Soruşturma makamları tarafından başlatılan soruşturmalar kapsamında 4,291 kişi gözaltına alınmış, 1,105 kişi tutuklanmıştır. (bakınız Anayasa Mahkemesi kararının 30. paragrafı) Savcılara göre, şiddet, HDP'nin Twitter hesabından yaptığı çağrının ardından artmıştır.

26. 9 Ekim 2014 tarihinde başvuru, HDP'nin Diyarbakır binasında bir konuşma yapmıştır. Konuşmanın ilgili bölümleri şu şekildedir:

“DAEŞ örgütünün Mürşitpınar sınır kapısına dayandığını öğrendiğimiz için bahsi geçen çağrılar yaptık, insanlar sokağa çıktı hiçbir yerde şiddet kullanılmadı. Şiddet kullanılsın demedik. Siyasi mücadele amaçlı bir çağrı yaptık. Şiddeti büyüten HDP'nin çağrısı değil, halkın gösterileri değil. Tahrik edenleri bulmak hükümetin görevidir. Şiddet eylemleri olmamalı. Kobane'yi sahiplenme eylemlerine müdahale edilmemeli ...”

27. Başvurucuyla yapılan röportaj, 13 Ekim 2014 tarihinde Evrensel gazetesinde yayımlanmıştır:

“Doğrudan Kobaniyle bağlantılıdır. Öfkeyi yatıştırabilecek olan biz değiliz. Bizim halk üzerinde ne böyle bir gücümüz vardır ne de buna gerek vardır. Yani halk IŞİD'e karşı durmasın sempati duysun diye uğraşacak değiliz. Biz hükümetin atacağı pratik adımların IŞİD'in Kobani'den püskürtülmesiyle sonuçlanmasının bu öfkeyi durduracağını düşünüyoruz. Elbette ki bundan kastettiğim şiddet olayları değil. Biz silah kullanma, yakıp yıkmaya, yapmalama gibi şiddet eylemlerini teşvik etmedik, tahrik etmedik, örgütlemedik ama halkın öfkesinin alanlarda, meydanlarda, gece gündüz evinde, sokakta, arabasında elindeki bütün imkânlarla bir protestoya dönüşmesinin çağrısını yaptık. O çağrının da halen arkasındayız.”

III. “ÇÖZÜM SÜRECİ” VE SONU

28. Barış ve Demokrasi Partisi (BDP) eş genel başkanı olduğu 11 Ekim 2011 tarihinde başvuru, partisinin grup toplantısında bir konuşma yapmıştır. Konuşmanın ilgili bölümleri şöyledir:

“İmralı'da tutulan bir şahıs değildir, Türkiye'nin özgürlüğe, barışa dair geleceğidir. O nedenle ev hapsini kısa vadede hemen uygulamaya koymalıdır hükümet, bu öneri ciddi bir öneridir. Bakın yıllarca, "gidin İmralı'da görüşme yapın" dedik, saldırdınız, hakaretler ettiniz "böyle şey mi olur" dediniz. Bunu söylerken bile gidip görüştünüz. İyi de yaptınız. Görüştüğünüz yıllarda akan

kanı durdurdunuz, ateşkesleri sağladınız. Fena mı oldu? Kim bilir kaç bin insanın canı kurtuldu, kaç bin gencin canı kurtuldu, kaç bin ananın acısını önlediniz fena mı oldu? Önerimiz yerindeydi, doğrudu, ısrar ettik gerçekleşti. Şimdi bu yaptığımız öneriyi de sağduyuyla sağlıklı, akılcı bir şekilde Türkiye tartışmak durumundadır. Bildiğimiz, inandığımız, doğru, akılcı, gerçekçi yolu gösteriyoruz. Bunun dışındaki hiçbir yol çözüm yolu değildir. Şuraya buraya bayrak dikmekle, bayrak dikmeye çalışmakla sadece kan dökersiniz, sadece sorunu on yıllarca ertelersiniz, sorunu büyütürsünüz. Ama akılcı yolları gösterenleri linç etmeye çalışırsanız ortada görüşebileceğiniz, ortada konuşabileceğiniz hiç kimse kalmayacaktır. Bize yönelik bu linç tutumu, bizim önerilerimize karşı bu hakaretvari yaklaşım çözümün önünü tıkayan en ciddi, en sıkıntılı anlayıştır. Açıkça tartışılsın, ev hapsinin neyi yanlıştır? Ortada bir Kürt sorunu var mı? Var. Osmanlı'dan devraldığımız tarihi bir sorunla karşı karşıya mıyız? Evet. Bu sorunu çözmek zorunda mıyız? Evet. Bu sorun 29 isyana konu olmuş mu? Evet. Son isyan hangisi? Bu isyan, bu isyanın lideri kim? Abdullah Öcalan. O nerede? İmralı'da.”

29. 2012 yılının sonuna doğru, Kürt sorununa barışçıl bir çözüm bulmak amacıyla “çözüm süreci” olarak bilinen bir barış süreci başlatılmıştır. Türkiye’de insan haklarının korunmasını geliştirmek amacıyla bir dizi reform kabul edilmiştir. Başvurucunun da olduğu milletvekillerinden oluşan heyet, Abdullah Öcalan’ın tutulduğu cezaevinin bulunduğu İmralı adasında ziyaretler gerçekleştirmiştir. 28 Şubat 2015 tarihinde heyet, o dönemin Başbakanı ile “Dolmabahçe Mutabakatı”nı duyurmuştur. Dönemin Başbakanı, mutabakatın Türkiye’deki terör faaliyetlerini sona erdirecek önemli adımlar atılacağı anlamına geldiğini belirtmiştir. Ancak, bu duyurunun ardından kısa bir süre sonra Cumhurbaşkanı, bir terör örgütüyle anlaşmaya varmanın söz konusu olamayacağını söylemiştir. Bu açıklama, çözüm sürecinin sonu olarak görülmüştür. Bunun akabinde, 7 Haziran 2015 tarihli genel seçimlerden birkaç hafta önce Başbakan Yardımcı basına şu açıklamada bulunmuştur: “HDP barajı geçerse, çözüm süreci kalmaz.”

30. 5 Haziran 2015 tarihinde HDP’nin Diyarbakır’daki son seçim mitinginde IŞİD tarafından yapıldığı anlaşılan ve iki kişinin hayatını kaybettiği bir terör saldırısı gerçekleştirilmiştir. 100’den fazla kişi yaralanmıştır.

31. 7 Haziran 2015 tarihinde genel seçimler yapılmış, ilk defa Kürt yanlısı bir parti barajı geçerek Meclis’e girmiştir. HDP, oyların %13.12’sini alarak ikinci büyük muhalefet partisi olmuştur. Ek olarak, AKP, 2002’den bu yana ilk kez Meclis’teki çoğunluğu kaybetmiştir.

32. 20 Temmuz 2015 tarihinde Suroç'ta, 34 kişinin hayatını kaybetmesine ve 100'den fazla insanın yaralanmasına neden olan ve IŞİD tarafından yapıldığı anlaşılan bir terör eylemi olmuştur.

33. 22 Temmuz 2015 tarihinde, PKK tarafından yapıldığı iddia edilen, Ceylanpınar'da iki polis memurunun evlerinde öldürüldüğü başka bir terör saldırısı yaşanmıştır. "Çözüm süreci"nin sona ermesiyle sonuçlanan cinayetin failleri hala tespit edilememiştir.

34. Bu saldırıdan bir gün sonra, güvenlik güçleri ile PKK arasındaki silahlı çatışmalar tekrar başlamıştır. PKK liderleri halkı silahlanmaya ve silahlı çatışmalarda kullanılmak için yeraltı sistemleri ve tüneller kurmaya çağırmıştır.

35. 28 Temmuz 2015 tarihinde Cumhurbaşkanı basın açıklamasında HDP liderlerinin terör eylemlerinin "bedelini" ödeyeceğini söylemiştir. Açıklamanın ilgili bölümleri şöyledir:

"Ben parti kapatılması olayını doğru bulmuyorum. Fakat bu partinin yöneticilerinin bu işin bedelini ödemeleri gerekir diyorum. Fert fert, birey birey."

36. Aynı gün başvuru partisinin grup toplantısında bu konuşmayı yapmıştır:

"Biz, ne dağdakinin, ne askerdekinin, ne polisin öldürülmesine izin vermeyeceğiz, hiçbirini normal karşılamayacağız. Onlar bedel ödemesin. Biz bedel ödemek için halkımızdan yetki aldık, bize bunun için oy verdiler. Ne bedel ödenecekse, biz hazırız. Ama bizimle mücadele edenler de, bize düşmanlık yapanlar da en az bizim kadar cesur olmalılar. Yoksa kaybederler, kaybedecekler. Bunu hep birlikte göreceğiz. Onlar bu direniş karşısında yenilecekler. Türkiye'nin barış duygusu kazanacak. Türkiye'nin özgür yarınları, özgür geleceği kazanacak. Yeter ki, nasıl bir HDP ilkesi etrafında birleştiğimizi tek bir dakika bile unutmayalım."

37. 10 ve 19 Ağustos 2015 arasında Türkiye'nin çoğu güney doğu bölgesinde olan 19 farklı şehirde özyönetim ilan edilmiştir.

38. PKK gençlik kolu olarak kabul edilen YDG-H üyeleri, aralarında Cizre, Sur, Silopi, İdil ve Nusaybin'in de olduğu Türkiye'nin doğu ve güney doğusunda yer alan bazı şehirlerde güvenlik güçlerinin girişlerini engellemek amacıyla hendek kazmış ve barikat kurmuştur. Güvenlik güçlerine göre, YDG-H üyeleri bölgeye çok sayıda silah ve patlayıcı getirmiştir.

39. Ağustos 2015'te, vali ve kaymakamlar güney doğudaki bazı şehirlerde sokağa çıkma yasağı ilan etmiştir. Bu tedbirin amacı, terör örgütü

üyeleri tarafından kazanılan hendeklerin temizlenmesi, gömülen patlayıcıların kaldırılması ve sivillerin şiddet eylemlerine karşı korunması olarak açıklanmıştır. Güvenlik güçleri, ağır silahlar kullanarak, sokağa çıkma yasağı ilan edilen bölgelerde operasyonlar düzenlemiştir.

40. 19 Ağustos 2015 tarihinde Siirt'te PKK tarafından gerçekleştirilen terör saldırısı sonucunda sekiz asker hayatını kaybetmiştir.

41. 6 ve 8 Eylül 2015 tarihinde PKK tarafından düzenlenen iki terör saldırısında on altı asker ve on üç polis öldürülmüştür.

42. Sur'da sokağa çıkma yasağı ilan edilmesinin ardından başvuru, 13 Eylül 2015 tarihinde Lice'de basın açıklaması yapmış ve şunları söylemiştir:

“Halkımız atananların değil seçilmişlerin yetkili olduğu kendi meclisleri ile belediye ile kendini yönetmek istiyor. Halkımız her yerde baskı politikalarına katliam politikalarına karşı direnebilecek güçtedir. Bütün saldırılara karşı kendimizi koruyacak gücümüz var. Çaresiz olmadığımızı gösteriyoruz, birlikte direneceğiz, kendi ana vatanımızı da tarihimizi de unutmadan haklarımızı da savunarak hep birlikte kurtuluşa gideceğiz.”

43. 10 Ekim 2015 tarihinde, Ankara'da IŞİD tarafından Türkiye tarihinin en ölümcül saldırıcı olarak kabul edilen bir terör saldırısı gerçekleştirilmiştir. 100'den fazla insan ölmüş, 50'den fazla insan yaralanmıştır. Mağdurların büyük bir çoğunluğu, aralarında HDP'nin de olduğu çok sayıda sivil toplum kuruluşunun şiddete karşı memnuniyetsizliğini ifade etme çağrısına cevap vermek üzere eyleme katılan kişilerdi.

44. Koalisyon hükümeti kurulması için yapılan görüşmelerin başarısızlıkla sonuçlanmasının ardından 1 Kasım 2015 tarihinde erken seçime gidilmiş, HDP oyların %10.76'sını almıştır. AKP seçimi ve Meclis'te çoğunluğu kazanmıştır.

45. Başvuru, 18 Aralık 2015 tarihli basın açıklamasında şunu söylemiştir:

“Bugün operasyon yaptığınız her yerde korku ve panik havası değil coşku havası hâkim. Neden biliyor musunuz? O insanlar daha ilk günden kazandıklarından o kadar eminler ki. Onurlu, şerefli, haysiyetli bir davanın savunucularıdır. Bir kez daha zulmün, faşizmin kazanmasına izin vermeyeceğiz, bu direniş kazanacaktır. Öyle hendek, çukur diye küçümsemeye çalışanlar da dönüp tarihe baksınlar. On milyonlarca kahraman, yiğit bu darbeye karşı direnen insan var. Sen halka karşı savaş açmışsın. Halk her yerde direnir, direnecektir. Önümüzdeki haftasonu 26-27 Aralık'ta

Diyarbakır’da Demokratik Toplum Kongresi’nin olağanüstü kongresine bizler de katılacağız. Öz yönetimin, özerkliğin inşası ve içinin doldurulması sürecinn siyasi zeminde daha güçlü yönetilmesi için çok yoğun tartışmalar yapacağız, önemli kararlar alacağız. Bunların hepsini hayata geçireceğiz.”

46. Başvurucu, 22 Aralık 2015 tarihinde Meclis’te yaptığı konuşmada şunları dile getirmiştir:

“Saraybosna’ya bakın. 4 yıl boyunca Saraybosna’da bir kuşatma yaşandı, 4 yıl. Mahalle mahalle ablukaya aldılar. Ne yaptı oradaki insanlar? Bugün övgüyle, coşkuyla, kahramanlık öyküsüyle anlattığımız Saraybosna’da o katliam, soykırım politikalarına karşı ne yaptı insanlar; hendek kazdılar, barikat kurdular, perde astılar keskin nişancılar vurmasın diye, yeraltına tüneller kazdılar ablukayı kırmak için, kendilerine yemek ve su bulabilmek için yeraltından ulaşım sağlamaya çalıştılar. Aynı şeyi bugün Davutoğlu kendi ülkesinde ilçelere dayatıyor. Askeri operasyonlar son bulsa, polis operasyonları son bulsa, şu sokağa çıkma yasakları kaldırılrsa, « özyönetim nedir, özerklik nedir, bunu bir dinleyelim, gelin, müzakere edelim » dese bir hükümet, ne kaybedecek ?”

47. 26 Aralık 2015 tarihinde başvuru, Demokratik Toplum Kongresi toplantısına katılmıştır. Burada, özyönetimi ve direnişi savunan bir konuşma yapmıştır. Başvurucu, Ankara’daki yetkililerin katliam planlarına karşı barikatların kurulduğunu ve hendeklerin kazıldığını söylemiştir. Demokratik Toplum Kongresi’nin sonuç bildirisi, özerk bölgelerin kurulması çağrısını da içermiştir.

48. 29 Aralık 2015 tarihinde Cumhurbaşkanı basın açıklamasında başvuruçunun açıklamasının “açık bir provakasyon ve ihanet” olduğunu söylemiştir.

49. Cumhurbaşkanı, 2 Ocak 2016 tarihli basın açıklamasında şunları söylemiştir:

“İki eşbaşkanın yaptığı açıklamalar kesinlikle anayasa suçu. Haklarında cumhuriyet başsavcılıklarının başlattıkları süreçler var. Bu konular takip edilmeli. Parti kapatma olayı gündeme dahi gelmemeli. Ama suçu irtikap eden milletvekili, belediye başkanı veya başkaları olabilir. Bunlar bunun bedelini ödemek durumundadır. Diyarbakır ve Ankara başsavcılıklarının başlattığı soruşturmaları da bu çerçevede değerlendirmek lazım. Dokunulmazlıklarının kaldırılması suretiyle başlayacak süreç, inanıyorum ki terörle mücadele açısından ülkemizdeki havayı da olumlu yönde etkileyecektir. Ülkeyi parçalayıp bölmeye yönelik mesajları kabul etmemiz mümkün değil. Devlet içinde devleti kabul etmemiz asla mümkün değil. Bunlara karşı gerekli cevabın verilmesi, müeyyide uygulanması, yargı mekanizmasının devreye

girmesi suretiyle atılması gereken adımlar var. Meclis'te 160'ı aşkın dosyaları var. Bunlar gözden geçirildiği zaman neyi kapsıyor, masaya yatırılacak ve ona göre adım atılacaktır.”

50. 12 Ocak 2016 tarihinde başvuru, partisinin Meclis'teki grup toplantısında konuşma yaparak bir kez daha özyönetimi ve “direnişleri” savunmuştur. Konuşmanın ilgili bölümleri:

“İnanın ki değerli arkadaşlar, bizim arzu ettiğimiz yerel yönetimlere yetki devri de yapılsa, sadece HDP'li belediye değil, AKP'li belediyeler de dahi iyi çalışacak, MHP'li belediyeler de, CHP'li belediyeler de daha iyi çalışacak. Biz yerel yönetimler daha iyi çalışsın istiyoruz, ülke bölünsün, parçalansın değil. Yerelde yetki olsun, kendi kararlarını, bütçelerini, uygulamalarını yaparken, halkın denetimine açık, şeffaf, güçlü yerel yönetimler olsun istiyoruz; özyönetim dediğimiz budur, özerklik dediğimiz budur. İnşallah ülkemiz bir gün o yönetim modeline kavuşacak, diktatörlüğe değil diyorum. Bu hafta içerisinde hem milletvekili arkadaşlarıma, hem bütün Parti görevlilerine, çalışanlarımıza ben başarılar diliyorum. Cizre'ye, Silopi'ye, Sur'a da, bütün halkımıza, direnen bütün arkadaşlarımıza da buradan bir kez daha sevgi, selamlarımızı iletiyorum.”

51. 9 Şubat 2016 tarihinde başvuru, partisinin Meclis'teki grup konuşmasında yaptığı açıklama şu şekildedir:

“Cizre'ye, Sur'a ve yaşanan bütün bu vahşete sessiz kalmak işte bu AKP'nin kutuplaştırıcı, ayrıştırıcı ve iç savaşı giderek tetikleyen politikalarına teslim olmak demektir. Biz buna itiraz ettiğimiz için yollardayız, yürüyüşlerdeyiz.”

52. 23 Şubat 2016 tarihinde başvuru, partisinin Meclis'teki grup konuşmasında yaptığı açıklamanın ilgili bölümleri şu şekildedir:

“Örneğin siz, Cizre'de üç-beş gün sonra sokağa çıkma yasağını kaldırdığınızda, Kürt sorunu çözülmüş mü olacak? Sur'da şu anda sıkıyönetim altına aldığınız 200'e yakın sivil, kadın, çocuk, direnişti, onları katlettiğinizde örneğin, Cizre'deki gibi yapıp, cenazelerine bile benzin döküp, “Aileleri tanıyamasın, cenaze törenleri bile yapılamasın” barbarlığıyla yaklaştığınız uygulamalarla sonuç aldığınızda Kürt sorunu çözülmüş mü olacak ?”

53. 26 Mart 2016 tarihinde yaptığı konuşmasında başvuru, gayri meşru bulduğu savaş ile kendisine göre iktidar olanların faşist uygulamalarına karşı meşru bir cevap olan direniş arasında bir ayırım yapmıştır.

54. 4 Ekim 2016 tarihinde başvuru, partisinin Meclis'teki grup toplantısında şu konuşmayı yapmıştır:

“Tekrar çağırıyorum. Sokak meşrudur. Zulme karşı direniş meşrudur, haktır. Sana meşrudur da, bize meşru değil mi? 15 Temmuz darbesine karşı sokağa çıkana meşrudur da, kayyuma karşı, vekil tutuklanırsa sokağa çıkacaklar gayrimeşru mudur? Herkesin iradesi saygındır. Halk demokratik tepkisini her yerde barışçıl çerçevede gösterme hakkını, hukukuna sahiptir ve asla vazgeçmeyeceğiz. Aman aman, bunlar, « efendim sokak tehlikelidir » falan filan diyecekler, kanmayın bunlara. Sokak demokrasinin en meşru alanlarından biridir.”

IV. DOKUNULMAZLIKLARIN KALDIRILMASINA İLİŞKİN ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ

55. 16 Mart 2016 tarihinde Cumhurbaşkanı muhtarlara bir konuşma yapmıştır. Konuşmasının ilgili bölümleri şöyledir:

“Dokunulmazlıklar meselesini süratle neticelendirmeliyiz. Parlamento adımını süratle atmalıdır. Bir kişi mi olsun, iki kişi mi? Biz ortaya ilkeyi koymalıyız. Nedir bu ilke? Benim Kürt kardeşlerimi sokağa dökerek 52 kişinin ölümüne yol açan kişiler yargılanmayacak da parlamentoda boy gösterecek, arkasında PKK'nın, PYD'nin, YPG'nin olduğunu söyleyenler temiz olacak öyle mi? Parlamento gereğini yapmazsa, bu millet, tarih bu parlamentodan hesabını sorar.”

56. 22 Mayıs 2016 tarihinde Meclis, 1982 Anayasası'na geçici bir madde eklenmesine ilişkin anayasa değişikliğini kabul etmiştir. Bu değişikliğin ardından, Anayasa'nın 83. maddesinin 2. paragrafında düzenlenen yasama dokunulmazlığının, söz konusu değişikliğin kabul edilmesinden önce dokunulmazlıkların kaldırılması talebiyle Meclis'e gelen bütün dosyalar için kaldırılmasına karar verilmiştir. Anayasa değişikliğinin gerekçesinin ilgili bölümleri şöyledir:

“Türkiye, tarihinin en büyük ve en kapsamlı, terörle mücadelesini yürütürken, bazı milletvekillerinin seçilmeden önce ya da seçildikten sonra yapmış oldukları teröre manevi ve moral destek manasındaki açıklamaları, bazı milletvekillerinin teröre ve teröristlere fiili manada destek ve yardımları, bazı milletvekillerinin ise şiddet çağrıları kamuoyunda büyük infial meydana getirmektedir. Türkiye kamuoyu milletvekillerinden, her şeyden önce, terörü ve teröristi destekleyen, şiddete çağrı yapan milletvekillerinin dokunulmazlığı istismar ettiğini düşünmekte, bu tür fiilleri olanların yargılanmasına Meclis tarafından izin verilmesini talep etmektedir. Böyle bir talep karşısında, Meclis'in sessiz kalması düşünülemez.”

57. Anayasa değişikliği, o dönemki 550 milletvekilinden 154'ünü etkilemiştir. Bu 154 kişinin 59'u CHP, 55'i HDP, 29'u AKP, 10'u MHP ve biri bağımsız milletvekilidir.

58. Farklı tarihlerde, başvurucunun da olduğu 14 HDP milletvekili ve bir CHP milletvekili ceza soruşturmaları kapsamında tutuklanmıştır.

59. Bilinmeyen bir tarihte, 70 milletvekili anayasa değişikliğinin incelenmesi için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

60. Anayasa Mahkemesi, 3 Haziran 2016 tarihli ve 2016/117 numaralı kararında, başvuruyu oy birliği ile reddetmiştir.

61. 8 Haziran 2016 tarihinde Anayasa değişikliği Resmi Gazete'de yayımlanmış ve aynı gün yürürlüğe girmiştir.

V. BAŞVURUCUNUN TUTUKLULUĞU VE SORUŞTURMA

62. Başvurucunun milletvekilliği yaptığı dönemde, başvuru hakkında soruşturma makamları tarafından büyük bir çoğunluğu terörle ilgili suçlara ilişkin 93 fezleke hazırlanmıştır. Savcılar, başvurucunun dokunulmazlığının kaldırılması için Meclis'e başvurmuştur. Bu fezlekelerin 45 tanesi 2007-2014 yılları arasında hazırlanmıştır. 2015 ve 2016 yıllarında, toplamda 47 fezleke Meclis'e sunulmuştur.

63. Dokunulmazlıkları kaldıran anayasa değişikliğinin yürürlüğe girmesinin ardından (bakınız 56. paragraf), Diyarbakır savcılığı, başvuru hakkında hazırlanan 39 ayrı ceza soruşturmasını tek bir dosyada birleştirmiştir. Halihazırda yerel mahkemeler önünde başvuru hakkında yedi ayrı ceza davası devam etmektedir. Ancak, söz konusu soruşturmalar ve kovuşturmalar bu başvurunun konusunu oluşturmamaktadır. Bu başvuruda bahsedilen bütün "ceza soruşturmaları" Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yürütülen soruşturmayla ilgili olacaktır.

64. Temmuz – Ekim 2016 arasında yetkili savcılar, başvurucuya altı ayrı davet yollamıştır. Ancak başvuru, soruşturma makamlarının huzuruna çıkmamış ve Nisan 2016'da partisinin grup toplantısında yaptığı konuşmada HDP'li milletvekillerinin gönüllü olarak savcılığa ifade vermeye gitmeyeceğini söylemiştir.

65. 9 Eylül 2016 tarihinde Diyarbakır Sulh Ceza Hâkimliği, soruşturma dosyasına kısıtlama kararı getirmiş, başvurucunun belirsiz bir tarihte bu karara karşı yaptığı itiraz, 19 Kasım 2016 tarihinde reddedilmiştir.

66. 3 Kasım 2016 tarihinde, savcılığın talebi üzerine, Diyarbakır Sulh Ceza Hâkimliği başvurucunun evinin aranmasına karar vermiştir.

67. 4 Kasım 2016 tarihinde, güvenlik güçleri başvuruçunun da olduğu 12 HDP milletvekiline operasyon düzenleyerek, milletvekillerini yakalamış ve gözaltına almıştır.

68. Aynı gün başvuruçucu, üç avukatı eşliğinde Diyarbakır savcılığının karşısına çıkmıştır. Başvuruçucu, yakalanıp gözaltına alınmasının siyasi faaliyetleri nedeniyle Cumhurbaşkanı'nın emriyle olduğunu söylemiş ve kendisine yöneltilen suçlamalar hakkında cevap vermeyi reddetmiştir.

69. Diyarbakır savcılığı, Diyarbakır 2. Sulh Ceza Mahkemesi'nden başvuruçunun silahlı terör örgütü üyeliğinden (Türk Ceza Kanunu'nun 314. maddesi) ve halkı kin ve düşmanlığa tahrik etmekten (Türk Ceza Kanunu'nun 214. maddesi) tutuklanmasını talep etmiştir.

70. Aynı gün, başvuruçucu Diyarbakır 2. Sulh Ceza Hâkimliği'ne çıkartılmıştır. Başvuruçunun avukatı, Anayasa'nın 83. maddesinde düzenlenen dokunulmazlık gereği başvuruçunun bir ceza soruşturmasına tabi tutulamayacağını ve özgürlüğünden alıkonulamayacağını belirtmiştir. Başvuruçunun avukatının beyanlarını aldıktan sonra, sulh ceza hâkimliği, başvuruçunun tutuklanmasına karar vermiştir.

71. Aynı gün, diğer sekiz HDP milletvekili farklı şehirlerdeki farklı sulh ceza hâkimler tarafından tutuklanmıştır.

72. 8 Kasım 2016 tarihinde başvuruçucu, tutuklama kararına itiraz etmiştir.

73. Diyarbakır 3. Sulh Ceza Hâkimliği, 11 Kasım 2016 tarihinde itirazı reddetmiştir. Kararda başvuruçunun silahlı terör örgüt üyesi olma ve halkı suç işlemeye tahrik etme suçlarından tutuklandığı belirtilmiştir.

74. 1 Aralık 2016 tarihinde Diyarbakır 2. Sulh Ceza Hâkimliği, dosya üzerinden olağan tutukluluk incelemesini yapmıştır. Hâkimlik, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 100. maddesindeki gerekçelere dayanarak başvuruçunun tutukluluk halinin devamına karar vermiştir.

75. 5 Aralık 2016 tarihinde başvuruçucu, tutuk itirazında ve tahliye talebinde bulunmuştur.

76. Diyarbakır 1. Sulh Ceza Hâkimliği'nin 6 Aralık 2016 tarihli kararıyla başvuruçunun itirazı reddedilmiş, kararda bu kez sadece örgüt üyesi olma suçuna dayanılmıştır.

77. 12 Aralık 2016 tarihinde başvuruçucu, bir kez daha, Anayasa'nın 83. maddesine dayanarak tutuk itirazından bulunmuştur. Bilinmeyen bir tarihte bu itiraz reddedilmiştir.

78. 11 Ocak 2017 tarihinde savcılık, ekleri hariç 501 sayfa olan iddianameyi Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesi'ne sunmuştur. İddianamede başvuruçucu, silahlı terör örgütü kurma ya da yönetme (Türk Ceza

Kanunu'nun 314. maddesi), terör örgütünün propagandasını yapma (15 kez – Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. maddesinin 2. fıkrası), suç işlemeye tahrik etme (Türk Ceza Kanunu'nun 214. maddesi), suçu ve suçluyu övme (4 kez – Türk Ceza Kanunu'nun 215. maddesi), halkı kin ve düşmanlığa tahrik etme (2 kez – Türk Ceza Kanunu'nun 216. maddesi), kanunlara uymamaya tahrik (Türk Ceza Kanunu'nun 217. maddesi), kanuna aykırı toplantı ve gösterilere katılma ve organize etme (2911 sayılı Kanun) ve güvenlik güçlerinin gösterinin dağıtılması emrine uymama (2911 sayılı Kanun) suçlarıyla suçlanmıştır. Savcı, başvurusunun 43 yıldan 142 yıla kadar hapsini istemiştir.

79. Savcılık tarafından başvurucuya isnat edilen suçlamalar aşağıdaki gibi özetlenebilir:

- (i) Başvurucu, 27 Ekim 2012 tarihinde BDP binasında yaptığı bir konuşmada PPK liderinin tutuklanmasını protesto etmek amacı ile insanları dükkanlarını kapamaya ve çocuklarını okula göndermemeye teşvik ederek propaganda yapmıştır.
- (ii) 13 Kasım 2012 tarihinde Nusaybin ve Kızıltepe'de PKK liderinin tutuklanmasını protesto amacıyla iki gösteri yapılmış, Kızıltepe'de yapılan gösteride başvuru şu yorumları yapmıştır:
 “Demişler ki Öcalan posteri asamazsınız. Onu diyenlere açıkça sesleniyorum... Biz başkan Apo'nun heykelini dikeceğiz heykelini. Kürt halkı artık ayağa kalkmış bir halktır. Önderiyle, partisiyle, seçilmişleriyle, çocuğuyla, genciyle, yaşlısıyla Ortadoğu'nun en büyük halklarından biridir.” İddianameye göre bu demeçler terör örgütü lehine propaganda yapma suçunu oluşturmaktadır.
- (iii) Başvurucu, 21 Nisan 2013 tarihinde BDP Diyarbakır il binasında yaptığı konuşmasında şunları söylemiştir: “Kürt hareketi savaşı meşru müdafaa savaşı olarak ele aldı. Şimdi eğer elinizde silah dışında yöntemlerle güçle, mekanizmayla direnebilecek, başarabilecek yeteri kadar birikim varsa siz buna rağmen silahı kullanırsınız birincisi bu ahlaki olmaz ikincisi de siyasi olarak da doğru bir tercih olmaz. Kürt halkı evet bugün biz sadece söylemiyoruz, bizi eleştirenler de söylüyordu, PKK hareketi olmasaydı bugün Kürt halkı diye bir şey Türkiye Kürdistan'ı için en azından olmayacaktı. Türkiye Kürdistanı'nda Kürtlerin varlığından söz edilmeyecekti. 1984 hamlesi olmasaydı, gerilla savaşı olmasaydı, kimse bugün Kürt halkının varlığından söz edemezdi, çünkü Kürtlerin başka çaresi yoktu. ... Şemdinli'de Erüh'ta ilk direniş

sergilendiğinde kimse ne olduğunun farkında değildi ama o direniş bugün büyük bir halk gerçeği yarattı. Kimliğimizi kazandık.”

- (iv) Başvurucu, öz yönetimin ilanını ve güvenlik güçlerince yürütülen operasyonları takiben söz konusu operasyonların ulusal yetkililerce yürütülmüş katliamlar olduğunu belirtmiş, PKK üyelerine atfedilen belirli davranışların birer direniş olduğunu belirtmiştir.
- (v) Başvurucu, savcıya göre PKK’nın görüşleri hakkında halkın farkındalığını arttırmak için, Demokratik Toplum Kongresi organizasyonunun oluşturulmasında çalışmış ve Demokratik Toplum Kongresi tarafından düzenlenen toplantılarda konuşma yapmıştır.
- (vi) Başvurucu, yasa dışı KCK örgütünün siyasi kanadının başı idi ve savcı bu bağlamda söz konusu delilleri sunmuştur:
 - O dönem Sur’un belediye başkanlığını yapmış ve 2017’de terör örgütünü yönetme suçundan on sekiz yıl hapis cezasına çarptırılmış A.D’nin evinde bulunan, “documento” ve “ikram ark” isimli, KCK’nın lideri olduğu düşünülen S.O.’nun -içerisinde başvurunun da bulunduğu- birçok insana PKK tarafından yanlışlıkla öldürülen İ.E.’nin akrabalarını ziyaret etmesi yönünde talimat verdiği iki belgenin bulunduğu hard disk;
 - S.O. ile Demokratik Bölgeler Partisi’nin (Kürt yanlısı bir solcu siyasi parti) terör örgütü yönetme suçundan yirmi bir yıl hapis cezasına çarptırılmış eş başkanı K.Y. arasında ve K.Y ile başvuru arasında yapılan dinlenmiş telefon konuşmalarının kayıtları. Bu kayıtlara göre S.O., içerisinde başvurunun da bulunduğu birçok kişiye Strazburg’ta yer alan belirli toplantılara katılmaları yönünde talimat vermiştir.

- 4 Aralık 2018’de başvuru ile K.Y. arasında yer alan konuşmanın ilgili kısımlarının transkripti şu şekildedir:

- “K.Y.: programın ciddiyeti açısından da mutlaka katılması gerekiyor yani ikinizin o [Avrupa] Konsey[i] toplantısını önemsiyorlar onun için diyor iki günlüktür mutlaka katılınsınlar yani
- [Başvurucu]: 3-4 defa oldu aratıyor.
- K.Y.: Yani, artık bu noktaya geldiler. Çok ilgilenmedim de, dedim arkadaşlar formül buluyor, olmamış demek ki. Şimdi kesinlikle olacak diyor, başka türlü bir formül olmuyor, bizi

zorlayan bir durumdur. Ben durumu biraz izah ettim de, gelse iyi olur diyor.

- [Başvurucu]: ... konuşayım.
- K.Y.: İki günlük program, diyor mutlaka katılsın. Gelse iyi olur, onunla ilgili bizim görüşmemiz gereken şeyler var.

- 4 Aralık 2018’de S.O. ile K.Y. arasında yer alan konuşmanın ilgili kısımlarının transkripti şu şekildedir:

- S.O.: F.’yi aradılar heval. İtalya’ya gelemeyeceklerini söylediler.
- K.Y.: Bana da S. ve B.’nin orada olacağını söylediler, şimdi teyit ettirdim.
- S.O.: yani bu komşuya misafirliğe gitmek değil Avrupa Konseyi’nde randevu alıyorlar böyle bir şey olmaz yani böyle ciddiyetsizlik olur mu? onları niye söylemiyorsunuz?
- K.Y.: Yani şuan çözülmemiş durumda.
- S.O.: Peki o zaman nasıl bundan sonra parti adına burada randevular alınacak hangi yüzle alınacak?
- K.Y.: Evet.
- S.O.: ikisi de gelecek heval, ne işleri varsa bıraksınlar ikisi de gelecek.
- K.Y.: OK.
- S.O.: Selahattin [başvurucu] ve G., ikisi de kesin gelecek.
- K.Y.: F. ile konuştuk, bir yolunu bulduklarını söylediler. [Ben de tamam dedim eğer bir yolunu buldularsa]
- S.O.: Formül yok, F. söyledi şimdi.
- K.Y.: Tamam.”

- 4 Aralık 2018’de başvuru ile K.Y. arasında bir başka telefon konuşmasının ilgili kısımlarının transkripti şu şekildedir:

- “K.Y.: Sağol ya, siz F. ile görüşüp çözdünüz değil mi o şeyi?

- [Başvurucu]: F. ile görüştüm, konuyu S.'ye havale ettim. S. çözecekti, halletmişler.
- K.Y.: Halletmişler mi?
- [Başvurucu]: Evet.
- K.Y.: Valla ben onun ismini verdim, haberin olsun.
- [Başvurucu]: Tamam ben bi arayım bakıyım çalışırım onu.
- K.Y.: Evet, 11'i. Yanlış söylemiş olmayayım ama evet, 11 Ocak.
- [Başvurucu]: [In] Strazburg, değil mi?
- K.Y.: Evet, Strazburg.
- [Başvurucu]: Tamam, ben de yarın netleştireyim, sana döneyim.
- K.Y.: Tamam, verdim ismini.

(vii) Başvurucu, konuşmaları ve açıklamaları (ilgili kısımları yukarıdaki 26. ve 27. paragraflarda özetlenmiş) yoluyla 6 ile 8 Ekim 2014 tarihleri arasında yer alan şiddet olaylarını teşvik etmiştir.

80. 1 Şubat 2017 tarihinde başvuru, bir kez daha itirazda bulunmuş ve tahliyesini talep etmiştir. Bu bağlamda Anayasa'nın 83. maddesinde düzenlenen yasama sorumsuzluğundan yararlandığını ve bu nedenle milletvekillerinin Meclis'te belirtilen görüş ve düşüncelerini dışarıda tekrar etmelerinden dolayı sorumlu tutulamayacaklarını öne sürmüştür. Kendisinin tutuklu yargılanmasına neden olan suçlamaların temelinde Meclis'teki siyasi konuşmalarının yattığını ileri sürmüş, bu konuşmalarının Anayasa'nın 83. maddesi uyarınca korunduğunu belirtmiştir. Bilinmeyen bir tarihte bu itirazı reddedilmiştir. Taraflar buna ilişkin kararın bir nüshasını getirmemişlerdir.

81. 2 Şubat 2017 tarihinde Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesi, iddianameyi kabul etmiştir. Aynı gün, Ağır Ceza Mahkemesi, Adalet Bakanlığı'ndan kamu güvenliği gerekçesiyle başvurunun davasının Ankara'ya nakledilmesini talep etmiştir. Aynı gün ayrıca, başvurunun tutukluluk halinin devamına karar verilmiştir.

82. 1 Mart 2017 tarihinde Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesi, olağan tutukluluk incelemesi yapmış ve başvurunun işlediği iddia edilen suçların sayısı ve doğası, kendisinin bu suçları işlediğine dair kuvvetli şüphe uyandıran somut delillerin varlığı, kendisinin halen herhangi bir savunma yapmadığı ve soruşturma devam ederken yetkili makamların önünde hazır

bulunmayı reddettiği göz önünde bulundurularak, işlediği iddia edilen suçların kapsamında olmasından hareketle Diyarbakır Asliye Ceza Mahkemesi başvuruçunun tutuklu yargılanmasına neden olan koşullarda bir değişiklik olmadığına ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 100. maddesinin 3. fıkrası uyarınca tutuklu yargılamasının devam edilmesi gerektiğine karar vermiştir. Hâkim, söz konusu suçlar için kanunda belirtilmiş cezaların ağırlığı göz önünde bulundurulduğunda başvuruçunun devam eden tutukluluk halinin orantılı ve alternatif önlemlerin ise yetersiz olduğuna kanaat getirmiştir.

83. Bilinmeyen bir tarihte, başvuruçunun tutuk devam kararına itiraz etmiştir. 14 Mart 2017'de Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesi verdiği kararda söz konusu suçların doğası, delillerin durumu, başvuruçunun tutuklu olarak geçirdiği süre, kendisinin bu suçları işlediğine dair var olan kuvvetli şüphe ve kendisinin soruşturma esnasında yetkili makamlar önünde hazır bulunmasını reddetmesi nedeniyle itirazı reddetmiştir.

84. 22 Mart 2017 tarihinde, Adalet Bakanlığı'nın talebiyle Yargıtay, kamu güvenliği gerekçesiyle başvuruçunun davasının Ankara Ağır Ceza Mahkemesi'ne nakledilmesine karar vermiştir.

85. 6 Nisan 2017 tarihinde Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesi, dosyayı Ankara Ağır Ceza Mahkemesi'ne göndermiştir.

86. 22 Haziran 2017 tarihinde Ankara 19. Ağır Ceza Mahkemesi, olağan tutuk incelemesi yapmış ve başvuruçunun tutuklu yargılanmasına devam edilmesine karar vermiştir. Mahkeme bu kararı başvuruçunun bu suçları işlediğine dair kuvvetli bir şüphe uyandıran somut delillere ve söz konusu suçların cezalarının alt ve üst sınırlarına dayandırarak vermiştir. Mahkeme, daha sonra kargaşayı ve daha fazla suç işlenmesini önleme amacının Sözleşme'nin 5. maddesi ve AİHM'nin içtihadı ışığında tutuklu yargılama için haklı neden teşkil ettiğine karar vermiştir. Mahkeme ayrıca başvuruçunun tutuklu olarak geçirdiği süre göz önünde bulundurulduğunda kendisinin kaçma ve delilleri karartma imkânı bulunduğundan bahsetmiştir. Mahkeme, bu nedenle alternatif tedbirlere başvurma tutuklu yargılamaya nazaran yetersiz olacağına kanaat getirmiştir.

87. 3 Ekim 2017 tarihinde, bir önceki karardan 103 gün sonra, Ankara 19. Ağır Ceza Mahkemesi, başvuruçunun tutukluluk halinin devamına karar vermiştir. Mahkeme, başvuruçunun hakkındaki suçlamaların doğası ve sayısı, kendisinin bu suçları işlediğine dair kuvvetli bir şüphe uyandıracak somut delillerin varlığı, söz konusu suçlar için öngörülen cezaların alt ve üst sınırları, kendisinin henüz bir savunma yapmadığı ve soruşturma yürüten

makamların önünde hazır bulunmayı reddettiği ve kendisinin tutuklu yargılanmasına neden olan hallerin değişmediği gerekçesiyle tutuklu yargılama kararının uzatılmasına karar vermiştir. Mahkeme ayrıca başvurucunun söz konusu suçlardan hüküm giyebileceği ihtimalinden dolayı tutuklu yargılama nazaran diğer alternatif önlemlerin yetersiz olacağını belirtmiştir.

88. 16 Kasım 2017 tarihinde başvurucu, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141. maddesi altında tazminat talebinde bulunmuştur. 11 Temmuz 2018 tarihinde ağır ceza mahkemesi, 21 Temmuz – 3 Ekim 2017 tarihleri arasında olağan tutuk incelemesi yapılmaması nedeniyle başvurucuya 10.000 TL (yaklaşık 1,890 Euro) tazminat ödenmesine karar vermiştir.

89. 7 Aralık 2017 tarihinde Ankara 19. Ağır Ceza Mahkemesi'nde davanın ilk duruşması görülmüştür.

90. Duruşma sırasında başvurucu, Cumhurbaşkanı tarafından yürütülen siyasetle ilgili eleştiriler görüşlerini dile getirdiği için tutuklandığını ve herhangi bir suç işlediği iddiasını reddettiğini dile getirmiştir. Başvurucu, tutuklama ve tutukluluk halinin devamı kararlarının hukuka aykırı olduğunu iddia etmiştir. Özellikle, başvurucu, özgürlüğünden alıkonulmasındaki amacın siyasi muhalifleri susturmak olduğunu ileri sürmüştür.

91. 3 Nisan 2018 tarihinde başvurucu, Ankara 19. Ağır Ceza Mahkemesi'ne dilekçe vererek 2008-2016 yılları arasında milletvekili olarak yaptığı konuşmaları nedeniyle yargılandığını, Anayasa'nın 83. maddesi uyarınca yaptığı konuşmalar nedeniyle sorumlu tutulamayacağını belirtmiştir. Bu bağlamda, Ağır Ceza Mahkemesi'nden parlamentoda yaptığı konuşmalar ile dava konusu konuşmaların içeriğinin karşılaştırılmasını talep etmiştir. Ağır Ceza Mahkemesi, bu talebi kabul etmemiştir.

92. Soruşturma ve kovuşturma sırasında başvurucu, pek çok kez devam eden tutukluluğuna itiraz etmiştir. 2 Eylül 2019 tarihine kadar yerel mahkemeler tutukluluk halinin devamına karar vermiş ve şu sebeplere dayanmıştır: mevcut somut delillerin başvurucunun söz konusu suçları işlediğine dair kuvvetli şüphe uyandırması; söz konusu suçların sayısı, doğası ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 100. maddesinin 3. fıkrasında yer alıyor olması; söz konusu suçlar için kanunda öngörülen cezaların ağırlığı; tutuklamaya nazaran alternatif tedbirlerin yetersiz kalacağı; başvurucunun soruşturma makamları önünde hazır bulunmayı reddetmesi; başvurucunun savunma yapmamış olması; delillerin durumu; tutuklu geçirilmiş süre; kaçma ve delil karartma riski.

93. 2 Eylül 2019 tarihinde Ankara Ağır Ceza Mahkemesi, başka bir dava kapsamında tutuklu ya da hükümlü olmaması şartıyla başvurunun serbest bırakılmasına karar vermiştir. Ayrıca, yurtdışına çıkmasının yasaklanmasına karar verilmiştir.

94. Bilinmeyen bir tarihte Ankara savcılığı, başvurunun serbest bırakılması kararına itiraz etmiş, bilinmeyen bir tarihte bu itiraz, Ankara Ağır Ceza Mahkemesi tarafından reddedilmiştir.

95. Ceza yargılaması, hala Ankara 19. Ağır Ceza Mahkemesi önünde derdestir.

VI. ANAYASA MAHKEMESİ'NE YAPILAN İLK BİREYSEL BAŞVURU

96. Dava dosyasından, başvurunun Anayasa Mahkemesi'ne birçok başvuruda bulunduğu, birinin hala derdest olduğu anlaşılmaktadır. Somut davaya ve ağırlıklı olarak başvurunun tutukluluğuna ilişkin başvuru, 17 Kasım 2016 tarihinde (no. 2016/25189) Anayasa Mahkemesi'ne yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi, 21 Aralık 2017 tarihinde kararını vermiş ve başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.

97. Başvurucu, bir siyasi partinin eş genel başkanı ve bir milletvekili olarak yaptığı siyasi açıklamaları nedeniyle yakalanıp gözaltına alındığını ve tutuklandığını iddia etmiştir. Başvurucu, yaptığı açıklamaların ifade özgürlüğü kapsamında olduğunu, suç işlediğini gösteren makul şüpheyeye dayalı hiçbir delil olmadığını ileri sürmüştür. Ek olarak, özgürlüğünden mahrum bırakılan bir kişinin hızla hâkim önüne çıkartılması gerektiğini ve tutukluluğun süresinin makul süreyi aşmaması gerektiğini belirtmiştir. Başvurucu ayrıca, yerel mahkemeler tarafından tutukluluğunu meşrulaştırmak için gösterilen gerekçelerin yetersizliğinden şikâyet etmiştir. Verilecek cezanın ağırlığının kaçma şüphesi için yeterli olmadığını, alternatif tedbirlerin uygulanmadığını, soruşturma dosyasına erişiminin olmadığını ve son olarak, bir milletvekili olarak tutukluluğunun seçim hakkına aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

98. Başvurucunun yakalanıp gözaltına alınmasına yönelik şikâyet bakımından Anayasa Mahkemesi, başvurunun Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141. maddesi uyarınca tazminat davası açması gerektiğini ancak bu davayı açmadığını belirtilmiştir. Dahası, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 91. maddesinin 5. fıkrası altında gözaltı kararına itiraz

edilmediğini not etmiştir. Bu sebeple, şikâyeti, iç hukuk yolları tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemez bulmuştur.

99. Tutuklamanın hukukiliğine ilişkin şikâyet yönünden ise, Anayasa Mahkemesi, 20 Mayıs 2016’da yapılan Anayasa değişikliğinin dokunulmazlıkların kaldırılmasına imkân tanıdığını belirterek, başvurunun tutuklama ve tutukluluk halinin devamı kararlarının hukuki dayanağı olmadığı iddiasını reddetmiştir.

100. Daha sonra Anayasa Mahkemesi, başvurunun suç işlediğine ilişkin kuvvetli suç şüphesi olup olmadığını değerlendirmiştir. Bu bağlamda, 6-8 Ekim 2014 tarihinde yaşanan olaylar sırasında hayatını kaybeden ve yaralanan insan sayısını dikkate alan Anayasa Mahkemesi, başvurunun eş genel başkanı olduğu HDP’nin çağrısı ile söz konusu şiddet olayları arasında illiyet bağı olduğunu not etmiştir. Dahası, “hendek olayları” yönünden Anayasa Mahkemesi, başvurunun yaptığı açıklamaları, bu açıklamaları yaptığı yerleri ve HDP eş genel başkanlığı pozisyonunu düşünerek, terörle bağlantılı suçlarla suçlanmasının gerekçeden yoksun olmadığına karar vermiştir. Başvurunun 13 Kasım 2012 ve 21 Nisan 2013 tarihlerinde yaptığı iki konuşmanın (bakınız 79. paragraf) içeriğini dikkate alarak, suç işlendiğine dair tartışmasız bir belirti olduğunu belirtmiştir. Son olarak, PKK yetkililerinin başvuru ile arasında geçtiği iddia edilen konuşmaların içeriğine bakarak, başvurunun terör örgütü liderlerinin talimatıyla hareket etmiş olabileceğine karar vermenin meşru olduğuna karar vermiştir.

101. Anayasa Mahkemesi daha sonra başvurunun tutukluluğunun meşru bir amacı olup olmadığını incelemiştir. Başvurunun suç işlediğine dair kuvvetli suç şüphesinin varlığına karar verildikten sonra, Diyarbakır 2. Sulh Ceza Mahkemesi tarafından başvurunun Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 100 § 3 maddesinde listenen suçlardan birini işlediği iddiasıyla tutuklanmasına karar verilmiştir. Anayasa Mahkemesi, verilebilecek cezaların ağırlığını kaçma şüphesini değerlendirirken dikkate alınması gereken bir faktör olarak görmüştür. Başvurunun soruşturma makamları önüne çıkmayı reddetmesini ve partisinin milletvekillerinin gönüllü olarak ifade vermeye gitmeyeceği açıklamasını da eklemiştir. Mahkeme’nin görüşüne göre bunlar, kaçma şüphesi olduğuna karar vermek için yeterlidir. Bu sebeple Anayasa Mahkemesi, başvurunun tutuklanmasının meşru bir amacı olduğuna karar vermiştir.

102. Anayasa Mahkemesi daha sonra başvurunun tutukluluğunun istenilen amaç ile orantılı olup olmadığını değerlendirmiştir. Bu bağlamda

başvurucu, tutukluluğunun siyasi faaliyet yürütmesini engellediğini iddia etmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin tutuklu milletvekilleriyle ilgili bazı kararlarına referans vererek başvurucu, tutukluluğunun ölçüsüz olduğundan yakınmıştır. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi ilk olarak, başvurunun iddialarının aksine, dokunulmazlığı kaldırılan bir milletvekilinin tutuklanmasının kendisinin Anayasa'ya aykırı olduğuna dair hiçbir kararı olmadığını belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi daha sonra, başvurunun bu suçları işlediği iddia edilen tarihten uzun bir zaman sonra tutuklandığını not etmiş, tutuklamanın gerekli olup olmadığını incelemek zorunda kalmıştır. Bu bağlamda, Anayasa'nın 83. maddesi ile uyumlu olarak, dokunulmazlıktan yararlandığı sırada başvurunun hiçbir zaman tutuklanmadığını işaret etmiştir. Fezlekelerin, ilgili savcılıklara anayasa değişikliğinin yürürlüğe girmesinin ardından gönderildiğini, başvurunun bundan beş ay sonra tutuklandığını not etmiştir. Soruşturma makamlarının bu süreçte hareketsiz kalmadıkları dava dosyasındaki delillerden açıkça anlaşılmaktadır. Anayasa Mahkemesi, özellikle isnat edilen suçların ağırlığını dikkate alınca, başvurunun tutukluluğunun orantısız ve keyfi olduğuna karar vermenin mümkün olmadığını eklemiştir. Bu sebeplerle, başvurunun bu kısmını açıkça dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle kabul edilemez bulmuştur.

103. Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrası bakımından Anayasa Mahkemesi, başvurunun başvuru formunda tutukluluğunun devamını haklılaştıracak ilgili ve yeterli gerekçelerin olmadığından şikâyet etmediğini gözlemlemiştir. (bakınız Anayasa Mahkemesi kararının 118. paragrafı) Bu iddianın ilk kez Adalet Bakanlığı savunmalarına cevap aşamasında dile getirildiğini belirtmiş, başvurunun isterse bu konuda yeni bir bireysel başvuruda bulunabileceğini ekleyerek, bu şikâyeti incelememeye karar vermiştir.

104. Sözleşme'nin 18. maddesi altındaki şikâyet yönünden Anayasa Mahkemesi, başvurunun tutukluluğuna ilişkin vardığı sonuç doğrultusunda, bu şikâyetin ayrıca incelenmesine gerek olmadığına karar vermiştir.

105. Soruşturma dosyasına erişiminin olmaması yönünden Anayasa Mahkemesi, başvurunun suçlamalara karşı savunmasını hazırlayabilmek ve itiraz edebilmek için yeterli imkân olduğunu söyleyerek bu şikâyeti açıkça dayanaktan yoksun bularak reddetmiştir.

106. Son olarak, ifade özgürlüğü ve serbest seçim hakkı şikâyetleri bakımından Anayasa Mahkemesi, başvurunun tutukluluğunun

hukukiliğine dair vardığı sonuç doğrultusunda, bu şikâyetleri de açıkça dayanaktan yoksun bularak reddetmiştir.

107. Azınlıkta kalan hâkim Engin Yıldırım, karşı oy yazısında, çoğunluk gibi, dava dosyasındaki delilleri dikkate alarak başvurunun bu suçu işlediğine dair kuvvetli bir şüphe olduğunu, ancak, Mahkeme'nin içtihatlarına, özellikle *Buzadji v. Moldova* ([BD], no. 23755/07, 5 Temmuz 2016) kararına atıfta bulunarak başvurunun tutuklanmasının orantılı olmadığını, bunu meşrulaştıracak ilgili ve yeterli gerekçelerin gösterilmediğini belirtmiştir. Yıldırım'ın görüşüne göre, başvurunun tutukluluğuna karşı neden alternatif tedbirlere başvurma yetersiz kalacağı, yargısal makamlar tarafından yeterli bir şekilde açıklanmamıştır. Kaçma şüphesine gelince, Yıldırım, ilk olarak bu riskin dayandırıldığı iki gerekçeyi not etmiş ancak bu gerekçelerin bir kişinin tutuklanmasını haklı kılmayacağını belirtmiştir. Muhalef hâkim, Anayasa değişikliğinin yürürlüğe girerek başvurunun dokunulmazlığının kaldırıldığı tarih ile başvurunun tutuklandığı tarih arasında başvurunun en az on kez yurtdışına çıktığını ve hiçbir zaman kaçmaya teşebbüs etmediğini eklemiştir. Bu sebeplerle, başvurunun davasında Anayasa'nın 19. maddesinin ihlal edildiği görüşündedir. Başvurunun bir milletvekili ve beş milyondan fazla oy almış bir siyasi partinin eş genel başkanı olduğunu ekleyerek, ilgili ve yeterli gerekçe olmadan başvurunun tutuklanmasının Anayasa'nın 67. maddesinde güvence altına alınan seçme, seçilme ve siyasi faaliyetlere katılma hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir.

VII. İSTANBUL AĞIR CEZA MAHKEMESİNDEKİ CEZA YARGILAMASI

108. Bilinmeyen bir tarihte, İstanbul Cumhuriyet Savcılığı, terör örgütü propagandası yaptığı iddiasıyla başvuru hakkında ceza soruşturması başlatmıştır.

109. Ceza yargılamasının sonunda, 7 Eylül 2018 tarihli kararıyla İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi, Terörle Mücadele Kanunu'nun 7/2 maddesi uyarınca 17 Mart 2013 tarihinde İstanbul'daki bir eylemde yaptığı konuşmada terör örgütünün propagandasını yaptığı gerekçesiyle başvurunun 4 yıl 8 ay hapis cezasıyla cezalandırılmasına karar vermiştir.

110. İstanbul İstinaf Mahkemesi, 4 Aralık 2018 tarihinde başvurucuya hapis cezası veren ilk derece kararını nihai olarak onamıştır.

111. 7 Aralık 2018 tarihinde, başvuru, dört yıl sekiz ay hapis cezasını çekmeye başlamıştır.

112. 24 Ekim 2019 tarihinde 7188 sayılı Kanun'la Ceza Muhakemesi Kanunu'nda değişik yapılmasına ilişkin düzenleme Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Buna göre, Terörle Mücadele Kanunu'nun 7/2 maddesinden verilen kesinleşmiş mahkumiyet kararları, bu kanunun yürürlüğe girmesinin ardından on beş gün içinde Yargıtay'a taşınabilecekti.

113. 31 Ekim 2019 tarihinde, başvurunun talebine cevap olarak, İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi, başvuranın dört yıl sekiz ay hapis cezasının infazını durdurmuş ve serbest bırakılmasına karar vermiştir.

VIII. BAŞVURUCUNUN YENİDEN TUTUKLANMASI

114. Ankara Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2 Eylül 2019 tarihinde başvuru serbest bırakmasının ardından, başvurunun avukatları Ankara Ağır Ceza Mahkemesi'ndeki ceza yargılamasında tutuklu kaldığı günlerin İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi'ndeki ceza yargılamasında verilen son cezadan mahsup edilmesi için İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi'ne başvurmuştur.

115. 20 Eylül 2019 tarihinde, söz konusu davanın Mahkeme önündeki duruşmasından iki gün sonra, İstanbul 26. Ağır Ceza Mahkemesi talebi kabul etmiştir.

116. Aynı gün, Ankara Ağır Ceza Mahkemesi'nde devam eden ceza yargılamasına rağmen, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı, başvurunun ve Figen Yüksekdağ'ın (HDP'nin eski eş genel başkanı) 6-8 Ekim 2014 tarihli olaylarla ilgili olarak aşağıda belirtilen suçlar kapsamında 2014 yılında başlatılan ayrı bir ceza soruşturmasına (no. 2014/146757) dayanarak tutuklanması için Ankara Sulh Ceza Hâkimliği'ne başvurmuştur.

- (i) Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak;
- (ii) Bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak ya da yakalanmamak amacıyla öldürme suçuna azmettirme;
- (iii) Birden fazla kişi ile birlikte suç örgütüne yardım amaçlı gece hırsızlık yapılmasına azmettirme;
- (iv) Tehdit, şiddet ve hile kullanarak kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçuna azmettirme; ve
- (v) Bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak ya da yakalanmamak amacıyla öldürme suçuna teşebbüse azmettirme.

117. 20 Eylül 2019 tarihinde Ankara 1. Sulh Ceza Hâkimliği, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 100. maddesine dayanarak başvurunun ve Figen Yüksekdağ'ın aşağıda belirtilen sebeplerden tutuklanmasına karar vermiştir:

- (a) işledikleri iddia edilen suçların doğası;
- (b) kendilerinin söz konusu suçları işlediğine dair kuvvetli şüphe uyandıran delillerin varlığı;
- (c) söz konusu suçlar için yasada öngörölmüş olan cezalar;
- (d) Anayasanın 19. maddesi, Sözleşme'nin ise 5. maddesi uyarınca şüphelilerin tutukluğuna karar verilebilecek koşulların oluşması; ve
- (e) tutuklamaya nazaran diğer alternatif önlemlerin yetersiz gözükmesi.

118. Başvurucunun tekrar tutuklanmasının ardından, Cumhurbaşkanı 21 Eylül 2019'da basına şu açıklamayı yapmıştır:

“Bu ülkede katil aranıyorsa bunların adresini aramaya gerek yok. Bunlar, parlamentoya kadar sızmışlar. Sokağa insanları çağırıp ondan sonra Diyarbakır'da 53 evladımızı öldürenleri bu millet unutmuyor ve unutmayacaktır da. Sonuna kadar bu işin takipçisiyiz, takipçisi olacağız. Bunları bırakamayız. Eğer biz bırakırsak ebedi alemde şehitlerimiz bize bunun hesabını sorar. Bu topraklar rastgele topraklar değil.”

119. Ardından 23 Eylül 2019 tarihinde ana muhalefet partisi CHP'nin lideri Kemal Kılıçdaroğlu basına şu açıklamayı yapmıştır:

“Türkiye’de adaletin olmadığını, siyasal baskıların yargıçlar üzerinde de sürdürüldüğünü herkes biliyor. Selahattin Demirtaş’ın tahliye edilmesi gerekirken siyasal iktidarın talebi üzerine tekrar tutuklanması aslında bir hukuk faciasıdır.”

IX. ANAYASA MAHKEMESİ'NE YAPILAN İKİNCİ BİREYSEL BAŞVURU

120. 26 Kasım 2017, 29 Mart, 18 Haziran, 27 Kasım ve 11 Aralık 2018 tarihlerinde, başvuru benzer konulara ilişkin beş ayrı bireysel başvuruda bulunmuş, Anayasa Mahkemesi bu başvuruları 2017/38610 başvuru numarası altında birleştirmiş ve 9 Haziran 2020 tarihinde karara bağlamıştır. Pratik olması için, Mahkeme bu beş bireysel başvurudan “ikinci bireysel başvuru” olarak bahsedecektir.

121. Anayasa Mahkemesi kararında, oybirliğiyle, başvurucunun cezaevinde geçirdiği sürenin uzunluğunu dikkate alarak Sözleşme'nin 5 § 3 maddesine karşılık gelen Anayasa'nın 19 § 7 maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi, öncelikle, başvurucunun terörle bağlantılı suçlarla iki yıl, bir ay ve üç gün tutuklu kaldığını belirtmiştir. Tutukluluğun makul süreyi aşp aşmadığı sorusuna karar verirken ilk olarak tutuklama kararında gösterilen gerekçelere bakacağını söylemiştir.

122. Anayasa Mahkemesi, 21 Aralık 2017 tarihli kararında, başvurucunun bir suç işlediğine dair "kuvvetli bir şüphe" bulunduğunu tespit ettiğine işaret etmiştir. Sonuç olarak, başvurucunun ilk tutukluluğu Anayasa'ya uygun bulunmuştur. Daha sonra, tutukluluğun gerekçeleri ve orantınlılığı açısından başvurucunun tutukluluğunun devamına hükmeden kararları incelemeye devam etmiştir.

123. Anayasa Mahkemesi, milletvekili olan başvuruçuların uzun tutukluluk meselesini halihazırda değerlendirdiğini kaydetmiştir. Anayasa Mahkemesi, sadece Anayasa'nın 19. maddesinde güvence altına alınan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına yönelik tutuklama tedbiriyle sonuçlanan sınırlandırmayı değil, aynı zamanda tutukluluğunun etkisini ve Anayasa'nın 67. maddesinde güvence altına alınan siyasi faaliyetlere katılma ve seçme ve seçilme hakkını kullanma hakkına uzanan etkisini de dikkate alarak inceleme yapmayı uygun bulmuştur. Anayasa Mahkemesi'nin görüşüne göre, bir milletvekilinin tutukluluğunun devamına karar verirken, mahkemeler, somut gerçeklere dayanarak, menfaatin kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ve seçme, seçilme ve siyasi faaliyetlerde bulunma hakkından üstün olduğunu göstermek zorundadır.

124. Anayasa Mahkemesi, tutuklanmasına karar verilen kişinin milletvekili olmasının otomatik olarak tutukluluğun orantısız bir tedbir olduğu anlamına gelmediğini gözlemlemiştir. Bu bağlamda, bir soruşturma veya ceza davası sırasında, tutukluluğun devam etmesini gerektiren gerekçeler olduğu gösterilebildiği sürece, bir milletvekilinin tutukluluğunun uzatılmasına karar verilebilir. Tutuklamaya ilişkin kararlar verirken mahkemeler, hangi kamu yararının tutukluluğun uzatılmasını haklı gösterdiğini ve tutukluluk süresinin uzatılmasının söz konusu haklara nasıl üstün geldiğini göstermelidir. Başka bir deyişle, tutukluluğun devamına ilişkin kararlarda belirtilen gerekçeler, yalnızca davanın nesnel yönlerini değil, aynı zamanda

tutuklanan milletvekilinin konumuna ilişkin özel hususları da kapsamalıdır - yani gerekçeler kişiselleştirilmelidir.

125. Söz konusu davaya dönerek Anayasa Mahkemesi, yetkili sulh ceza hâkimlerinin ve ağır ceza mahkemelerinin, başvurunun bir milletvekili, bir siyasi partinin eş genel başkanı ve cumhurbaşkanlığı seçiminde aday olması nedeniyle tutukluluğunun sürdürülmesinin makul olmadığı yönündeki iddialarını değerlendirmedigine karar vermiş ve söz konusu tedbirin, başvurunun seçimlerde aday olma ve siyasi faaliyetlerde bulunma hakkına da aşırı bir kısıtlama getirdiğini belirtmiştir. Başvurucunun yaptığı tahliye başvurularının basmakalıp gerekçelerle reddedildiğini tespit etmiştir. Bu nedenle, tutukluluğunun devamına ilişkin kararların ilgili ve yeterli gerekçeler içermediği sonucuna varmıştır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 19 § 7 maddesi uyarınca başvurunun kişi özgürlüğü ve güvenlik hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

126. Başvurucunun diğer şikâyetleri (özellikle Sözleşme'nin 5 §§ 1 ve 4 maddelerine ilişkin olanlar) ya kabul edilmemiş ya da Anayasa Mahkemesi bu şikâyetleri (Sözleşme'nin 18. ve 1 No'lu Protokol'ün 3. maddesi) ayrı ayrı incelemeye gerek görmemiştir.

127. Verilen ihlal kararı doğrultusunda Anayasa Mahkemesi, başvurucuya 50.000 TL (yaklaşık 6,500 Euro) manevi tazminat ve 4,436.50 TL (yaklaşık 575 Euro) masraf ve gider ödenmesine karar vermiştir.

128. Başvurucunun 20 Eylül 2019'da başlayan mevcut tutukluluğuna ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi, başvurunun 7 Kasım 2019 tarihinde başka bir bireysel başvuruda bulunduğunu ve bu başvurunun halen Anayasa Mahkemesi önünde derdest olduğunu belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi bu başvuru ile ilgili karar vermemiştir. Buna göre, 9 Haziran 2020 tarihli kararın hala cezaevinde olan başvurunun kişisel durumu üzerinde hiçbir etkisi olmamıştır.

HUKUK

I. BÜYÜK DAİRE ÖNÜNDEKİ DAVANIN KAPSAMI

167. Mahkeme, Büyük Daire'nin önüne taşınan davanın içeriğinin ve kapsamının Daire'nin kabul edilebilirlik kararı ile sınırlı olduğunu hatırlatmıştır. (bakınız *Murtazaliyeva v. Rusya* [BD], no. 36658/05, § 88,

18 Aralık 2018) Bu sebeple Büyük Daire, daha önce kabul edilemez bulunan şikâyetleri inceleyemeyecektir. Buna bağlı olarak, başvurunun hukuka aykırı bir şekilde yakalanıp gözaltına alındığı ve tutukluluğunun ve tutukluluk halinin devam ettirilmesinin iç hukukla bağdaşmadığı yönündeki şikâyetleri, Daire tarafından kabul edilemez bulunduğu için bu davanın kapsamından çıkartılmıştır. (bakınız sırasıyla, Daire kararının 127-130 ve 142-150 paragrafları)

168. Başvurucunun başvurunun tutukluluğu sırasında cumhurbaşkanlığı seçim kampanyası yürütmesi nedeniyle Sözleşme'ye Ek 1 Numaralı Protokol'ün 3. maddesi altındaki şikâyeti bakımından Mahkeme, bu konunun ilk kez Büyük Daire'ye 16 Mayıs 2019 tarihinde sunulan beyanda dile getirildiğini, bu şikâyetin Daire'nin kabul edilebilirlik kararına dâhil olmadığını söyleyerek yargılamanın bu aşamasında incelenemeyeceğine karar vermiştir. pek çok örnek arasından bakınız, *Roman v. Belçika* [BD], no. 18052/11, § 123, 31 Ocak 2019)

169. Başvurucunun 10. madde altındaki şikâyeti bakımından Mahkeme, Daire'nin bu madde altındaki şikâyetin kabul edilebilirliğini ve esasını ayrıca incelemeye gerek görmediğini not etmiştir. Bu nedenle şikâyet, kabul edilebilir ya da kabul edilemez bulunmamıştır. Bu konudaki içtihadına göre (bakınız *Ilias ve Ahmed v. Macaristan* ([BD], no. 47287/15, §§ 167-78, 21 Kasım 2019) Mahkeme, bu şikâyetin bu davanın kapsamında olduğuna karar vermiştir.

170. Bu bilgiler ışığında, söz konusu davada başvurunun şikâyetleri 5 § 1, 5 § 3, 5 § 4, 10, 5. maddeyle bağlantılı olarak 18. maddelerin ve Ek 1 Numaralı Protokol'ün 3. maddesinin ihlali iddiasını içermektedir.

II. HÜKÜMET'İN ÖN İTİRAZLARI

171. Hükümet, beş ön itiraz ileri sürmüştür.

A. Sözleşme'nin 35. maddesinin 2. fıkrasının b bendine ilişkin ön itiraz

2. Büyük Daire'nin Değerlendirmesi

1. Mevcut davada, Mahkeme, Komisyon'un *Lukanov*'da verdiği karardan (yukarıda anılan) bu yana ilk kez, Sözleşme'nin 35. maddesinin 2. fıkrasının b bendi açısından Uluslararası Parlamentolar Arası Birlik (PAB) Komitesi'ne yapılan bir şikâyetin "başka bir uluslararası araştırma veya çözüm prosedürü" olarak kabul edilip edilemeyeceğini incelemeye davet edilmektedir.

2. Mahkeme, ilk olarak bunun Sözleşme'nin *lis pendens ilkesini* yansıtan 35. maddesinin 2. fıkrasının b bendinin ikinci kısmı ile ilgili olduğunu gözlemlemektedir. Amacı, birkaç uluslararası kuruluşun büyük ölçüde aynı olan başvurularla aynı anda ilgileneyeceği bir durumdan kaçınmaktır; bu, aynı davalara ilişkin çok sayıda uluslararası yargılamadan kaçınmayı amaçlayan Sözleşme'nin ruhuna ve lafzına aykırı olacaktır (bakınız *Radomilja ve diğerleri v. Hırvatistan* [BD], no. 37685/10 ve 22768/12, § 119, 20 Mart 2018).

3. Bu kriterin ilk kısmı ile ilgili olarak, Mahkeme, olayların, tarafların ve şikâyetlerin aynı olduğunda başvurunun "esas olarak aynı" olarak değerlendirildiğini yinelemektedir (bakınız *Gürdeniz*, yukarıda anılan, 41. paragraf).

4. İkinci kısım, yani bireysel bir başvuruda dile getirilen bir konunun, 35. maddesinin 2. fıkrasının b bendinde öngörülen hükümler anlamında "başka bir uluslararası soruşturma veya çözüm usulüne" sunulup sunulmadığıyla ilgili olarak, Mahkeme, incelemesinin resmi bir doğrulama ile sınırlı olmadığını, ancak uygun olduğu durumlarda, denetim organının niteliğinin, izlediği usulün ve kararlarının etkisinin, Mahkeme'nin yargı yetkisinin bu hüküm tarafından hariç tutulacak şekilde olup olmadığını belirlemeye kadar uzanacağını yinelemektedir (bakınız *Mahkeme'nin tavsiye görüşü verme yetkisine ilişkin karar*, § 31, ECHR 2004 VI). Bu bağlamda, Mahkemenin incelemesinin temel amacı, söz konusu organ önündeki prosedürün, usuli yönleri ve olası etkileri bakımından Sözleşme'nin 34. maddesinde belirtilen bireysel başvuru hakkına benzer olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini belirlemektir. Mahkeme ayrıca, 34. madde uyarınca yapılan başvurulara ilişkin görevlerinden birinin münferit davalarda adaleti sağlamak ve gerekirse adil tazminatı sağlamak olduğunu yinelemektedir.

5. Mahkeme, bu alandaki kriterleri *Yunanistan Banka Çalışan Sendikaları Federasyonu v. Yunanistan'da* (kek.), no. 72808/10, §§ 32-45, 6 Aralık 2011) tanımlamıştır. Mahkeme, söz konusu prosedürün, başvurucaya etkili koruma sağlayan bir dizi özellik ve garantiler içermesi gerektiğine karar vermiştir. Devlet adına sorumluluk tesis etme (bakınız *Peraldi v. Fransa* (kek.), no. 2096/05, 7 Nisan 2009) ve iddia edilen ihlali uygun tazminat önererek sona erdirmeye (bakınız *Mikolenko v. Estonya* (kek.), No. 16944/03, 5 Ocak 2006) kabiliyetine ek olarak böyle bir mekanizma aynı zamanda aleni, uluslararası ve adli veya yarı adli olmalıdır.

6. *Lukanov*'da (yukarıda anılan), Komisyon, "başka bir usul" teriminin, Sözleşme tarafından belirlenenlere benzer adli veya yarı yargısal işlemlere atıfta bulunduğu ve "uluslararası soruşturma veya çözüm" teriminin, Devletler tarafından kurulan kurum ve prosedürleri ifade ettiğini ve dolayısıyla sivil toplum kuruluşlarını kapsamadığını belirtmiştir. Komisyon ayrıca, Sözleşme'nin 27. maddesinin 1. fıkrasının b bendinin (bugünkü 35. maddenin 2. fıkrasının b bendine eşdeğer) hükümetler arası kurum ve

usullere atıfta bulunduğunu tespit etmiştir. Bu nedenle Komisyon, sivil toplum örgütleri tarafından kurulan mekanizmaların açıkça Sözleşme'nin 35. maddenin 2. fıkrasının b bendinin kapsamı dışında bırakıldığını açıklamıştır. Bununla birlikte, belirli bir mekanizma bir sivil toplum kuruluşu tarafından kurulmamış olsa bile, bu otomatik olarak "başka bir uluslararası araştırma veya çözüm prosedürü" olarak nitelendirildiği anlamına gelmemektedir. Sonuçta, Mahkemenin bu gibi durumlarda yanıtlaması istenen soru bu mekanizmanın, diğerlerinin yanı sıra, *Yunanistan Banka Çalışanları Sendikaları Federasyonu*'nda (yukarıda anılan) belirtilen kriterler ışığında "Sözleşme tarafından belirlenenlere benzer adli veya yarı adli işlemler" olup olmadığı ve karşılaması gereken kurumsal ve prosedürel güvencelerin sağlayıp sağlamadığıdır.

7. Bu bağlamda, söz konusu mekanizma ve üyeleri, Sözleşme'nin 6. maddesi uyarınca bağımsız ve tarafsız olmalıdır (bakınız yukarıda anılan *Peraldi* ve yukarıda anılan *Yunanistan Banka Çalışanları Sendikaları Federasyonu*, §§ 35-37). Usule ilişkin güvenceler söz konusu olduğunda, Mahkeme, bir yargısal veya yarı-yargısal organın, her bir tarafın diğer tarafın görüşleri hakkında bilgilendirilmesini ve bunlara yanıt vermesini sağlayan bir çekişme usulü sunması gerektiğini düşünmektedir. Taraflar ayrıca alınan önlemler ve alınan kararlardan haberdar edilmelidir. Bu türden bir organ, örneğin gözlemler sunarak, tarafların yargılamalara katılma hakkına da saygı göstermelidir. Buna ek olarak, organ, kararlarını kamuya açıklayarak ve gerekçelerini belirterek bireysel başvurulara yanıt vermelidir (yukarıda anılan *Mikolenko ve Celniku v. Yunanistan*, no. 21449/04, § 40, 5 Temmuz 2007 ile karşılaştırm). Ayrıca, Devletin incelemesinin dayandığı hukuki belge kapsamındaki sorumluluğunu belirleyebilmeli ve iddia edilen ihlale son verebilecek yasal tazminat sağlayabilmelidir (yukarıda anılan *Mikolenko* ile karşılaştırm; ve *Karoussiotis v. Portekiz*, no. 23205/08, §§ 59-76, ECHR 2011 (extracts)).

8. Mahkeme ayrıca, Sözleşme'de öngörülenlere benzer yargısal veya yarı yargısal işlemlerin gerekliliği, zorunlu olarak söz konusu organ tarafından yürütülen incelemenin kapsamı açısından açıkça tanımlandığını ve Devletler tarafından devletlerin aleyhinde getirilen şikâyetleri değerlendirme ve belirleme yetkisini verdikleri bir yasal belgeye veya "çerçeveye" dayalı olarak belirli haklar ve standartlarla sınırlı olduğunu ifade etmektedir. Bu, özellikle böyle bir mekanizma arasındaki benzerliklerin analizi bağlamında önemlidir ve Mahkeme'nin görevi, Sözleşme'nin 32. maddesi gereğince, Sözleşme hükümlerini yorumlamak ve uygulamak olduğundan ve 19. maddede belirtildiği üzere Sözleşmeye taraf devletler tarafından Sözleşmede üstlenilen görevlere uyulmasını sağlamak olduğundan, belirli bir organın yetkilerini etkin bir şekilde sınırlandıran yasal bir belgenin yokluğunda, Mahkeme'nin bu organın yapısını ve işlevlerini ve üye Devletlerin yükümlülüklerini tespit etmesi daha zor olacaktır.

9. Mevcut davanın koşullarına geri dönerek, Hükümet, özellikle PAB'ın yasal statüsünün, Komisyon'un Lukanov'daki kararından(yukarıda anılan) bu yana değiştiğini ve görüşüne göre, artık 35. maddenin 2. fıkrasının b bendi kapsamına giren bir "uluslararası devlet örgütü" olarak görülmesi gerektiğini savunmuştur. Yukarıda bahsedilen Lukanov ikileminde PAB'ın statüsünün bu kararın tarihinden bu yana değiştiğini varsayarsak bile, Mahkeme, mevcut davada 35. maddesinin 2. fıkrasının b bendi uyarınca incelenmesi amacıyla bu sorunu çözmesi gerekmediği kanaatindedir. Bunun yerine, Mahkeme incelemesini PAB Komitesi önündeki prosedürün, belirli özellikleri ve potansiyel etkileri bakımından Sözleşme'nin 34. maddesi uyarınca yapılan bireysel başvurulara benzer olup olmadığına odaklayacaktır. Bu amaçla, yukarıda belirtilen kriterleri karşılayıp karşılamadığına karar vermek için PAB Komitesi nezdinde prosedürün niteliğine ilişkin bir değerlendirme yapacaktır.

10. Bu bağlamda, bir birey ile bir Devlet arasındaki ihtilaflarda, Devletlerin açıkça tanımlanmış belirli haklar bakımından bunu yapma yetkisini tanımayı kabul ettikleri bir yasal araç temelinde hüküm vermek PAB Komitesi'nin görevi değildir. Aslında, Şubat 1989'da kabul edilen ve Mayıs 2007, Mart 2014, Nisan 2015 ve Nisan 2017'de revize edilen PAB Komitesi Kural ve Uygulamalarında belirtildiği gibi, PAB Komitesi'nin amacı, mevcut ve bazı durumlarda, genel olarak hakları risk altında olduğunda veya ihlal edilmiş gibi görüldüğünde genel olarak eski milletvekillerinin insan haklarını savunmaktır. Amaçları, olası ihlalleri önlemek, devam eden ihlalleri sona erdirmek ve/veya ihlallerin etkili bir şekilde telafi edilmesi için "tatminkar bir çözüm arayışı içinde, ilgili ülkelerin yetkilileri, en başta parlamentoları olmak üzere, bir diyalogu geliştirmek için mümkün olan her şeyi yaparak" Devlet eylemini teşvik etmektir. Sonuç olarak, PAB Komitesi bir Devletin belirli bir yasal araç kapsamındaki yükümlülüklerine uyulup uyulmadığını gözden geçirmeye çalışmaz. Bu nedenle PAB Komitesi'nin, Sözleşme tarafından belirlenene benzer bir yargısal veya yarı yargısal prosedür sunduğu söylenemez.

11. Bu sonucun ışığında, Mahkeme, mevcut başvurunun PAB Komitesi önüne getirilen şikâyet ile "esas olarak aynı" olup olmadığını ayrı ayrı incelemenin gereksiz olduğunu düşünmektedir.

12. Yukarıda belirtilen hususlar göz önüne alındığında, Hükümetin Sözleşme'nin 35. maddesinin 2. fıkrasının b bendi uyarınca yaptığı itiraz reddedilmelidir.

B. Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapılmadığına dair ön itiraz

Büyük Daire'nin Değerlendirmesi

13. Mahkeme, bir başvuruçunun iç hukuk yollarını tüketme gerekliliğine uymasının, normalde başvurunun Mahkeme'ye sunulduğu tarihe göre

değerlendirildiğini yinelemektedir. Bununla birlikte, Mahkeme'nin köklü içtihadı, belirli bir hukuk yolunun son aşamasının, başvuru yapıldıktan sonra ancak kabul edilebilirliği belirlenmeden önce tüketilmesine izin verdiğini göstermektedir. (bakınız yukarıda anılan *Karoussiotis*, § 57; *Mehmet Hasan Altan v. Türkiye*, no. 13237/17, § 107, 20 Mart 2018; *Şahin Alpay v. Türkiye*, no. 16538/17, § 86, 20 Mart 2018; *Molla Sali v. Yunanistan* [BD], no. 20452/14, §§ 90-91, 19 Aralık 2018; ve *A.M. v. Fransa*, no. 12148/18, § 66, 29 Nisan 2019).

14. Mevcut davadaki başvuru, başvurusunu 20 Şubat 2017 tarihinde Mahkeme'ye sunmuştur. Anayasa Mahkemesi'ne 17 Kasım 2016 tarihinde yapmış olduğu bireysel başvuru, Mahkeme'nin kabul edilebilirlik kararından önce 21 Aralık 2017 tarihinde kabul edilemez bulunmuştur. Bu nedenle Hükümetin bu itirazı reddedilmelidir.

C. İç hukuk yollarının tüketilmemesine ilişkin ön itiraz (Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrası ve 18. maddesi ve Sözleşme'ye Ek 1 Numaralı Protokol'ün 3. maddesi kapsamındaki şikâyetlerle ilgili olarak)

Büyük Daire'nin Değerlendirmesi

15. Mahkeme, ilk olarak, Anayasa Mahkemesi'nin ilk kararından, başvuru ilkinin ilk başvurusunda milletvekili ve bir siyasi partinin eş genel başkanı olarak yaptığı siyasi konuşmalar nedeniyle yakalanmış, gözaltına alınmış ve tutuklanmış olduğuna ilişkin şikâyetle bulunduğunun görülebileceğini kaydetmektedir. Ayrıca, milletvekili olarak statüsünü göz önünde bulundurarak, tutukluluğunun serbest seçim hakkının ihlali olduğunu savunmuştur (bakınız yukarıdaki 97. paragraf). Buna göre Mahkeme, başvuru ilkinin Anayasa Mahkemesi'ne yaptığı ilk bireysel başvurusunda Sözleşme'nin 18. maddesi ve Sözleşme'ye Ek 1 Numaralı Protokol'ün 3. maddesi uyarınca şikâyetlerini dile getirdiği kanaatindedir.

16. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi, başvuru ilkinin ilk başvurusunun, tutukluluğunu haklı çıkarmak için ilgili ve yeterli nedenlerin bulunmamasına ilişkin Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrası kapsamındaki şikâyetini içermediğini belirtmiştir (bakınız Mahkeme'nin kararı). Mahkeme, ilk olarak Adalet Bakanlığı'nın görüşlerine yanıt verirken bu nedenle bir ihlal iddiasında bulunduğunu kaydetmiştir. Buna göre, Anayasa Mahkemesi başvuru ilkinin kendisine yeni bir bireysel başvuruda bulunabileceğine işaret ederek, başvuru ilkinin bu kısmını incelememe kararı almıştır. Ancak Mahkeme, dava dosyasında yer alan ilk başvuru ilkinin nüshasından, başvuru ilkinin 21-30. paragraflarda AİHS'nin 5. maddesinin 3. fıkrası uyarınca açıkça şikâyetle bulunduğunu gözlemlemektedir. İlgili bölümde, öncelikle Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrasına atıfta bulunmuştur (paragraf 21). Daha sonra, özgürlüğünden yoksun bırakılan bir kişinin derhal bir hâkim karşısına çıkarılması gerektiğini ve özgürlüğünden

yoksun bırakılma süresinin makul bir süreyi aşmaması gerektiğini ileri sürülmüştür (22. paragraf). Ayrıca, olası cezanın ağırlığının, herhangi bir kaçma riskinin tesis edilmesine temel oluşturamayacağını ileri sürmüştür (28. paragraf). Ayrıca, tutukluluğa alternatif bir tedbir uygulanmadığından şikâyetçi olunmuştur (paragraf 29). Son olarak, tutukluluğu haklı çıkarmak için belirli bir neden belirtilmediğinden şikâyetçi olmuştur (paragraf 30). Bu koşullarda Mahkeme, başvurusunun ilk başvurusunun Sözleşme'nin 5.maddesinin 3.fıkrası ve Sözleşme'nin 18. maddesi ve Sözleşme'ye Ek 1 Numaralı Protokol'ün 3. maddesi kapsamındaki şikâyetlerini ortaya koyduğu kanaatindedir. Anayasa Mahkemesi'nin sonuçlarının aksine, müteakip gözlemleri, bu nedenle, ilk başvurusunda değinilen bir olguyla değil, tutukluluk bağlamındaki olgusal gelişmelerle ilgilidir (bakınız *Ilgar Mammadov v. Azerbaycan*, no. 15172/13, § 78, 22 Mayıs 2014).

17. Ayrıca, Mahkeme İçtüzüğü'nün 55. maddesi uyarınca, herhangi bir kabul edilemezlik iddiası, niteliği ve koşulların izin verdiği ölçüde, davalı Sözleşmeci Tarafça başvurunun kabul edilebilirliğine ilişkin yazılı veya sözlü gözlemlerinde ileri sürülmelidir (bakınız *Navalnyy v. Rusya* [BD], no. 29580/12 ve diğer 4 karar, § 60, 15 Kasım 2018).

18. Mevcut davada Hükümet, Daire önündeki 24 Kasım 2017 tarihli görüşlerinde, başvurusunun Anayasa Mahkemesi'ne yaptığı bireysel başvurunun hala derdest olduğunu iddia ederek -yukarıda 193 ve 194. paragraflarda incelenen itiraz- iç hukuk yollarının tüketilmediğine ilişkin itirazda bulunmuştur. Ayrıca, Anayasa Mahkemesi kararından yaklaşık iki hafta sonra, 4 Ocak 2018 tarihinde, Hükümet, Anayasa Mahkemesi'nin başvuru ve partisinden başka bir milletvekili Bay Ayhan Bilgen tarafından yapılan başvurulara ilişkin karar verdiğine işaret ettiği ek görüşlerini sunmuştur. Hükümet, söz konusu kararları özetledikten sonra, Mahkeme'nin, Bay Bilgen tarafından mağdur statüsünü kaybettiği için başvurusunu kabul edilemez olarak beyan etmesi gerektiğini belirtmiştir. Ancak, ek gözlemlerinde, başvuruyla ilgili olarak herhangi bir iç hukuk yolunu tüketmeme itirazında bulunmamışlardır. Diğer bir deyişle Hükümet, Daire'nin başvurunun kabul edilebilirliğine ilişkin kararından önce görüşlerinde bu tür bir ön itirazda bulunmamıştır. Ancak, Hükümet'in, 20 Kasım 2018'de Anayasa Mahkemesi kararının üzerinden on bir aydan fazla bir süre sonra başvurunun kabul edilebilirliği ve esası hakkında karar veren Daire önünde, Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrası ve 18. maddesi ile Sözleşme'ye Ek 1 Numaralı Protokol'ün 3. maddesine ilişkin kabul edilemezlik iddiasını ileri sürmesini engelleyecek hiçbir şey yoktu. Mahkeme, bu nedenle, Hükümet'in yargılamanın bu aşamasında bu itirazı dile getirmekten her halükarda men edildiğini düşünmektedir (bakınız *Svinarenko ve Slyadnev v. Rusya* [BD], no. 32541/08 ve 43441/08, § 82, ECHR 2014 (alıntılar), § 82, ve *Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portekiz* [BD], no. 55391/13 ve diğer 2 karar, § 109, 6 Kasım 2018).

19. Buna göre Mahkeme, Hükümet'in bu itirazını reddetmektedir.

D. Tazminat talebi için hukuki bir yola başvurulmamasına ilişkin itiraz (Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. ve 3. fıkrası kapsamındaki şikâyetlerle ilgili olarak)

Büyük Daire'nin Değerlendirmesi

20. Mahkeme, Sözleşme'nin 35. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, bir başvuruyu ancak iddia edilen ihlallerle ilgili olan ve aynı zamanda mevcut ve yeterli olan iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra ele alabileceğini hatırlatmaktadır. Mahkeme, aynı zamanda, hukuk yolunun teorik olarak ve ilgili zamanda pratikte etkili bir yol olduğuna, yani erişilebilir olduğu ve tazminat sağlama kabiliyetine sahip olduğuna, başvurunun şikâyetleriyle ilgili olarak ve makul başarı beklentileri sunduğuna ikna edilmek için Hükümetin görevini yeniden teyit etmektedir (özellikle bakınız *Selmouni v. Fransa* [BD], no. 25803/94, § 76, ECHR 1999-V; *Sejdovic v. İtalya* [BD], no. 56581/00, § 46, ECHR 2006-II; *Vučković ve diğerleri v. Sırbistan* (ön itiraz) [BD], no. 17153/11 ve diğer 29 karar, § 74, 25 Mart 2014; ve *Gherghina v. Romanya* (kek.), no. 42219/07, § 85, 9 Temmuz 2015). Bu ispat yükü yerine getirildikten sonra, Hükümet tarafından ileri sürülen hukuk yolunun, davanın özel koşullarında gerçekte kullanıldığını veya herhangi bir nedenle yetersiz ve etkisiz olduğunu veya kendisini bu gereklilikten muaf tutan özel koşulların mevcut olduğunu kanıtlamak başvurucuya düşer (bakınız *Akdivar ve diğerleri v. Türkiye*, 16 Eylül 1996, § 68, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-IV ve yukarıda anılan *Molla Sali*, § 89).

21. Bu bağlamda, belli bir hukuk yolunun başarı olasılığına ilişkin salt şüphelerin varlığı, açıkça nafîle olmayan, iç hukuk yollarının tüketilmemesi için geçerli bir neden değildir. Ayrıca, şikâyet edilen durumu doğrudan ve sadece dolaylı olarak değil, doğrudan telafi edebilecek bir hukuk yolundan yararlanan bir başvurunun, mevcut olabilecek ancak etkinliği sorgulanabilir olan diğer hukuk yollarına başvurusu gerekli değildir (bakınız *Vallianatos ve diğerleri v. Yunanistan* [BD], no. 29381/09 ve 32684/09, § 52, ECHR 2013 (extracts)).

22. Devam eden bir özgürlükten yoksun bırakmanın hukuka uygunluğuna ilişkin bir çarenin etkili olabilmesi için, bir salıverilme olasılığı sunması gerekir (bakınız *Mustafa Avcı*, yukarıda anılan, § 60). Başka bir deyişle, serbest bırakılma olasılığı sağlamayan bir hukuk yolu, özgürlükten mahrum bırakma devam ederken, Sözleşme'nin 5. maddesi açısından etkili bir hukuk yolu olarak kabul edilemez. Mahkeme, önleyici ve telafi edici hukuk yollarının birbirini tamamlayıcı olması gereken içtihadını yeniden teyit etmektedir (bakınız *kıyasen, Ulemek v. Hırvatistan*, no. 21613/16, §§ 72-74, 31 Ekim 2019).

23. Bununla birlikte, özgürlükten yoksun bırakmanın sona erdiği durumlarda durum farklı olabilir (bakınız Cüneyt Polat v. Türkiye, no. 32211/07, § 49, 13 Kasım 2014 ve yukarıda anılan Paşa Bayraktar ve Aydınkaya, § 28). Özgürlükten yoksun bırakmaya ilişkin olarak, Mahkeme zaten bu tür birçok davada karar verme fırsatı bulmuştur (bakınız diğer kararlar arasında, Kolevi v. Bulgaristan (dec.) no. 1108/02, 4 Aralık 2007; *Rahmani ve Dineva v. Bulgaristan*, no. 20116/08, § 66, 10 Mayıs 2012; *Gavril Yosifov v. Bulgaristan*, no. 74012/01, § 41, 6 Kasım 2008; ve *Dolenec v. Hırvatistan*, no. 25282/06, § 184, 26 Kasım 2009). Mahkemenin bu alandaki içtihadı şunu göstermektedir: başvurunun iç hukuka aykırı bir şekilde tutuklandığından şikâyet ettiği ve tutukluluğun sona erdiği durumlarda, iddia edilen ihlalin kabul edilmesine ve tazminata hükmedilmesine yol açabilecek bir tazminat talebi, prensipte, uygulamadaki etkinliği ikna edici bir şekilde ispatlanmışsa, izlenmesi gereken etkili bir hukuk yoludur.

24. Bu bağlamda, yukarıda belirtilen davalarda Mahkeme, bir özgürlükten yoksun bırakmanın hukuka aykırılığının veya usulsüzlüğünün yerel düzeyde kabul edilip edilmediğine dair dikkatli bir inceleme yapmıştır. Örneğin *Rahmani ve Dineva* davasında (yukarıda anılan, § 68) yerel mahkemeler, başvurunun tutukluluğunun hem iç hukuku hem de Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının f bendini ihlal ettiğini açıkça kabul etmişlerdir. *Kolevi* davasında (yukarıda anılan), bir yüksek mahkeme tarafından, başvurunun tutukluluğunun başından beri hukuka aykırı olduğu tespit edilmiştir. *Gavril Yosifov* davasında (yukarıda anılan, § 43) Mahkeme, başvurunun kısmen beraat ettiği ve tazminat talebinde bulunma fırsatı yaratıldığı gerçeğini dikkate almıştır. *Dolenec* davasında (yukarıda anılan, § 185) bir yerel mahkeme, başvurunun tutukluluğunun yasal süresinin çoktan dolduğunu ve bu sürenin ötesinde tutukluluğunun iç hukuka aykırı olduğunu açıkça kabul etmiştir.

25. Bununla birlikte, mevcut davada, başvurunun tutukluluğunun hukuka uygunluğuna ilişkin şikâyetleri başlangıçta ilk derece mahkemelerinde yani Diyarbakır sulh mahkemeleri, Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesi ve Ankara Ağır Ceza Mahkemesi ve daha sonra Anayasa Mahkemesi önünde dile getirilmiştir. Bu organların hiçbirisi açıkça veya zımnen, tutukluluğunun haksız veya hukuka aykırı olduğunu kabul etmemiştir. Tahliye talepleri defalarca reddedilmiştir. Buna göre, başvurunun tutukluluğunun Anayasa ile uyumlu olduğuna karar veren ulusal mahkemeler tarafından, özellikle Anayasa Mahkemesi tarafından verilen kararlar ışığında, Mahkeme, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141. maddesinin 1. fıkrasının a bendi uyarınca bir tazminat talebinin başarısızlıkla sonuçlanacağı kanaatindedir (benzer sonuç için bakınız yukarıda anılan *Lütfiye Zengin ve diğerleri*, § 65).

26. Hükümet, *Paşa Bayraktar ve Aydınkaya* (yukarıda anılan) kararına atıfta bulunmakla beraber, bu davada başvurucular, yasal azami sürenin

ötesinde polis nezaretinde tutulduklarını ve halkim önüne "derhal" çıkarılmadıklarını iddia etmişlerdir. Bu davanın özel koşullarında, Mahkeme, başvuruçuların Yasal gözaltı süresi içinde hâkim önüne çıkarılmamış olanların uğradığı zarar için tazminat talep etmesine imkân sağlayan Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141. maddesinin 1. fıkrasının b bendi uyarınca yerel mahkemelere başvurmaları gerektiğine karar vermiştir. Ancak, mevcut başvuruda böyle bir şikâyetle bulunulmamıştır.

27. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141. maddesinin 1. fıkrasının d bendinde öngörülen hukuk yolu ile ilgili olarak, Mahkeme, bu konudaki ilk öncü kararı olan *Demir* kararının(yukarıda anılan), yaklaşık yedi yıl olmak üzere, yalnızca tutukluluk süresiyle ilgili olduğunu kaydetmektedir. Bu davada, başvuruçucu, tutukluluğunun hukuka aykırı olduğuna itiraz etmemiştir ve ilk ve devam eden tutukluluğunu haklı çıkarmak için "ilgili" ve "yeterli" olduğu söylenebilecek nedenlerin eksikliğinden şikâyetçi olmamıştır. Mahkeme ayrıca, *Lütfiye Zengin ve diğerleri* davasında (yukarıda anılan) söz konusu hükmün yalnızca özgürlükten yoksun bırakma süresi ile ilgili bir hukuki yol sunduğunu tespit ettiğini kaydetmektedir (bakınız yukarıda, § 94).

28. Mevcut davada, başvuruçunun şikâyeti yalnızca tutuklu yargılama süresinin uzunluğu ile ilgili değildir. AİHS'nin 5. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, her şeyden önce, yerel mahkemelerin ilk ve devam eden tutukluluğunu haklı çıkarmak için ilgili ve yeterli gerekçeler sunmadığını iddia etmiştir. Bu bağlamda Mahkeme, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141. maddesinin 1. fıkrasının d bendinin ifadesinin, tutukluluğu haklı çıkarmak için verilen gerekçelerin yetersizliği nedeniyle tazminat hakkı sağlamadığını gözlemlemektedir. Ayrıca, Hükümet, mevcut davadakine benzer koşullarda, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141. maddesinin 1. fıkrasının d bendi kapsamındaki bir talebin böyle bir şikâyetle ilgili olarak başarılı olduğunu gösteren herhangi bir yerel karar vermemiştir.

29. Bu nedenle Mahkeme, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141. maddesinin 1. fıkrasının a ve b bendi uyarınca tazminat talebinin bir kişinin bir suç işlediğine dair makul şüphenin bulunmaması ya da Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. ve 3. fıkrası uyarınca tutuklu yargılanmayı haklı göstermek için ilgili ve yeterli gerekçelerin bulunmaması ile ilgili olarak etkili bir hukuk yolu olarak kabul edilemeyeceği kanaatindedir. Bu nedenle Hükümet'in bu yolun tüketilmemiş olduğuna yönelik itirazı reddedilmelidir.

E. Başvuruçunun mağdur statüsü

Büyük Daire'nin değerlendirmesi

30. Mahkeme, Sözleşme'nin herhangi bir ihlalinin telafi etmenin ilk önce ulusal makamlara düştüğünü ve bir başvuruçunun iddia edilen bir ihlalin gerçek bir mağduru olduğunu iddia edip edemeyeceğini değerlendirirken, sadece başvurunun Mahkeme'ye sunulduğu andaki resmi durum değil,

Mahkeme tarafından davanın incelenmesinden önceki tüm gelişmeler de dâhil olmak üzere söz konusu davanın tüm koşulları dikkate alınması gerektiğini hatırlatmaktadır (bakınız *Tănase v. Moldova* [BD], no. 7/08, § 105, ECHR 2010).

31. Başvurucunun lehine olan bir karar veya tedbir, ilke olarak, ulusal makamlar, açıkça veya esasen kabul etmedikçe ve daha sonra Sözleşme'nin ihlalinin tazmin etmedikçe Sözleşme'nin 34.maddesi uyarınca başvurucuyu "mağdur" statüsünden yoksun bırakmak için yeterli değildir (bakınız *Scordino v. İtalya (no. 1)* [BD], no. 36813/97, §§ 179-80, ECHR 2006 V; *Gäfgen v. Almanya* [BD], no. 22978/05, § 115, ECHR 2010 ; *Kurić ve Diğerleri v. Slovenya* [BD], no. 26828/06, § 259, ECHR 2012 (extracts); ve *Cristea v. Moldova Cumhuriyeti*, no. 35098/12, § 25, 12 Şubat 2019). Yalnızca bu koşulların her ikisinin de karşılandığı durumlarda, Sözleşme'nin koruyucu mekanizmasının ikincil niteliği başvurunun incelenmesini engellemektedir (bakınız yukarıda anılan *Rooman*, § 129).

32. Mahkeme yukarıda, süregelen bir özgürlükten yoksun bırakmanın hukuka uygunluğuna ilişkin bir hukuk yolunun etkili olabilmesi için bir tahliye olasılığı sunması gerektiği yönündeki içtihadına atıfta bulunmuştur (bakınız yukarıdaki 207. paragraf). Ancak, tutukluluk halihazırda sona erdiğinde, ilgili kişiye ilişkin birincisi, tutuklamanın hukuka aykırı olduğunun kabulüne ve ikinci olarak bu tespit temelinde tazminat ödenmesine imkân sağlayabilecek bir hukuk yoluna erişiminin olup olmadığı doğrulanmalıdır.

33. Mevcut davada, başvurucunun mevcut başvurusunun amaçları doğrultusunda tutukluluğu çoktan sona ermiştir (bu bağlamda tutuklulukta geçirdiği sürenin ayrıntılı bir incelemesi için bakınız aşağıda 290-297. paragraflar). Bu nedenle ilk olarak, ulusal makamlar tarafından, en azından özü itibarıyla, Sözleşme tarafından korunan bir hakkın ihlal edildiğinin kabul edilip edilmediğinin ve ikinci olarak, sağlanan tazminatın uygun ve yeterli olup olmadığının belirlenmesi gerekir (bakınız örneğin, *Vedat Doğru v. Türkiye*, no. 2469/10, § 37, 5 Nisan 2016).

34. "Kabul" sorunuyla ilgili olarak, Mahkeme, ilk olarak, Anayasa Mahkemesi'nin başvurucunun davasında Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrası ve 4, 10 ve 18. maddeleri ve Sözleşme'ye Ek 1 Numaralı Protokol'ün 3. maddesi ile güvence altına alınan hakların özü itibarıyla ihlal edilmediğini belirtmektedir. Bu nedenle, başvurucunun bu hükümler kapsamındaki şikâyetleri ile ilgili mağdur statüsünün bu temelde sorgulanamayacağını düşünmektedir.

35. Mahkeme, Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrası kapsamındaki şikâyete dönüldüğünde, başvurucunun önündeki ilk ve devam tutukluluğunun devamına hükmeden adli kararların, kanundaki tutukluluk gerekçelerine ve soyut, tekrarlayıp duran ve basmakalıp terimlere atıfta bulunmaktan başka hiçbir neden içermediğini ileri sürdüğünü gözlemlemektedir. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi, başvurucunun

tutukluluğunun devamına ilişkin kararların yetersiz nedenler içerdiğine karar vermiştir. Ancak, Anayasa Mahkemesi, başvurucunun tutukluluğuna ilişkin ilk kararın 5. maddenin 3. fıkrasına veya dahası 1982 Anayasası'nın ilgili hükmüne aykırı olduğunu tespit etmemiştir. Bu nedenle Mahkeme, Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrası tarafından korunan hakkın ihlal edildiği iddiasının Anayasa Mahkemesi tarafından kabul edilmediği sonucuna varmıştır. Bu bağlamda, Mahkeme, tutuklu kişinin bir suç işlediğine dair makul şüphenin sürmesine ek olarak, tutuklama emrini veren ilk karar sırasında, yani tutuklamadan “hemen” sonra hâkimin tutuklama için ilgili ve yeterli gerekçeler sunması gerekliliğinin halihazırda geçerli olduğuna dair içtihadını yinelemektedir (bakınız yukarıda anılan *Buzadji*, § 102).

36. Yukarıdakileri göz önünde bulundurarak, Mahkeme önündeki şikâyetinin, ilk ve devam eden tutukluluğuna ilişkin kararların, özgürlüğünden ilk kez mahrum bırakıldığı andan itibaren Sözleşme'ye aykırı olması dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi'nin 9 Haziran 2020 tarihinde verdiği karara bakılmaksızın, başvuru ayrıca Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrası ihlalinin mağduru olduğunu iddia edebilir.

III. SÖZLEŞME'NİN 10. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

1. Kabul edilebilirlik

240. Mağdur statüsünün olmaması temelindeki kabul edilmezlik itirazıyla (bakınız aşağıda 230. paragraf) ilgili olarak Mahkeme, söz konusu itirazın başvurucunun şikâyetlerinin esasıyla yakından bağlantılı konular içerdiği görüşündedir. Mahkeme, bu sebeple söz konusu sorunu esas değerlendirmesi bağlamında analiz edecektir (bakınız *Mehmet Hasan Altan*, yukarıda anılan, § 194 ve *Şahin Alpay*, yukarıda anılan, § 164).

241. Mahkeme ek olarak bu şikâyetin, Sözleşme'nin 35. maddesinin 3. fıkrasının a bendi kapsamında açıkça dayanaktan yoksun olmadığını ve başka diğer sebeplerden kabul edilemez olmadığını tespit etmiştir. Bu sebeplerle şikâyetin kabul edilebilir olduğu ilan edilmelidir.

2. Esas

(a) Milletvekillerinin ifade özgürlüğü

242. Mahkeme, milletvekillerinin ifade özgürlüğünün taşıdığı önemi içtihadında istikrarlı olarak vurgulamış, siyasal ifadenin taşıdığı büyük

önemin (*par excellence*) altını çizmiştir. *Castells v. İspanya* davasında (23 Nisan 1992, § 42, Series A no. 236), bir gazete yazısında Hükümet’e hakarete ettiği gerekçesiyle mahkûm edilen bir senatörle ilgili olarak, Mahkeme şunlara hükmetmiştir:

“Her ne kadar ifade özgürlüğü herkes için önemli olsa da, halkı temsilen seçilmiş kişiler için özel olarak önem taşımaktadır. Başvurucu seçmenini temsil etmekte, onların kaygılarına dikkat çekmekte ve onların menfaatini savunmaktadır. Dolayısıyla, meclisin muhalif bir üyesi olan başvurucunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleler ... Mahkeme’nin en sıkı denetimine tabi olmalıdır.

243. Bu ilkeler ulusal ve bölgesel milletvekillerinin ifade özgürlüğüne yapılan müdahalelerle ilgili birçok davada tasdik edilmiştir (bakınız, diğer kararların yanı sıra, *Karácsony ve Diğerleri v. Macaristan* [BD], no. 42461/13 ve 44357/13, § 137, 17 Mayıs 2016; *Jerusalem v. Avusturya*, no. 26958/95, § 36, ECHR 2001-II; *Féret v. Belçika*, no. 15615/07, § 65, 16 Temmuz 2009; ve *Otegi Mondragon v. İspanya*, no. 2034/07, § 50, ECHR 2011). Bu durum ayrıca, yasama dokunulmazlığının kullanılmasından kaynaklı olarak mahkemeye erişim hakkının kısıtlanmasına ilişkin bir dizi davada da gündeme gelmiştir (bakınız *A. v. Birleşik Krallık*, yukarıda anılan, § 79; *Cordova v. İtalya (no. 1)*, no. 40877/98, § 59, ECHR 2003-I; *Cordova v. İtalya (no. 2)*, no. 45649/99, § 60, ECHR 2003-I; *Zollmann v. Birleşik Krallık ((dec.))*, no. 62902/00, ECHR 2003-XII; *De Jorio v. İtalya*, no. 73936/01, § 52, 3 Haziran 2004; *Patrono, Cascini ve Stefanelli v. İtalya*, no. 10180/04, § 61, 20 Nisan 2006; ve *C.G.I.L. ve Cofferati v. İtalya*, no. 46967/07, § 71, 24 Şubat 2009).

244. Bu bakımdan, meclis konuşmalarının daha yüksek bir korumadan faydalanacağı hususunda şüphe bulunmamaktadır (bakınız *Karácsony ve Diğerleri*, yukarıda anılan, § 138). Özellikle yasama dokunulmazlığı kuralı bu en yüksek seviyedeki korumayı doğrular nitelikte olup, özel olarak meclis muhalefeti korumaktadır. Mahkeme, meclisteki azınlığın çoğunluk tarafından suiistimal edilmekten korunmasına özel bir önem atfetmektedir (ibid., § 147).

245. Bununla birlikte, siyasal tartışma özgürlüğü şüphesiz ki yapısı gereği mutlak bir hak değildir (bakınız *Castells*, yukarıda anılan, § 46). Mahkeme, doğrudan ya da dolaylı şiddet çağrısının önlenmesi örneğinde olduğu gibi, belirli ifade biçimlerinin önüne geçilmesi için belirli düzenlemelerin gerekli olabileceğini halihazırda belirtmiştir (bakınız *Karácsony ve Diğerleri*, yukarıda anılan, § 140). Bu ifade özgürlüğünün

korunaklı kaldığının doğrulanması adına, Mahkeme'nin bu bağlamdaki incelemesi çok daha sıkı olmalıdır (bakınız *Pastörs v. Almaya*, no. 55225/14, § 38, 3 Ekim 2019).

(b) Ortada bir müdahale olup olmadığı hususu

246. Mevcut davada, 20 Mayıs 2016 tarihli anayasa değişikliği doğrultusunda, Anayasa'nın 83. maddesinin 2. fıkrasında belirtildiği üzere milletvekili dokunulmazlıklarının kaldırılması yönündeki anayasa değişikliği öncesi Meclis'e yapılan taleplerden etkilenmişlerdir ve bu yöndeki anayasal korumalarını kaybetmişlerdir. Anayasa değişiklik gerekçesinde belirtildiği üzere, söz konusu değişikliklerin gündeme getirilmesinin sebebi şu şekilde gösterilmiştir: "Türkiye, tarihinin en büyük ve en kapsamlı, terörle mücadelesini yürütürken, bazı milletvekillerinin seçilmeden önce ya da seçildikten sonra yapmış oldukları teröre manevi ve moral destek manasındaki açıklamaları, bazı milletvekillerinin teröre ve teröristlere fiili manada destek ve yardımları, bazı milletvekillerinin ise şiddet çağrıları "kamuoyunda büyük infial" meydana getirmektedir" (bakınız yukarıda 56. paragraf). Bu sebeple anayasa değişikliği, başvuru dâhil olmak üzere ilgili milletvekillerinin siyasal ifadelerini sınırlandırma amacı taşımaktadır. Değişiklik sonrasında, Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcısı, başvuru hakkındaki otuz bir ayrı soruşturma dosyasını birleştirme kararı almıştır. Ardından başvuru 4 Kasım 2016 tarihinde tutuklanmıştır. Diyarbakır 2. Sulh Ceza Hâkimliği, başvuru hakkında verdiği tutukluluk kararında temel olarak takip eden delillere dayanmıştır: HDP genel merkez yönetimi adına atılan ve yayımlanan tweetler ve 6 ila 8 Ekim 2014 tarihleri arasındaki olaylar; başvurunun, PKK üyelerinin belirli eylemlerini tarif ettiği konuşmaları, örneğin hendeklerin kazılması ve şehirlerde barikatlar kurulmasının "direniş" olarak nitelendirilmesi; ve başvurunun Demokratik Toplum Kongresi aktivitelerine katılmış olması (bakınız yukarıda 70. paragraf). 11 Ocak 2017 tarihinde başlayan (bakınız yukarıda 78. paragraf) ve hala derdest olan yargılamalara bakıldığında, sunulan delillerin neredeyse tamamı başvurunun konuşmalarından oluşmaktadır.

247. Yukarıda belirtilenler ışığında Mahkeme; başvurunun 20 Mayıs 2016 tarihli anayasa değişiklikleri doğrultusunda yasama dokunulmazlığının kaldırılması, başvuru hakkındaki ceza yargılamaları ve yukarıda anılan delillerin başvurunun siyasal ifadelerinden oluşması göz önüne alındığında; bütün bu tedbirlerin birleşmesinin başvurunun Sözleşme'nin

10. maddesi altında korunan ifade özgürlüğünden yararlanmasına bir müdahale teşkil ettiğinin inkar edilemeyeceği görüşündedir. Mahkeme bu sebeple Hükümet tarafından öne sürülen mağdur statüsünün yokluğu itirazını reddetmektedir.

248. Söz konusu müdahale “kanunla öngörülmesi”, 10. maddenin 2. fıkrasında belirtilen bir ya da daha fazla meşru amacı taşımalı ve “demokratik toplum düzeninde gerekli” olmalıdır (bakınız *Karácsony ve Diğerleri*, yukarıda anılan, § 121).

(c) Müdahalenin kanunla öngörülüp öngörülmediği hususu

(i) Genel ilkeler

249. Mahkeme, ilgili tedbirin yerel hukukta bazı temelleri bulunmasının zorunlu olduğu ve ayrıca tedbirin Sözleşme’nin Başlangıç kısmında açıkça belirtilen ve Sözleşme’nin her maddesine içkin olan hukukun üstünlüğü ilkesi ile bağdaşması gerektiği yönündeki yerleşik içtihadına atıfta bulunmaktadır. Özel olarak, yetkili mercilere verilen takdir yetkisi, kontrolsüz bir yetki olarak ifade edilmişse bu durum hukukun üstünlüğüne aykırı olacaktır. Bu sebeple hukuk kurallarının yetkililere tanıdığı böylesi takdir yetkilerinin kapsamının ve bu yetkinin kullanılmasının yeterli açıklıkla ifade edilmesi ve böylece keyfi müdahalelere karşı yeterli bireysel korumanın sağlanması gerekmektedir (bakınız *Roman Zakharov v. Rusya* [BD], no. 47143/06, §§ 228 ve 230, ECHR 2015; *Malone v. Birleşik Krallık*, 2 Ağustos 1984, § 67, Series A no. 82; *Olsson v. İsveç (no. 1)*, 24 Mart 1988, § 61, Series A no. 130; ve *Navalnyy*, yukarıda anılan, § 115). Bu bağlamda, yerel hukukun yorumlanması ve uygulanması öncelikle ulusal yetkililerin, özellikle mahkemelerin görevidir (bakınız, diğer kararların yanı sıra, *Waite ve Kennedy v. Almanya* [BD], no. 26083/94, § 54, ECHR 1999-I, ve *Karácsony ve Diğerleri*, yukarıda anılan, § 123). Mahkeme’nin rolü, söz konusu yorumun etkilerinin Sözleşme ile uyumlu olup olmadığını saptamak ile sınırlandırılmıştır (bakınız *Korbely v. Macaristan* [BD], no. 9174/02, § 72, ECHR 2008). 10. maddenin 2. fıkrasında belirtilen “kanunla öngörülme” ibaresi ayrıca söz konusu kanunun niteliğine de atıf yapmaktadır, buna göre söz konusu kanunun ilgili kişilerce erişilebilir olması ve etkililerinin öngörülebilir olması gerekmektedir (bakınız, diğer birçok kararın yanı sıra, *Rotaru v. Romanya* [BD], no. 28341/95, § 52, ECHR 2000-V; *Maestri v. İtalya* [BD], no. 39748/98, § 30, ECHR 2004-I; *Centro Europa 7 S.r.l. ve Di Stefano v. İtalya* [BD], no. 38433/09, § 140,

ECHR 2012; *Kudrevičius ve Diğerleri v. Litvanya* [BD], no. 37553/05, § 108, ECHR 2015 ve *Delfi AS v. Estonya* [BD], no. 64569/09, § 120, ECHR 2015).

250. “Kanunla öngörülme” ibaresinden kaynaklanan gerekliliklerden bir tanesi öngörülebilirliktir. Mahkeme’nin görüşüne göre, bir norm kişilerin davranışlarını düzenleyebilmesine izin veren yeterli kesinlikte formüle edilmemişse ve kişilerin –gerekli olduğu takdirde uygun tavsiyeler eşliğinde- ilgili koşulları ve eylemlerinin yol açabileceği sonuçları makul bir seviyede öngörmesine cevaz vermiyorsa 10. maddenin 2. fıkrası maksatlarınca “kanun” olarak görülemez. Bu sonuçların mutlak bir kesinlikte öngörülmesine gerek yoktur. Her ne kadar kesinlik son derece makbul olsa da aynı zamanda orantısız bir katılık da getirebilir, hukukun değişen koşullara ayak uydurması gerekmektedir. Bu doğrultuda, birçok kanun kaçınılmaz olarak az ya da çok ölçekte belirsizdir ve bu kanunların yorumlanması ve uygulanması pratiğin konusudur (bakınız, örneğin, *Lindon, Otchakovsky-Laurens ve July v. Fransa* [BD], no. 21279/02 ve 36448/02, § 41, ECHR 2007-IV; *Centro Europa 7 S.r.l. ve Di Stefano*, yukarıda anılan, § 141 ve *Delfi AS*, yukarıda anılan, § 121). Öngörülebilirlik kriteri, kanunun uygulanmasına hâkim bütün detaylı koşul ve usullerinin kanun lafzının kendisinde belirtilmesi gerekliliği olarak yorumlanamaz; bu kriter, gerekli noktaların tatmin edici şekilde kanun metinlerinde açıklanamadığı durumlarda daha düşük seviyeli mevzuatın kabul edilmesiyle karşılanabilir. Takdir marjı tanıyan bir kanunun, bu takdir marjının kapsamı ve kullanımının yeterli açıklıkta ifade edilmesi ve ilgili tedbirin taşıdığı meşru amaç göz önüne alındığında, keyfi müdahalelere karşı yeterli bireysel korumayı sağlaması şartıyla, öngörülebilirlik gerekliliğiyle bağdaşmadığı söylenemez (bakınız *Magyar Kétfarkú Kutya Párt v. Macaristan* [BD], no. 201/17, § 94, 20 Ocak 2020).

251. Mahkeme bu bağlamda, davalı bir Devlet’in yasama erkinin verili bir alanı düzenlemek için seçtiği metotların uygunluğu hakkında görüş ifade etmenin kendisine düşmediğini tekrarlamaktadır. Mahkeme’nin görevi, benimsenen metotların ve bunların etkilerinin Sözleşme ile uyum içinde olup olmadığını değerlendirmek ile sınırlandırılmıştır (bakınız *Magyar Helsinki Bizottság v. Macaristan* [BD], no. 18030/11, § 184, 8 Kasım 2016).

252. Mahkeme, Sözleşme’nin 34. maddesi kapsamındaki bireysel başvuru davalarında görevinin soyut bir şekilde yerel hukuku değerlendirmek olmadığını, bu hukukun uygulanmasının başvuru kişinin Sözleşme haklarını ihlal edip etmediğini belirlemek olduğunu ayrıca

doğrulamaktadır (bakınız *Magyar Kétfarkú Kutya Párt*, yukarıda anılan, § 96).

253. Mahkeme, tam sınırdaki bulunan olgularla ilgili şüphe seviyesinin, bir kanun hükmünü uygulama alanında kendiliğinden öngörülemez kılmayacağı kanaatinde. Ayrıca bir kanun hükmünün birden fazla kurucu anlamda olabilmesi, tek başına “öngörülebilirlik” gerekliliğinin karşılanmadığı anlamına gelmemektedir. Mahkemelere ait muhakeme rolü, tam da kalan bu yorumsal şüpheleri, günlük pratikteki değişimleri de göz önünde tutarak, tam olarak giderme amacıyla mevcuttur (bakınız *Gorzelik ve Diğerleri v. Polanya* [BD], no. 44158/98, § 65, ECHR 2004-I). Aynı zamanda, Mahkeme verili bir hukuk normunun ilk defa uygulanacağı bir günün de geleceğinin farkındadır (bakınız *Magyar Kétfarkú Kutya Párt*, yukarıda anılan, § 97).

254. Öngörülebilirlik kavramıyla ilgili olarak, kavramın kapsamı büyük ölçüde söz konusu hukuk enstrümanının içeriği, düzenlemek için tasarlandığı alan ve enstrümana muhatap olanların sayısı ve statülerine dayanmaktadır (bakınız *Centro Europa 7 S.r.l. ve Di Stefano*, yukarıda anılan, § 142; *Delfi AS*, yukarıda anılan, § 122; ve *Satakunnan Markkinapörssi Oy ve Satamedia Oy v. Finlandiya* [BD], no. 931/13, § 144, 27 Haziran 2017). Bununla birlikte kanun niteliği, yerel hukukta bireylerin koşullara ilişkin uygun belirtileri yeterince öngörebilmesi ve yetkililerin Sözleşme altındaki haklarına müdahalede bulunmak için başvurabilecekleri yolları önceden bilmesi anlamlarına gelmektedir (bakınız *Fernández Martínez v. İspanya* [BD], no. 56030/07, § 117, ECHR 2014 (extracts), ve *Güler ve Uğur v. Türkiye*, no. 31706/10 ve 33088/10, § 47, 2 Aralık 2014).

(ii) *Yukarıda anılan ilkelerin mevcut davaya uygulanması*

255. Mevcut davada Mahkeme ilk olarak, başvuru tutuklandığı sırada bütün mevzuat hükümlerinin, açıkça ifade etmek gerekirse Anayasa’nın, anayasa değişikliklerinin, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun ve savcının başvuru mahkûm edilmesini talep etmesine temel olan mevzuatın erişilebilir olduğu hususunda tarafların mutabık olduğunu gözlemlemektedir. 20 Mayıs 2016 tarihli anayasa değişikliğini takiben, başvuru Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 100. ve devamı maddelerindeki hükümler uyarınca tutuklanması hususu uyuşmazlığa konu değildir. Tarafların argümanları ve pozisyonlarının farklılaştığı konu, söz konusu anayasa değişikliğinin ve silahlı terör örgütü kurma ve/veya yönetmeye ilişkin Ceza Kanunu hükümlerinin bu dava özelinde “kanun

niteliği” şartını taşıyıp taşımadığı üzerinedir. Mahkeme bu sebeple, her iki bakımdan da, başvurunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin “kanunla öngörülme” şartını taşıyıp taşımadığını değerlendirmelidir. Mahkeme işbu davada özel olarak, ulusal hukukun yorumlanma ve uygulanmasının başvurunun yargılanmasına sebep olan konuşmaların yapıldığı zamanlarda öngörülür olup olmadığını inceleyecektir.

(1) Yasama dokunulmazlığı

256. Mahkeme, yasama dokunulmazlığı sistemine içkin karakteristikleri ve bu sistemin halkı temsil eden insanların ifade özgürlüğünü koruma ve meclis fonksiyonlarını partizan şikâyetlerle engelleme amacı taşıması itibarıyla olağan hukukun askıya alındığı bir yapı arz ettiğini tekrarlamaktadır (bakınız *Kart v. Türkiye* [BD], no. 8917/05, § 88, ECHR 2009 (extracts)).

257. Mahkeme ilk olarak, Avrupa Konseyi üyesi devletlerin çoğunda 1982 Anayasası’nın 83. maddesinde olduğu gibi, iki tip yasama bağışıklığı olduğunu gözlemlemektedir: sorumsuzluk ve dokunulmazlık (bakınız *Kart*, yukarıda anılan, §§ 42 ve 85; *Karácsony ve Diğerleri*, yukarıda anılan, §§ 138-40 ve *Pastörs*, yukarıda anılan, § 38).

258. Anayasa’nın 83. maddesinin ilk fıkrası milletvekillerinin sorumsuzluğunu ilgilendirmektedir, buna göre milletvekilleri, Türkiye Büyük Millet Meclisi çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, Meclis’te ileri sürdükleri düşüncelerden, o oturumdaki Başkanlık Divanı’nın teklifi üzerine Meclis tarafından başka bir karar alınmadıkça bunları Meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamazlar (bakınız yukarıda 134. paragraf).

259. Mahkeme yasama sorumsuzluğunun mutlak olduğunu ve hiçbir istisnaya cevaz vermediğini gözlemlemektedir, yasama sorumsuzluğu hiçbir soruşturma tedbirine izin vermemekte ve tarafların duruşmada belirttiği gibi, milletvekillerini görev süreleri sona erdikten sonra da korumaya devam etmektedir. Her iki tarafın da duruşmada belirttiği üzere, Türkiye Büyük Millet Meclisi dışında tekrar edilen siyasi ifadeler, Meclis’te söylenen aynı kelimelerin tekrarlanması olarak kabul edilemez.

260. Türkiye Büyük Millet Meclisi’nde 20 Mayıs 2016’da kabul edilen geçici 20. madde (bakınız yukarıda 137. paragraf), Anayasa’nın 83. maddesinin ilk fıkrasını değiştirmemiştir. Diğer bir deyişle, anayasa değişikliğinden etkilenen 154 milletvekili, Anayasa’nın 83. maddesinin ilk fıkrasında tanımlanan yasama dokunulmazlığının sağladığı hukuki

korumadan faydalanmaya devam etmiştir. Meclis Genel Kurulu tarafından aksi kararlaştırılmadığı takdirde, milletvekilleri meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden veya bunları Meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan ceza mahkemelerinde sorumlu tutulamazlar.

261. İşbu başvuruda Hükümet, başvurunun ilgili konuşmalarda öz yönetimi savunduğunu, PKK tarafından yapıldığı iddia edilen terör eylemlerini “öz savunma savaşı” ve “direniş” hareketleri olarak tarif ettiğini ve güvenlik güçlerince yürütülen operasyonları “katliam” olarak nitelendirdiğini ortaya koymuştur. Hükümet ayrıca başvurunun PKK liderini övdüğünü ve halka sokaklara çıkması için çağrıda bulunduğunu eklemiştir. Başvurucu kendi beyanlarında, benzer konuşmaları Meclis Genel Kurul oturumları sırasında da yaptığını ve bu sebeple söz konusu konuşmaların Anayasa’nın 83. maddesinin 1. fıkrası uyarınca koruma altında olduğunu belirtmiştir. Bu konuyla ilgili olarak Mahkeme, başvurucuya suç olarak isnat edilen ve tutuklanmasına sebep olan konuşmaların Anayasa’nın 83. maddesinin 1. fıkrası uyarınca yasama sorumsuzluğu koruması altında olup olmadığının belirlenmesinin ilk olarak ulusal yetkililerin, özel olarak yerel mahkemelerin görevi olduğu kanaatinde. Bu bağlantıyla birlikte Mahkeme, her türlü görevin kötüye kullanılması durumunda yerel mahkemelerin yargısal bir denetimde bulunma yönünde usuli yükümlülüğü olduğunu tekrarlamaktadır (bakınız *Karácsony ve Diğerleri*, yukarıda anılan, §§ 133-36 ve kararda atıf yapılan diğer kararlar).

262. Mevcut davada, Hükümet başvurunun yargılandığı ulusal mahkemeler önünde hiçbir zaman konuşmalarının Anayasa’nın 83. maddesinin 1. fıkrası uyarınca koruma altında olduğunu belirtmediğini öne sürmüştür. Bununla birlikte, aksine, başvuru tutukluluğunun başından itibaren 83. maddenin ilk fıkrası uyarınca özgürlüğünden yoksun bırakılmayacağını ifade etmiştir. Bakıldığında sahiden de başvurunun temel argümanlarından birisi budur (bakınız, özel olarak, yukarıda 70. paragraf). Başvurucu bu bağlamda serbest bırakılması için birçok ayrı itirazda bulunmuştur (bakınız, özel olarak, yukarıda 77. ve 80. paragraf). Ek olarak başvuru, 3 Nisan 2018 tarihinde Ankara 19. Ağır Ceza Mahkemesi’nden meclis oturumları sırasında yaptığı konuşmaları incelemesini ve yargılamaya konu konuşmalarla karşılaştırmasını talep etmiştir. Başvurucu bu amaçla ayrıca bu konuşmaların Anayasa’nın 83. maddesinin ilk fıkrası uyarınca koruma altında olup olmadığının

belirlenmesi için bilirkişi atanması talebinde bulunmuştur (bakınız yukarıda 91. paragraf). Bununla birlikte taraflarca sunulan belgelere bakıldığında böyle bir incelemenin yapılmadığı görülmektedir. Başvurucunun tutuklanmasına karar veren Diyarbakır 2. Sulh Ceza Hâkimliği, anayasa değişikliğinin başvurucunun yasama dokunulmazlığını ilgili suçlar bakımından kaldırdığı yönünde yalnızca basit bir gözlemde bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi benzer şekilde 20 Mayıs 2016 tarihli anayasa değişikliklerinin, söz konusu değişikliklerden önce Meclis Genel Kurulu'na verilen yasama dokunulmazlığının kaldırılması taleplerinin kabul edilmesini olanaklı kıldığını benzer şekilde gözlemlemiştir. Bununla birlikte; başvurucunun ilk ve devam eden tutukluluğuna karar veren hâkimliklerin, başvurucuya karşı ceza davası açan savcılıkların, tutukluluğun devamına karar veren ağır ceza mahkemesi hâkimlerinin ve son olarak, Anayasa Mahkemesi hâkimlerinin hiçbirisi söz konusu konuşmaların başvurucunun yasama dokunulmazlığı kapsamında korunup korunmadığı konusunda bir değerlendirmede bulunmamıştır. Mahkeme başvurucunun bu husustaki argümanlarına yönelik hiçbir analizde bulunulmamasına hayret etmektedir.

263. Mahkeme, Hükümet tarafından atıf yapılan söz konusu konuşmaların, içerikleri bakımından, başvurucunun Meclis Genel Kurulu'nda yaptığı konuşmalara benzer konuşmalar olduğunun başvuru tarafından makul bir şekilde ortaya konduğu kanaatindedir (bakınız, özel olarak, yukarıda 28, 36, 46, 50, 51, 52 ve 54. paragraflar). Bununla birlikte, söz konusu argümanın makullüğü ve Anayasa'nın 83. maddesinin ilk fıkrası uyarınca tanınan güvenceye rağmen, yargı yetkilileri başvurucunun tutukluluğunu devam ettirmiş, temelde siyasi konuşmaları temelinde yargılamış ve söz konusu beyanların yasama dokunulmazlığı korumasından faydalanıp faydalanmadığına ilişkin hiçbir değerlendirmede bulunmamışlardır.

264. Ek olarak, söz konusu konuşmaların Anayasa'nın 83. maddesinin ilk fıkrası uyarınca korunmadığı varsayılsa dahi, Mahkeme, 20 Mayıs 2016 tarihli anayasal değişikliklerin kendi başına öngörülebilirlik bakımından bir sorun yarattığı kanaatindedir. Anayasa'nın 83. maddesinin 2. fıkrası, değiştirilmemiş şekliyle, yasama dokunulmazlığını düzenlemektedir ve Meclis Genel Kurulu'nun rızası olmadıkça, seçilmiş bir vekilin görevi süresince hiçbir şekilde tutulamayacağı, tutuklanamayacağını ve yargılanamayacağını belirtmektedir. Söz konusu koruma yalnızca geçici sürelidir, yani milletvekilinin görev süresi dolduktan sonraki normal süreçte

bir ceza yargılamasının yapılması olanaklıdır (bakınız *Kart*, yukarıda anılan, § 69).

265. Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrası yasama dokunulmazlığı ilkesine yalnızca iki istisna getirmektedir: (i) ağır cezayı gerektiren suçüstü hali (*in flagrante delicto*) ve (ii) seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar. Başvurucunun durumu her iki istisnaya da girmediği için, anayasa değişikliği olmadan yerel yetkililer başvurucuya karşı ceza yargılaması başlatabilmek için yalnızca yasama dokunulmazlığının kaldırılması talebinde bulunabilmekteydi.

266. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, bir milletvekilinin yasama dokunulmazlığının kaldırılması için yapılan taleplere karşı usuli güvenceler sağlamaktadır. Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, bir milletvekili ancak Meclis Genel Kurulu'nun yasama dokunulmazlığının kaldırılması kararı olduğu sürece tutulabilir, sorguya çekilebilir, tutuklanabilir veya yargılanabilir. Bu anlamda Meclis Genel Kurulu, davaya konu bireysel koşullar ve ilgili üyenin durumunu değerlendirmeli, kendilerini Meclis'e karşı savunma fırsatını üyelere sunmalıdır. Ek olarak Anayasa'nın 85. maddesi altında, milletvekili veya bir diğer milletvekili Meclis Genel Kurulu'nun aldığı yasama dokunulmazlığı kararına karşı, kararının alındığı tarihten başlayarak yedi gün içerisinde iptali için Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Anayasa Mahkemesi iptal istemini on beş gün içerisinde karara bağlamak zorundadır. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'ya, kanuna veya İçtüzüğe aykırılığı sebebiyle Meclis kararının iptal edilmesine karar verebilir.

267. Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan, seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekilinin Meclis kararı olmadıkça tutulamayacağı, sorguya çekilemeyeceği, tutuklanamayacağı ve yargılanamayacağı şeklindeki hüküm, anayasa değişiklikleri doğrultusunda başvuru da dâhil ilgili milletvekilleri için uygulama alanı bulmamaktadır. Bu sebeple ilgili milletvekilleri olağan yasal çerçeveye tabi olup, olağan yurttaşlardan ayrı bir statüye sahip değildir. Bu sebeple, Anayasa Mahkemesi'nin 3 Haziran 2016 tarihinde 2016/117 sayılı kararında belirttiği üzere, ilgili milletvekillerinin ilgili değişikliğe karşı itirazda bulunma hakları yoktur, anayasal deneyim yalnızca Anayasa'nın 148. maddesinde yer alan usul çerçevesinde ilerleyebilir.

268. Anayasa değişikliğinin genel gerekçe metninde, anayasa değişikliği amacının bazı milletvekillerinin yapmış oldukları teröre manevi ve moral destek manasındaki açıklamaları, bazı milletvekillerinin teröre ve teröristlere fiili manada destek ve yardımları, bazı milletvekillerinin ise şiddet çağrıları kamuoyunda büyük infiale işaret etmek olduğu belirtilmiştir. Ek olarak, Anayasa'nın 83. maddesinin 2. fıkrasının askıya alınması hakkındaki görüşünde Venedik Komisyonu, bu değişiklik sonrası milletvekillerinin siyasal beyanlarının ceza hukuku kapsamında cezalandırılabilir olacağını, Anayasa'nın 83. ve 85. maddelerindeki anayasal güvencelerin ilgili vekiller için mevcut olmayacağını belirtmiştir. Bu değişikliğin sonucunda, Meclis Genel Kurulu'nun artık ilgili milletvekillerinin her birinin durumu için bireysel değerlendirme yapma zorunluluğu bulunmamaktadır, bu durum milletvekillerinin Anayasa altında güvenceye alınan hakları pahasına da olsa yürütülmemektedir. Mahkeme'nin görüşüne göre, bu değişiklik ilgili milletvekillerinin öngöremeyeceği bir durum yaratmıştır.

269. Ek olarak, Mahkeme tekrar Venedik Komisyonu'nun görüşlerini paylaşarak, bir sefere mahsus *ad homines* anayasa değişikliğinin Türkiye anayasa geleneğinde daha önce eşi benzerinin görülmediği görüşündedir. Gerekçe metninde aktarıldığı üzere, anayasa değişiklikleri spesifik olarak milletvekillerinin beyanlarını, özel olarak muhalefeti açıkça hedef almaktadır. Bu bağlantıyla, Mahkeme halihazırda özel kişileri hedef alan kanunların hukukun üstünlüğüne aykırı olduğunu belirtmiştir (bakınız *Baka v. Macaristan* [BD], no. 20261/12, § 117, 23 Haziran 2016). Değişikliğin kabul edilmesinden sonra Meclis Genel Kurulu Anayasa'nın 83. ve 85. maddeleri altındaki bağışıklık rejimini sürdürmüş, aynı zamanda belirli tanımlanabilir üyelere karşı bu rejimi, genel ve objektif kanun lafzı temelinde uygulanamaz kılmıştır. Bu bağlamda Mahkeme, Venedik Komisyonu'nun "anayasa değişikliği prosedürünün kötüye kullanılması" tespitine tamamıyla katılmaktadır. Mahkeme'nin görüşüne göre, Türkiye'nin parlamenter pratiği ve geleneği akılda tutulduğunda, bir milletvekili görev süresi esnasında böyle bir usulün işletilmesini makul bir şekilde öngöremez, bu itibarla Meclis Genel Kurul üyelerinin ifade özgürlükleri zarar görecektir.

270. Mahkeme'nin içtihadı, öngörülebilirlik şartının sağlanmasıyla ilgili olarak, mevzuatın lafzından, bir bireyin hareket ve ihmalleri sebebiyle ceza sorumluluğunun doğup doğmayacağını, gerektiği takdirde yardım alırsa mahkemelerin bu hususu nasıl yorumlayacağını bilip bilemeyeceği üzerine

bir kriter geliştirmiştir (bakınız, diğer kararların yanı sıra, *Güler ve Uğur*, yukarıda anılan, § 50 ve *Kudrevičius ve Diğerleri*, yukarıda anılan, § 108). Mevcut davada, Anayasa'nın 83. maddesinin ilk iki paragrafının lafzı ve yerel mahkemelerin ilgili maddeyi yorumlaması ya da yorumlama eksikliği göz önüne alındığında, Mahkeme başvurucunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin “kanunla öngörülmediğini”, nitekim müdahalenin öngörülebilirlik şartını sağlamadığını ve siyasal bir bakıştan savunmada bulunan başvurucunun mevcut anayasal korumadan meşru bir şekilde yararlanmayı bekleyeceğini, bu korumanın siyasal konuşmalar için yasama dokunulmazlığı ve anayasal usuli güvenceler olduğu görüşündedir (bakınız, *mutatis mutandis*, *Lykourazos v. Yunanistan*, no. 33554/03, §§ 54-56, ECHR 2006-VIII).

(2) Terörizmle ilgili suçlar: Ceza Kanunu'nun 314. maddesinin 1. ve 2. fıkraları

271. Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı, 4 Kasım 2016 tarihinde Diyarbakır 2. Sulh Ceza Hâkimliği'nden başvurucunun iki suç işlediği şüphesiyle tutuklanması talebinde bulunmuştur: Ceza Kanunu'nun 314. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen, silahlı terör örgütüne üye olma suçu ve aynı Kanun'un 214. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen, suç işlemek için alenen tahrikte bulunma suçu.

272. Aynı gün içinde Diyarbakır 2. Sulh Ceza Hâkimliği, HDP Twitter hesabından atılan tweetleri ve 6 ila 8 Ekim 2014 arasında yaşanan şiddet dolu eylemleri göz önüne alarak, başvurucunun suç işlemek için alenen tahrikte bulunma suçunu işlediğine yönelik kuvvetli suç şüphesi bulunduğunu tespit etmiştir (Ceza Kanunu'nun 214. maddesinin 1. fıkrası). Sonrasında, başvurucunun yaptığı bir dizi konuşma ve yetkili savcılıklar tarafından yürütülen başvuru hakkındaki terörle alakalı birçok soruşturma hesaba katıldığında (bakınız yukarıda 70. paragraf), hâkimlik başvurucunun silahlı terör örgütüne üye olma suçunu işlediğine ilişkin kuvvetli şüphe bulunduğunu ifade etmiştir (Ceza Kanunu'nun 314. maddesinin 1. fıkrası). Ek olarak, silahlı terör örgütü kurma ve yönetme suçunun yapısına bakıldığında –bu isnat başvurucuya 11 Ocak 2017 tarihli iddianame düzenlenene kadar getirilmemiştir- ve suçun Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 100. maddesinin üçüncü fıkrasında sayılan suçlardan biri olduğu görüldüğünde, hâkimlik ayrıca bu suçun da işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe bulunduğunu tespit etmiştir. (Ceza Kanunu'nun 314. maddesinin 1. fıkrası). Dolayısıyla Diyarbakır 2. Sulh Ceza Hâkimliği'nin 4 Kasım

2016 tarihinde verdiği karar, başvurunun tutukluğunun hangi suç(lar)a dayandığına ilişkin temiz bir zemin sağlamamaktadır. Bu belirsizlik, tutukluğunun devamı kararlarıyla daha da artmıştır. 11 Kasım 2016 tarihinde Diyarbakır 3. Sulh Ceza Hâkimliği verdiği kararla birlikte başvurunun iki suçla bağlantılı olarak tutuklandığını belirtmiştir: terör örgütüne üyelik ve suç işlemek için alenen tahrikte bulunma. Ancak Diyarbakır 1. Sulh Ceza Hâkimliği 6 Aralık 2016 tarihli kararında başvurunun yalnızca silahlı terör örgütüne üyelik suçunu işlediği şüphesiyle tutuklu olduğunu belirtmiştir.

273. 11 Ocak 2017 tarihinde düzenlenen iddianame ile birlikte, Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcısı, başvurunun 43 ila 142 yıl arasında hapis cezasına çarptırılmasını talep etmiş, iddianamede dayanak olarak şu suçları göstermiştir: silahlı terör örgütü kurma ve yönetme, terör örgütü propagandası yapma, suç işlemek için alenen tahrikte bulunma, suçu ve suçluyu övme, halkı kin ve düşmanlığa tahrik etme, kanunlara uymamaya tahrik etme, kanuna aykırı toplantı veya gösteri yürüyüşlerine katılma ve kanuna aykırı gösteri sırasında güvenlik güçleri tarafından verilen dağılma emrine uymayı reddetme. (bakınız yukarıda 78. paragraf). 2 Eylül 2019 tarihine dek, ağır ceza mahkemelerindeki duruşmaların her biri sona erene dek, başvurunun devam eden tutukluluğunun hangi suç(lar)a bağlı olduğu netleştirilmemiş, yalnızca başvurucuya karşı olan bütün delillere atıfta bulunulmuştur.

274. Her hâlükârda, başvurunun tutukluğuna ve tutukluluğun devam etmesine karar verilmesi, konuşmaları temelinde terörizmle ilgili suçlara dayanmaktadır, özel olarak Ceza Kanunu'nun 314. maddesinin 1. ve 2. fıkrasında düzenlenen, silahlı terör örgütü kurma, yönetme ve bu örgütlere üyelik suçu temel alınmıştır (bakınız yukarıda 143-146 arası paragraflar).

275. Mahkeme, terörle mücadele ile bağlantılı sorunlar ve terörle mücadele mevzuatının formüle edilmesinin güçlüğü hakkında bilinç sahibidir. Üye Devletler belli bir yerde kaçınılmaz olarak genel lafızlara başvurmakta ve yargı yetkililerinin pratik yorumlarına dayanmaktadır. Bu bağlamda ulusal mahkemeler, hukukun yorumlanmasında keyfi müdahalelere karşı uygun bireysel koruma sağlamak zorundadır.

276. Mahkeme, hükümete eleştiri getirilmesi ve ülke liderlerinin ulusal menfaatleri tehlikeye attığı yönünde bilgi yayınlanması durumlarında kişilerin ceza yargılamasına tabi tutulmaması, özellikle silahlı terör örgütü üyesi olma ya da örgüte destek verme, hükümeti ya da anayasal düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs etme veya terör örgütü propagandası yapma

gibi ciddi suçlara başvurulmaması yönünde yakın zamanda Türkiye’ye karşı iki ayrı karar vermiştir. Ek olarak, bu ciddi suçlar söz konusu olsa bile, tutukluluk yalnızca istisnai bir tedbir olarak kullanılmalı ve diğer bütün tedbirlerin yargılamanın uygun şekilde ilerlemesine tamamen elvermemesi durumunda son çare olarak başvurulmalıdır (bakınız *Mehmet Hasan Altan*, yukarıda anılan, § 211, ve *Şahin Alpay*, yukarıda anılan, § 181).

277. Mahkeme, Venedik Komisyonu’nun Ceza Kanunu’nun 216, 299, 301, 314. maddeleri üzerine yazdığı görüşü doğrultusunda, Kanun’un “silahlı örgüt” ve “silahlı grup” için bir tanımlama içermediğini gözlemlemektedir. Suç örgütünün nitelendirme kriterleri Yargıtay’ın içtihadıyla ortaya konulmuş durumdadır: örgütün en az üç üyesi olmalı; üyeler arası hiyerarşik bir ilişkili olmalı; kişiler suç işlemek için ortak bir amaç etrafında bir araya gelmeli; örgüt suçları için süreklilik arz etmeli ve örgüt üyelerinin sayısı, araçları ve ekipmanları ilgili suçların işlenmesi için uygun olmalıdır. “Silahlı örgüte üyelik” ile ilgili olarak, Yargıtay şüphelilere isnat edilen eylemlerin sürekliliğini, çeşitliliğini ve yoğunluğunu dikkate almakta, böylece bu eylemlerin şüphelinin örgütle “organik bir ilişkisi” içinde olduğunu gösterip göstermediğine veya “eylemlerin bilerek ve isteyerek örgütün “hiyerarşik yapısı içinde” işlenip işlenmediğine bakılmaktadır (bakınız yukarıda 160. paragraf).

278. Mevcut davada, ceza yargılamasını başlatan ve başvuruca suç isnadında bulunan savcılıklar, başvurucaun ilk ve/veya devam eden tutukluluk kararlarını veren hâkimlikler, tutukluluğun devamına karar veren ağır ceza mahkemesi hâkimleri ve son olarak Anayasa Mahkemesi hâkimleri de dâhil olmak üzere ulusal yargı mercileri, Ceza Kanunu’nun 314. maddesinin 1. ve 2. fıkrasına ilişkin geniş bir yorum benimsemişlerdir. Başvurucaun belirli hükümet politikalarına muhalifliğini ifade etmesi veya yalnızca yasal bir örgüt olan Demokratik Toplum Kongresi’ne katıldığını söylemesi başvuruca ve silahlı örgüt arasında aktif bir bağlantı kuracak yeterli eylemler olarak görülmüştür. Yerel mahkemelerin, Yargıtay içtihadının gerektirdiği üzere, başvurucaun eylemlerinin “sürekliliğini, çeşitliliğini ve yoğunluğunu” dikkate almadığı, başvurucaun eylemlerinin ilgili terör örgütünün hiyerarşik yapısı içinde gerçekleşip gerçekleşmediğine bakmadığı görülmektedir.

279. Bu bağlantıyla İnsan Hakları Komiseri, Türkiye’de tutukluluğu haklı göstermek için dayanılan delillerin artan bir şekilde yalnızca açıkça şiddetten uzak eylem ve beyanlarla sınırlandırıldığına ve bunların kural olarak Sözleşme’nin 10. maddesi kapsamında korunması gerektiğine işaret

etmiştir. Komiser, Türkiye savcılarının ve mahkemelerinin uygun bağlamsal analiz ve delil filtrelemesini Sözleşme'nin 10. maddesine ilişkin Mahkeme içtihadı ışığında yapmadığı ve bunun sistematik bir ihmal oluşturduğu görüşündedir.

280. Ek olarak, yukarıda belirtilen görüşünde Venedik Komisyonu, Ceza Kanunu'nun 314. maddesinin uygulanmasında yerel mahkemelerin, kişilerin silahlı örgüte üyeliğini değerlendirirken genellikle oldukça zayıf deliller temelinde karar verme eğilimi gösterdiğini belirtmiştir. (bakınız yukarıda 160. paragraf). İşbu dava bu gözleme arka çıkar nitelikte görünmektedir. Ceza Kanunu'nun 314. maddesindeki ciddi suçlara ilişkin olarak başvurucuya isnat edilen eylemler silsilesi bu madde kapsamında oldukça geniş içeriklidir ve bu durum yerel mahkemelerin yorumlamalarıyla da birleşince yerel mahkemelerin keyfi müdahalelerine karşı yeterli güvenceleri sağlamamaktadır. Mahkeme'nin görüşüne göre, ceza kanunu hükümlerinin böylesine geniş şekilde yorumlanması, terör örgütü kurma, yönetme ve örgüte üye olma suçlarının ifade özgürlüğü hakkıyla bir dengeleme faaliyeti içermesi gerekirken, söz konusu bağlantıyı gösteren hiçbir somut delilin olmaması karşısında haklı duruma gelemez.

(3) Sonuç

281. Başvurucunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin kanun niteliği gerekliliğiyle bağdaşmaması itibarıyla, anayasa değişiklikleriyle birlikte Anayasa'nın 83. maddesinin ilk fıkrasının başvurucuya uygulanmasının düşünülmemesi ve ayrıca, başvurucunun davasında terörle alakalı suçları düzenleyen maddelerin yorumlanması ve uygulanmasına ilişkin meseleler sebebiyle Mahkeme, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

IV. SÖZLEŞME'NİN 5. MADDESİNİN 1. VE 3. FIKRALARININ İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

283. Başvurucu, ilk olarak, tutuklanmasını gerektiren bir suç işlediğine dair hakkında şüphe duyulmasına sebep olan inandırıcı sebeplerin varlığına ilişkin herhangi bir delil unsuru bulunmadığını iddia etmektedir. Başvurucu ayrıca, tutuklanmasına ve tutukluluk halinin devamına karar veren kararların kanunda belirtilen, matbu, basmakalıp gerekçeler dışında bir gerekçe içermediğinden şikâyet etmektedir. Başvurucu, Sözleşme'nin 5.

maddesinin 1. ve 3. fıkralarının ihlal edildiğini iddia etmektedir. Bu hükmün ilgili bölümleri şöyledir:

“1. Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. Aşağıda belirtilen haller dışında ve kanunun öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz:

(...)

c) 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;

(...)

3. İşbu maddenin 1.c fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutulan herkesin derhal bir yargıç veya kanunla 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. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminat şartına bağlanabilir.”

B. Başvurucunun bir suç işlediğine dair makul şüphenin bulunmadığı iddiası (Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrası)

4. Büyük Daire'nin Değerlendirmesi

(a) Kabul Edilebilirlik

310. Mahkeme, şikâyetlerin Sözleşme'nin 35. maddesinin 3. fıkrasının a bendi uyarınca açıkça dayanaktan yoksun olmadığını ve başka bir gerekçe ile kabul edilemez olmadığını not etmiştir. Bu nedenle, şikâyetlerin kabul edilebilir olduğuna karar vermiştir.

(b) Esas

(i) Genel İlkeler

311. Mahkeme, öncelikle, Sözleşme'nin 5. maddesinin, Sözleşme anlamında "demokratik bir toplumda" birincil öneme sahip bir hakkı, yani özgürlük ve güvenlik temel hakkını garanti ettiğini (bakınız *Assanidze v. Gürcistan* [BD], no. 71503/01, § 169, ECHR 2004-II) yinelemektedir. Sözleşme'nin 5. maddesi, 2, 3 ve 4. maddelerle birlikte, bireyin fiziksel güvenliğini koruyan temel hakların ilk sırasında olup, bu nedenle de önemi çok büyüktür. (bkz. *Buzadji*, yukarıda anılan, § 84). Temel amacı, keyfi ya da haksız özgürlükten yoksun kılmaların önüne geçmektir. (bkz. *Ilaşcu ve*

Diğerleri v. Moldova ve Rusya [BD], no. 48787/99, § 461, ECHR 2004-VII).

312. Herkes, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen koşullarda (bakınız *Weeks v. Birleşik Krallık*, 2 Mart 1987, § 40, Series A no. 114), bu hakkın korunmasına, yani özgürlüklerinden yoksun bırakılmama veya yoksun bırakılmaya devam etmeme hakkına sahiptir. Mahkeme içtihadıyla geliştirilen üç gerekçelendirme hattının özellikle tespit edilebilmesi mümkündür: istisnaların sınırlı yapısı, dar yorumlanması gerektiği ve Sözleşme'nin diğer maddeleri altında (özellikle 8 ila 11. maddeler arası) geniş ölçekte haklılaştırma nedenlerine yer verilmemesi; tutuklamanın hem usul hem de esas yönünden hukukiliğine yapılan vurgu, hukukun üstünlüğünün titiz bir şekilde işletilmesi; ve yargısal denetimin seriliğine veya hızlılığının yargı denetimi içinde zorunluluğu (bakınız. *Buzadji*, yukarıda anılan, § 84, ve *S., V. ve A. v. Danimarka* [BD], no. 35553/12 ve diğer 2, § 73, 22 Ekim 2018).

313. “Kanun ile öngörülmüş” olup olmadığı dâhil, tutuklamanın “hukukiliği” söz konusu olduğunda, Sözleşme, esas olarak ulusal mevzuata atıf yaparak usul ve esas yönden uygunluk yükümlülüğünü oraya yüklemektedir. Bu da öncelikli olarak gözaltı ya da tutuklamanın kanuni dayanağının olmasını gerektirmektedir. (bkz. *Mooren v. Almanya* [BD], no. 11364/03, § 72, 9 Temmuz 2009, daha ileri atıflar için).

314. Mahkeme, bir kişinin suç işlediğine dair makul şüpheye dayanılarak yetkili adli makamlar önüne çıkartılması amacıyla ceza yargılamaları kapsamında ve Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının c bendi uyarınca tutuklanabileceğini yinelemektedir. (bkz. *Jėčius v. Litvanya*, no. 34578/97, § 50, ECHR 2000-IX; *Włoch v. Polonya*, no. 27785/95, § 108, ECHR 2000-XI; ve *Poyraz v. Türkiye* (kek), no. 21235/11, § 53, 17 Şubat 2015). Yakalamanın dayandırılması gereken şüphenin “makullüğü”, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının c bendinde belirtilen güvencenin önemli bir parçasını teşkil etmektedir. Makul şüphenin olması, objektif bir gözlemciyi ilgili kişinin suç işlemiş olabileceği konusunda ikna edecek bilgi ve olguların bulunduğu varsayımına dayanmaktadır. Ancak “makul” olması, bütün koşullara bağlıdır. (bkz. *Fox, Campbell ve Hartley v. Birleşik Krallık*, 30 Ağustos 1990, § 32, Seri A no. 182; *O'Hara v. Birleşik Krallık*, no. 37555/97, § 34, ECHR 2001-X; *Çiçek v. Türkiye* (kek), no. 72774/10, § 62, 3 Mart 2015; *Mehmet Hasan Altan*, yukarıda anılan, § 124; ve *Şahin Alpay*, yukarıda anılan, § 103).

315. Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının c bendi, soruşturma makamlarının yakalama sırasında veya başvuru gözaltındayken yeterli delil elde etmiş olması gerektiğini öngörmemektedir. Tutuklama sırasında 5. maddesinin 1. fıkrasının c bendine göre sorgulamanın amacı, tutuklamaya dayanak olan somut şüphenin varlığından emin olarak veya o şüpheyi ortadan kaldırarak ceza soruşturmasını ilerletmektir. Bu nedenle, şüphe uyandıran olayın, bir mahkumiyeti gerekçelendirmek için gerekli olan veya

ceza soruşturması sürecinin bir sonraki aşamasında ileri sürülen suçlama ile aynı düzeyde olması gerekmez. (bkz. *Murray v. Birleşik Krallık*, 28 Ekim 1994, § 55, Seri A no. 300-A; *Yüksel ve Diğerleri v. Türkiye*, no. 55835/09 ve diğer 2, § 52, 31 Mayıs 2016; ve *Alparslan Altan v. Türkiye*, no. 12778/17, § 127, 16 Nisan 2019).

316. Mahkeme'nin görevi, hedeflenen meşru amacın izlenmesi de dâhil olmak üzere, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının c bendinde belirtilen koşulların, önündeki davada yerine getirilip getirilmediğini tespit etmekten ibarettir. Bu bağlamda Mahkeme genellikle olaylara ilişkin kendi değerlendirmesinde, kendisini, kendisine sunulan delilleri değerlendirmek için daha iyi konumda olan yerel mahkemelerin değerlendirmesinin yerine koymakla görevli görmez. (bakınız *Mergen ve Diğerleri v. Türkiye*, no. 44062/09 ve diğer 4, § 48, 31 Mayıs 2016, ve *Mehmet Hasan Altan*, yukarıda anılan, § 126).

317. Kural olarak "makul şüphe" konusunda olgular düzeyinde sorunlar meydana gelmektedir. Bu durumda sorulması gereken, yakalama ve tutuklamanın, söz konusu olguların hakikaten gerçekleştiğine yönelik "makul bir şüphenin" gerekçelendirilmesi için yeterli seviyede ve tarafsız unsurlara dayanıp dayanmadığıdır (bk. *Wloch v. Polonya*, yukarıda anılan, §§ 108-09). Olgusal yönüne ek olarak, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının c bendi anlamı dâhilinde, "makul bir şüphenin" varlığı, dayanan olguların, makul bir şekilde, Ceza Kanunu'nda ceza gerektiren davranışı tanımlayan bölümlerden birinin kapsamında olarak değerlendirilebilmesini gerektirmektedir. Dolayısıyla, tutuklu bulunan bir kişiye isnat edilen eylemler veya olaylar, gerçekleştikleri dönemde suç teşkil etmiyorsa, "makul şüphe" söz konusu olamaz (bakınız *Kandzhov v. Bulgaristan*, no. 68294/01, § 57, 6 Kasım 2008; *Mammadli v. Azerbaycan*, no. 47145/14, § 52, 19 Nisan 2018; *Aliyev v. Azerbaycan*, no. 68762/14 ve 71200/14, § 152, 20 Eylül 2018; ve *Kavala*, no. 28749, § 128, 10 Aralık 2019).

318. Ayrıca, işlendiği iddia edilen suçlar, başvurunun Sözleşme kapsamındaki haklarının kullanılmasına ilişkin olarak görülmemelidir (bkz. *Kavala*, yukarıda anılan, § 129).

319. Mahkeme'nin istikrarlı bir şekilde ifade ettiği üzere, şüphenin "makul" olup olmadığı değerlendirilirken, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının c bendi tarafından sağlanan güvencenin esasının koruma altına alınıp alınmadığını değerlendirebilmesi gerekmektedir. Sonuç olarak, davalı Hükümet, yakalanmış kişi hakkında iddia edilen suçu işlediğine dair makul bir şüphenin bulunduğu hususunda Mahkeme'yi en azından tatmin edecek bazı olgu ve bilgileri sunmalıdır. (bkz. *Fox, Campbell ve Hartley*, yukarıda anılan, § 34; *O'Hara*, yukarıda anılan, § 35; *Ilgar Mammadov*, yukarıda anılan, § 89; ve *Alparslan Altan*, yukarıda anılan, § 129).

320. Yakalama ve ilk tutuklama anında bir kişiye yönelik şüphelerin "makul" olması gerektiği gibi ve tutukluluğun devamı durumlarında bu şüphelerin sürmesi ve "makul" kalması gerekmektedir. Ayrıca, hâkim ya da

adli yetkilinin tutuklama için ilgili ve yeterli gerekçeler sunma zorunluluğu, tutuklu kişinin bir suç işlediğine dair makul şüphenin sürmesine ek olarak, tutuklama kararının verildiği anda, yani yakalamadan hemen sonra geçerlidir (bakınız yukarıda anılan, Buzadji, § 102 ve *Alparslan Altan*, yukarıda anılan, § 130).

321. Bir başvurucu hakkında belli bir isnada dair sonrasında elde edilen deliller, o kişi hakkında terör bağlantılı suçların işlenmiş olduğu şüphesini pekiştirecek bir illiyet bağı kurulmasına yol açabilir. Ancak bu durum, tutukluluk gerekçesi olan şüphe için tek dayanak olmamalıdır. Sonradan elden edilen deliller, her hâlükârda ulusal makamları bir kişinin tutukluluğu için yeterli olgusal dayanak sunma yükümlülüklerinden kurtarmamaktadır. Aksi takdirde, özgürlükten keyfi ve haksız şekilde yoksun bırakılmayı engelleyen Sözleşme'nin 5. maddesinin amacına aykırılık söz konusu olacaktır. (bakınız *Alparslan Altan*, yukarıda anılan, § 139).

(ii) *Yukarıda anılan ilkelerin mevcut davaya uygulanması*

322. Mahkeme, bir başvurunun suç işlediğine dair makul şüphenin olmadığı ile ilgili şikâyetleri incelerken, başvuru hakkında ilk tutuklama kararı verilirken “makul” bir şüphenin mevcut olduğu konusunda nesnel bir bilginin bulunup bulunmadığına dair tespitte bulunabilmek için ilgili tüm koşulları dikkate almalıdır. (ibid., § 133).

323. Mahkeme'nin hâlihazırda *Fox, Campbell ve Hartley* kararında (yukarıda anılan, § 32) tespit ettiği üzere, terörle bağlantılı ceza soruşturmalarının doğası gereği, özgürlükten mahrum bırakılmak için gerekli olan şüphenin “makullük” seviyesi ile olağan suçlar için aranan ve uygulanan standartlar aynı şekilde değerlendirilmemelidir. Ancak Mahkeme'ye göre, terör suçları ile mücadelenin gerekliliği, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının c bendi tarafından sağlanan güvencenin özüne zarar verecek şekilde “makullük” kavramını esnetmeyi haklı kılamamaktadır (ibid., § 32). Bu nedenle, mevcut davada Mahkeme'nin görevi, başvurunun soruşturma makamları tarafından ilk tutukluluğu sırasında isnat edilen suçları işlemiş olabileceği konusunda tarafsız bir gözlemciyi ikna etmek için yeterli unsurların olup olmadığını tespit etmektir (bakınız, yukarıda 271 paragraf). Bunu yaparken, ihtilaf konusu tedbirin verildiği tarihte tedbir kararını veren makamların incelemesinde olan bilgi ve olguların söz konusu tedbiri haklı kılmaya yeterli olup olmadığını değerlendirecektir.

324. 4 Kasım 2016 tarihinde Diyarbakır Cumhuriyet Savcılığı, başvurunun örgüt üyeliği ve halkı suç işlemeye tahrik suçlarından tutuklanması talebi ile başvurucuyu Diyarbakır 2. Sulh Ceza Hâkimliği'ne sevk etmiş, başvuru aynı gün hâkimlik tarafından tutuklanmıştır. Hâkimlik, bu kararı verirken öncelikle, ilgili suçlar açısından başvurunun

dokunulmazlığının yapılan Anayasa değişikliği ile kaldırıldığına bakmıştır. Ardından, 2014 yılının Ekim ayında Suriye’de IŞİD ve PYD arasında şiddetlenen çatışmalar sırasında, PKK liderlerinin halkın sokağa çıkması için birtakım çağrılar yaptığına bakmıştır. Devamında ise, başvurunun da üyesi ve eş genel başkanı olduğu HDP Merkez Yürütme Kurulu tarafından HDP’nin Twitter hesabından nerdeyse eş zamanlı olarak insanların sokağa çıkması çağrılarını içeren 3 adet tweet atıldığını eklemiştir. Hâkimlik, sonrasında, 6-8 Ekim olayları sırasında PKK destekçileri tarafından birçok suç işlendiğini, bunlar arasında bilhassa 50 kişinin ölümü, 678 kişinin yaralanması ve 1,113 binaya zarar verilmesi olduğunu da eklemiştir. Hâkimlik, HDP’nin Twitter hesabından atılan tweetlerin, başvurunun partideki görevinin icrası kapsamında, halkı suç işlemeye tahrik ettiğine dair kuvvetli suç şüphesini oluşturduğuna kanaat getirmiştir. Hâkimlik ayrıca, sokaklarda hendek kazma, barikat kurma gibi PKK üyeleri tarafından işlenen bazı eylemlerin başvuru tarafından “direniş” olarak ifade edildiğini ve Demokratik Toplum Kongresi faaliyetlerine katıldığını ifade etmiştir. Başvuru hakkında savcılıklar tarafından içlerinde terör bağlantılı olanların da olduğu birçok soruşturmanın bulunduğu da eklenmiştir. Hâkimlik’e göre, bu olgular başvurunun örgüt üyesi olarak suç işlemiş olabileceğine dair kuvvetli suç şüphesini göstermek için yeterlidir. Hâkimlik, ayrıca -başvurunun sorgulanmadığı- örgüt kurma ve yönetme suçlarının Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 100. maddesinin 3. fıkrası kapsamında katalog suçlar arasında sayıldığını kaydetmiştir. Son olarak, davanın önemi ve suçun kanuni tanımı ve ağırlığı dikkate alındığında, adli kontrol tedbirlerinin yetersiz kalacağına ve tutuklamanın gerekli olduğuna kanaat getirmiştir.

325. Anayasa Mahkemesi, başvurunun tutukluluğunun hukukiliğini incelerken, 6-8 Ekim olaylarını ana hatları ile belirttikten sonra, HDP Merkez Yürütme Kurulu’nun çağrısı ile meydana gelen şiddet olayları arasında illiyet bağı kurmuştur. Anayasa Mahkemesi devamla, “hendek olaylarına” ilişkin olarak, başvurunun siyasi konumunu, söz konusu konuşmaların yapıldığı dönemi ve yerleri, konuşmaların içeriğini ve bağlamını birlikte dikkate alarak başvurunun terörle bağlantılı bir suç işlendiğine dair belirti olarak kabul edilmesinin temelsiz olmadığına karar vermiştir. Bu şekilde Anayasa Mahkemesi, başvurunun 13 Kasım 2012 ve 21 Nisan 2013 tarihli iki konuşmasına atıf yaparak mevcut davada suç işlenmiş olabileceğine dair belirtinin bulunduğu kanaat getirmiştir. Son olarak Anayasa Mahkemesi, A.D.’nin evinde ele geçen belgeler ve

başvurucu ile örgüt yöneticileri arasında geçtiği belirtilen konuşmaların içeriği dikkate alındığında, başvurunun örgüt yöneticilerinin talimatları doğrultusunda hareket etmiş olabileceğini beklemenin haksız olmadığına karar vermiştir. Bu nedenle başvurunun suç şüphesini doğrulayan kuvvetli belirtilerin bulunduğunu kabul etmiştir.

326. Anayasa Mahkemesi, başvurunun suç işlemiş olabileceğine dair kuvvetli şüphenin olup olmadığını değerlendirirken, 4 Kasım 2016 tarihinde verilen tutuklama kararında olmayan birçok konuya atıfta bulunmuştur. Bu bağlamda Mahkeme, başvurunun 13 Kasım 2012 ve 21 Nisan 2013 tarihli iki konuşmasının Diyarbakır 2. Sulh Ceza Hâkimliği'nin ilk tutuklama kararında yer almadığını not etmektedir. Bununla beraber, Anayasa Mahkemesi kararında geçen ve tutukluluğun haklılığı için dayanak yapılan telefon görüşmeleri ve üçüncü bir kişinin evindeki arama sırasında ele geçirilen belgeler, Sulh Ceza Hâkimliği tarafından tutuklama gerekçesi yapılmamıştır. Bu deliller, iddianamenin hazırlandığı 11 Ocak 2017 tarihine kadar, başvurunun tutuklanmasından iki ay sonra dahi herhangi bir mahkemeye sunulmamıştır. Buna göre, başvurunun tutuklandığı 4 Kasım 2016 tarihli Diyarbakır 2. Sulh Ceza Hâkimliği kararında etkili olmadığı görülen bu iki ögenin başvurunun ilk tutukluluk kararında makul şüpheyi oluşturup oluşturmadığı konusunda inceleme yapma gereği bulunmamaktadır. Bu ögeler ancak başvurunun devam eden davasında, devam ettirilen tutukluluğu için bariz ve sürekli bir makul şüphenin olup olmadığının değerlendirilmesinde dikkate alınabilir.

327. Diyarbakır 2. Sulh Ceza Hâkimliği, başvurunun tutukluluğunu gerekçelendirmek için öncelikle HDP'nin Twitter hesabından atılan tweetlere dayanmıştır. Söz konusu üç tweette HDP, o sırada yoğun IŞİD saldırısı altında bulunan Kobane halkı ile dayanışma çağrısı yapmıştır. Mahkeme, özellikle Suriye'deki krizin sonucu olarak Türkiye'nin karşılaştığı terör saldırılarından dolayı yaşadığı zorlukları dikkate almaya hazırdır. Ekim 2014'te, Suriye iç savaşı Türkiye'nin ulusal güvenliğine tehdit oluşturmuştur. Bu bağlamda, HDP'nin halkı sokağa çağırarak tweetleri bu hassas duruma uygun değildir. Bu çağrılar şüphesiz olarak, başta Türkiye'nin güney doğusu olmak üzere zor durumlar ortaya çıkarmıştır. Gerçekten de, çağrılar üzerine birçok şiddet olayı meydana gelmiştir (bakınız yukarıda 23. ve 25. paragraflar). Ancak Mahkeme, bu çağrıların siyasi ifade sınırları kapsamında kaldığını ve bu haliyle şiddete çağrı oluşturmadığını değerlendirmiştir. 6-8 Ekim 2014 tarihinde her ne kadar vahim şiddet eylemleri meydana gelmiş olsa da, bu eylemler doğrudan söz

konusu tweetlerin sonucu olarak değerlendirilip başvurunun tutukluluğunu haklı göstermemektedir.

328. Daha sonra, Diyarbakır 2. Sulh Ceza Hâkimliği, başvurunun 6-8 Ekim 2014 olaylarına ve “ hendek olaylarına” ilişkin belli bazı açıklamalarına ya da daha genel olarak Kürt sorununa ilişkin açıklamalarına dayanmıştır. Başvurucunun açıklamalarının içeriği Hükümet’in politikalarına çok sert saldırı olarak görülebilir. “Hendek olaylarına” ilişkin açıklamaları ve “direniş” kavramını kullanma şekli, Devlet ya da nüfusun bir kısmı tarafından tahkir edici görülebilir. Alınabilir, şok veya rahatsız da olabilirler. Ancak başvuru, bu sözlerinde şiddet yöntemlerini kullanmaya çağrı yapmadığı gibi, bu açıklamaları terör endoktrinasyonu seviyesine ulaşmamış, bir saldırı failini övmemiş, bir saldırının mağdurlarını aşağılamamış, terör örgütlerine kaynak yaratma ya da diğer benzer davranışlar için çağrı yapmamıştır. (bakınız örneğin, *Yavuz ve Yaylalı v. Türkiye*, no. 12606/11, § 51, 17 Aralık 2013 ve *Güler ve Uğur*, § 52). Mahkeme’ye göre, başka türden dayanak ve deliller sunulmadığı sürece, bu açıklamalar başvurunun tutukluluğuna gerekçe yapılan suçları işlemiş olabileceği konusunda objektif bir gözlemciyi ikna etmeye yetmemektedir. “Makul şüphe” kavramı, başvurunun Sözleşme’nin 10. maddesi kapsamındaki ifade özgürlüğü hakkını zayıflatacak şekilde geniş yorumlanamaz.

329. Başvurucunun Demokratik Toplum Kongresi genel kuruluna katılımı, tutukluluğuna gerekçe yapılmıştır. Ancak başvuru bu toplantının yasal ve halka açık olduğunda ısrar etmiştir. Bu bağlamda Hükümet, bu bağlantıyı çürütebilecek herhangi bir delil sunamamıştır. Bu nedenle Mahkeme, başvurunun barışçıl bir toplantıya katılıp orada konuşma yapmasının, tutuklama konusu suçları işlemiş olabileceğine dair objektif bir gözlemciyi ikna etmeye yeterli olmadığını düşünmektedir. Başvuru, bu eylemlerinin Sözleşme’nin 10 ve 11. maddeleri kapsamındaki haklarının kullanımına ilişkin olduğunu savunmuştur.

330. Diyarbakır 2. Sulh Ceza Hâkimliği’ne göre, başvuru hakkında devam eden terör bağlantılı birden fazla ceza soruşturması, başvurunun örgüt üyesi olma suçunu işlemiş olabileceğine dair kuvvetli suç şüphesinin varlığına karar vermeyi mümkün kılmaktadır. Mahkeme’ye göre, savcılıklar tarafından sürdürülen soruşturmalara bu şekilde genel ve muğlak bir referans, başvurunun tutukluluğuna dayanak yapılan kuvvetli suç şüphesinin varlığının kabulü için hiçbir şekilde yeterli görülemez.

331. Yukarıda ifade edilenler ışığında, Mahkeme, yargılamanın ilk süreçlerinde başvurunun tutukluluğunu haklı kılmak için gerekli olan şüpheyeye dair spesifik bir bilgi veya olay anılmamış ya da üretilmemiş olmasına rağmen, başvuru hakkında özgürlüğünden mahrum bırakılma tedbirinin uygulandığını gözlemlemektedir. Bu nedenle Mahkeme, başvurunun ilk tutukluluğu konusunda başvurunun suç işlemiş olabileceğine dair objektif bir gözlemciyi ikna etmeye yeterli bilgi ya da olayın mevcut olmadığını kabul etmektedir.

332. Mahkeme, devamla, başvurunun 4 Kasım 2016 tarihli tutukluluğu gibi, Anayasa Mahkemesi tarafından dikkate alınan gerekçelerin başvurunun söz konusu suçları işlemiş olabileceğine dair makul şüphenin varlığını göstermesi için yeterli olup olmadığına karar vermelidir. Bunu yaparken Mahkeme, Anayasa Mahkemesi'nin iddianamede gördüğü delilleri üç kategori halinde inceleyecektir; yani, başvurunun 13 Kasım 2012 ve 21 Nisan 2013 tarihli konuşmaları, A.D.'nin evinde yapılan aramada ele geçen belgeler ve başvuru ile sözde örgüt yöneticileri arasında yapıldığı iddia edilen telefon görüşmeleri.

333. Başvuru, 13 Kasım 2012 tarihli eylemde, Abdullah Öcalan'ın heykelinin dikileceğini ifade etmiştir. Nedeni her ne olursa olsun, Mahkeme, bu açıklamanın Türkiye toplumunun geniş bir kesimi tarafından saldırgan, şok edici, rahatsız edici bulunabileceğini ve polemiğe yol açabileceğini kabul etmektedir. Bu bağlamda Mahkeme, daha önce, Abdullah Öcalan'ın liderliğini yaptığı PKK'nın Türkiye'nin güney doğusunda yaptığı terör eylemlerinin etki ve boyutlarının "ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlike" oluşturduğuna karar vermiştir. (bakınız *Aksoy v. Türkiye*, 18 Aralık 1996, § 70, *Raparlar* 1996-VI). Ancak başvuru, bu sözlerin özel bir bağlamda, yani "çözüm süreci"nde, devlet yetkilileri ile Abdullah Öcalan dâhil PKK liderleri arasında Kürt sorununun barışçıl bir şekilde çözülmesi amacıyla yürütülen müzakereler sırasında kullanıldığını ifade etmiştir. Başvuru bu sözleri, çözüm süreci kapsamında barışı getirecek olan kişilerin başarılarını vurgulamak niyeti ile söylediğini ifade etmiştir. Bu bağlamda, "çözüm süreci"nin sonuna kadar başvurucuya karşı bu sözlerinden dolayı herhangi bir adım atılmamıştır. Yargısal makamlar, sürecin sonunda ve konuşmanın yapılmasının üzerinden dört yıldan fazla bir zaman geçtikten sonra, hangi niyet ve bağlamda yapılmış olduğuna bakmaksızın, bu sözlerin başvurunun tutukluluğu için yeterli dayanak oluşturduğuna karar vermiştir. Başkaca bir dayanak ve delil olmadan böylesi bir tedbire başvurulmasından dolayı Mahkeme, başvurunun 13

Kasım 2012 tarihli konuşmasının iddia edilen suçları işlemiş olabileceğine dair makul şüphe için haklı bir gerekçe oluşturduğuna ikna olmamıştır.

334. Başvurucu, 21 Nisan 2013 tarihli konuşmasında, Kürt hareketine dair görüşlerini ifade etmiştir. Başvurucu, hareketin savaşı bir meşru müdafaa mücadelesi olarak gördüğünü söylemiştir. Devamında ise şiddet içerikli yöntemler kullanılmadan da direnişin ve başarmanın mümkün olduğunu söyleyerek silah kullanımının yanlış olduğunu söylemiştir. Sonrasında ise, PKK hareketi olmadan Kürt halkının Türkiye’de var olamayacağını eklemiştir. Başvurucunun açıklamaları, Türkiye’de Kürt halkının varlığını kısmen PKK’nin yürüttüğü silahlı mücadeleye borçlu olduğuna inandığını göstermektedir. Bu sözler, Türkiye’de Kürt sorunu ile bağlantılı tarihsel olayların tanımının başvuru tarafından yorumlanması şeklinde anlaşılabilir. Gerçekten de başvuru konuşmasında “1984 darbesi” ve “Şemdinli ve Eruh direnişi”lerine Kürt halkının realitesini yaratan eylemler olarak atıf yapmıştır. Savcılığın da söylediği gibi, başvurucunun PKK’nin ilk terör saldırılarını “1984 darbesi” ve “Şemdinli ve Eruh direnişi” olarak tarif ettiğini söylemek mantıksız değildir. Ancak Mahkeme, bu konuşmanın da “çözüm sürecinin” genel arka planı karşısında ve Türkiye toplumunun açık bir şekilde Kürt sorununun temellerini tartıştığı bir dönemde yapıldığını dikkate almaktadır. Mahkeme’ye göre bu açıklamalar, terörizmi övme ve şiddete teşvik olarak değil, başvurucunun silahlı çatışmalar konusundaki değerlendirmeleri olarak görülmelidir. Bir bütün olarak bakıldığında, bu açıklamaların Türkiye’nin belli bir bölgesinde şiddet arayışını özendirmeye ve güvenlik sorununu daha da kötüleştirmeye elverişli olduğunu söylenemez.

335. Diyarbakır Savcılığı, başvurucuyu yasadışı KCK örgütünün siyasi kanadının bir parçası olmakla suçlamıştır. Bu bağlamda savcılık, başka birinin ev araması sırasında ele geçirilen harici bellek içerisinde bulunan ve savcılığa göre başvurucunun PKK’nin talimatları doğrultusunda aldığı mektubu ölen birinin ailesine ilettiğini gösteren iki belge sunmuştur. Ancak başvuru, yerel mahkeme yargılaması sırasında bu belgelerin uydurulmuş olduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme, Hükümet’in başvurucunun bu iddiasını çürütecek bir delil sunmadığını gözlemlemiştir. Mahkeme’ye göre bu belgelerin sahliliğine ilişkin şüpheler karşısında, objektif bir gözlemcinin başvurucuya yönelik suçlamaları destekleyen makul bir şüphenin olduğu sonucuna varması mümkün değildir.

336. Ek olarak, Diyarbakır Cumhuriyet Savcılığı, suçlamaları desteklemek için, S.O. ve K.Y. , ve başvuru ile K.Y. arasında geçmiş olan telefon

görüşmelerini sunmuştur. Savcılığa göre bu kayıtlar yurtdışında aralarında Avrupa Konseyi'nin de olduğu birtakım toplantılara katılmak için başvurunun S.O.'dan talimat aldığını göstermektedir. Başvurucu, bu kayıtların gerçek olmadığını ileri sürmüştür. Bu bağlamda yerel mahkemede bu kayıtların gerçekliğinin araştırılması için sunduğu taleplerin reddine ilişkin belgeleri sunmuştur. Telefon dinlemelerine ilişkin olarak Mahkeme, bu delillerin örgütlü suçlarla mücadele konusundaki öneminin farkındadır. Bununla beraber, bir sanık bu kayıtların geçerliliğine itiraz ettiğinde, yargısal makamlar bunların güvenilirliğini ortaya koymak zorundadır. (bakınız benzer yönde, *Gäfgen v. Almanya* [BD], yukarıda anılan, § 164 ve *Allan v. Birleşik Krallık*. 48539/99, § 43, ECHR 2002-IX). Tutukluluğu bu delile dayanılarak devam ettirilen birinin durumu için bu durum evleviyetle uygulanmalıdır. Ancak mevcut davada yerel mahkemeler, Savcılık tarafından sunulan bu kayıtların güvenilirliğini doğrulamaya istekli görünmemektedir. Bu kayıtlar güvenilir olsa dahi, Mahkeme, dosyadaki belgelerden başvurunun ne “talimatlara” gerçekten uyduğunun tespit edilebildiğini ne de 2008’de Avrupa Konseyi’ndeki bir programa katılmanın başvurunun tutukluluğunun yıllarca devam ettirilmesi ve şüphenin dayanağı bir olay olarak kabul edilebileceğini düşünmektedir.

337. Mahkeme, Sözleşme’nin 10. maddesi kapsamında yaptığı incelemede, mevcut davanın yerel mahkemelerin çok zayıf delillere dayanarak kişilerin silahlı örgüt üyeliğine karar verme eğilimlerini gösterdiğine karar vermiştir. Mahkeme, bu başlıkta yaptığı incelemede, başvurunun tutukluluğuna gerekçe yapılan eylemlerin çok geniş yorumlandığını ve Türk Ceza Kanunu’nun 314. maddesinin lafzının, yerel mahkemelerin yorumlamaları ile de birleşince, yerel makamlar tarafından yapılacak keyfi müdahalelere karşı yeterli korumayı sağlamadığı kanaatine varmıştır. Bu nedenle, mevcut davada yorumlanan ve uygulanan terör bağlantılı suçların “öngörülebilir” olmadığına karar vermiştir. Mahkeme’ye göre bu kabul, başvurunun konuşmaları için de aynı şekilde geçerlidir. Başvurunun ülkenin ikinci büyük muhalefet partisi eş başkanı olarak yaptığı konuşmaların, tutukluluğunun gerekçesi olarak kabul edilen şüphenin makullüğü için yeterli değildir.

338. Yukarıda sayılan gerekçelerle Mahkeme, başvurunun tutuklanmasına ve tutukluluğunun devamına gerekçe yapılan kararların hiçbirisinin, ağırlıklı olarak siyasi ifadeleri ve belirli yasal toplantılara katılımından oluşan eylemleri ile tutuklandığı suçlar arasındaki açık illiyet bağımlı gösterecek delilleri içermediğine karar vermiştir.

339. Mevcut davada Hükümet, Ankara Ağır Ceza Mahkemesi uhdesinde bulunduğu varsayılan delillerin, başvurunun tutuklandığı suçları işlemiş olabileceğine dair objektif bir gözlemciyi ikna etmeye yeterli olması gibi, Sözleşme'nin 5. maddesinin gerekli gördüğü "makul şüphe" standartlarını karşıladığını ortaya koyamamıştır. Başvurucuya yönelik suçlamaların iç hukukta en nihayetinde ve makul surette cezai sorumluluk doğurmaması gerektiği bir tarafa, bu suçlamalar esasında Sözleşmesel hakların kullanımına ilişkindir. (bkz. *Kavala*, yukarıda anılan, § 157).

340. Bu nedenle Mahkeme, başvurunun suç işlemiş olabileceğine dair makul şüphe bulunmadığından Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının ihlal edildiğine karar vermiştir.

C. Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrası altında yapılan şikâyet

341. Başvurucu, tutukluluk süresini ileri sürerek, tutukluluğuna ve tutukluluk halinin devamına hükmeden kararların, kendisine göre sadece kanun tarafından öngörülen tutukluluk gerekçelerine basit bir atıfta bulunarak gerekçelendirildiğinden ve bu gerekçelerin soyut, tekrar eden ve basmakalıp ifadelerle belirtildiğinden şikâyet etmektedir. Başvurucu, bu bağlamda Sözleşmenin 5. maddesinin 3. fıkrasının ihlal edildiğini iddia etmektedir. Söz konusu madde aşağıdaki gibidir:

"İşbu maddenin 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. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminat şartına bağlanabilir."

1. Büyük Daire'nin değerlendirmesi

(a) Kabul Edilebilirlik

353. Mahkeme, bu şikâyetin Sözleşme'nin 35. maddesinin 3. fıkrasının a) bendi uyarınca açıkça dayanaktan yoksun olmadığını ve herhangi bir kabul edilemezlik kriteriyle örtüşmediğini not etmiştir. Bu sebeple başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar vermiştir.

(b) Esas Hakkında

353. Mahkeme, tutukluluğun gerekçelendirilmesine ilişkin Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrası altında *Buzadji* (yukarıda anılan, §§ 87-91) ve *Merabishvili v. Gürcistan* ([BD], no. 72508/13, §§ 222-25, 28 Kasım 2017) kararlarında belirtilen genel ilkelere atıf yapmaktadır.

354. Söz konusu davada Mahkeme, halihazırda yerel mahkemeler tarafından başvurunun tutukluluğu sırasında başvurunun tutukluluğunu haklı gösterecek belirli olay ya da bilgi gösterilmediğine (bakınız yukarıdaki 338. ve 339. paragraflar) ve bu nedenle başvurunun suç işlediğine dair makul şüphe olmadığına karar vermiştir.

355. Mahkeme, bir kişinin tutukluluğunun devamının geçerliliği için tutuklunun suç işlediğine dair makul bir şüphenin devamlılığının olmazsa olmaz (*sine qua non*) olduğunu tekrarlamıştır. Böyle bir şüphenin yokluğunda Mahkeme, Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrasının da ihlal edildiğine karar vermektedir.

356. Bu koşullar altında, ilgili ulusal makamların başvurunun tutukluluğunu ilgili ve yeterli temellerle gerekçelendirip gerekçelendirmediği ya da yargılama sırasında “özel bir özen” gösterip göstermediklerini araştırmaya gerek yoktur.

V. SÖZLEŞME’NİN 5. MADDESİNİN 4. FIKRASININ İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

357. Başvurucu, tutukluluğunun yasaya uygunluğuna itiraz etmeye çalıştığı Anayasa Mahkemesi önünde yürütülen yargılamanın, Anayasa Mahkemesinin “süatle” karar verme yükümlülüğüne riayet etmemesi sebebiyle, Sözleşme'nin gereklerine uygun olmadığını ileri sürmektedir. Başvurucu bu bağlamda, Sözleşmenin 5. maddesinin 4. fıkrasının ihlal edildiğinden şikâyet etmektedir.

358. Hükümet, başvurunun argümanlarına karşı çıkmıştır.

D. Büyük Daire’nin değerlendirmesi

1. Kabul Edilebilirlik

366. Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrasının, Türkiye Anayasa Mahkemesi önünde görülen davalara uygulandığı *daha önce Mehmet Hasan Altan* (yukarıda anılan, § 159) ve *Şahin Alpay* (yukarıda anılan, § 131) kararlarında belirtilmişti.

367. Mahkeme bu şikâyetin, Sözleşme'nin 35. maddesinin 3. fıkrasının a bendi uyarınca açıkça dayanaktan yoksun olmadığını ve öte yandan, herhangi bir kabul edilemezlik kriteriyle örtüşmediğini not etmektedir. Şikâyetin kabul edilebilir olduğuna karar vermektedir.

2. Esas

368. Mahkeme, Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrası uyarınca “süratle” karar verme gerekliliği ile ilgili içtihadından doğan ilkeleri hatırlatmaktadır; bu ilkeler bilhassa *Ilmseher v. Almanya* [BD], no. 10211/12 ve 27505/14, §§ 251-56, 4 Aralık 2018) ve *Kavala* (yukarıda atıf yapılan, §§ 176-84) kararlarında özetlenmektedir. Mahkeme ayrıca, 15 Temmuz 2016 tarihli darbe girişiminin ardından Türkiye Anayasa Mahkemesi önündeki yargılamanın süresine ilişkin *Mehmet Hasan Altan* (yukarıda anılan, §§ 161-163) ve *Şahin Alpay* (yukarıda anılan, §§ 133-135) kararlarında vardığı tespitlere atıf yapmaktadır.

369. Mahkeme, Daire kararındaki tespitlerine yer vermektedir:

“214. Mahkeme ayrıca, bu davalarda, Türk hukuk sisteminde, tutuklanan kişilerin, soruşturmanın ve yargılamanın her aşamasında serbest bırakılmalarını talep etme imkânına sahip olduklarını ve taleplerinin reddedilmesi durumunda, itirazda bulunabileceklerini kaydettiğini hatırlatmaktadır. Üstelik tutukluların tutukluluk hallerinin devamı hususunun, otuz günü aşmamak suretiyle düzenli aralıklarla re'sen incelendiğini de tespit etmiştir (yukarıda 103. paragraf). Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi, kendi önündeki incelemenin fazla zaman almasının kabul edilebilir olduğu kanaatine varmıştır. Bunun yanı sıra, Anayasa Mahkemesi önünde dikkate alınacak sürenin, yukarıda anılan *Mehmet Hasan Altan* davasında on dört ay üç gün; yukarıda anılan *Şahin Alpay* davasında ise on altı ay üç gündür. Mahkeme, başvuruların karmaşıklığını ve Anayasa Mahkemesinin olağanüstü hal ilan edilmesi sonrasındaki iş yükünü göz önünde bulundurarak, bunun istisnai bir durum olduğu kanaatine varmıştır. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi önünde geçen on dört ay üç günlük ve on altı ay üç günlük sürelerin “kısa” olarak değerlendirilemeyecek olmasına rağmen, bu davaların kendilerine özgü koşullarında, Mahkeme, Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrasının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

215. Mahkeme, bu sonuçların, mevcut başvuru kapsamında da geçerli olduğu kanısındadır. Mahkeme bu bağlamda, başvuran tarafından Anayasa Mahkemesine yapılan başvurunun, bir milletvekilinin, dokunulmazlığının kaldırılması sonrasında tutuklanması ile ilgili karmaşık meseleler gündeme

getiren türden ilk davalardan biri olması nedeniyle karmaşık olduğunun altını çizmektedir. Ayrıca, 2016 yılının Temmuz ayında olağanüstü hal ilan edilmesi sonrasında Anayasa Mahkemesinin istisnai iş yükünü dikkate almanın da gerekli olduğu kanaatine varmaktadır (yukarıda anılan *Mehmet Hasan Altan* kararı, § 165 ve yukarıda anılan *Şahin Alpay* kararı, § 137). Somut olayda, başvuranın, 17 Kasım 2016 tarihinde Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunduğunu ve bu mahkemenin nihai kararını 21 Aralık 2017 tarihinde verdiğini gözlemlemektedir. Dolayısıyla, dikkate alınacak sürenin, on üç ay dört gün sürdüğünü kaydetmektedir.

216. Yukarıda belirtilen hususlar ışığında, Anayasa Mahkemesi önünde geçen on üç ay dört günlük sürenin “kısa” olarak değerlendirilemeyecek olmasına rağmen, Mahkeme, davanın kendine özgü koşullarında, Sözleşme’nin 5. maddesinin 4. fıkrasının ihlal edilmediği sonucuna varmaktadır.”

370. Büyük Daire, Daire’nin gerekçesini ve sonucunu takip etmektedir. Bu nedenle, Sözleşme’nin 5. maddesinin 4. fıkrasının ihlal edilmediği sonucuna varılmıştır.

VI. SÖZLEŞME'YE EK 1 NUMARALI PROTOKOL'ÜN 3. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

371. Başvurucu, tutukluluğunun, Sözleşme'ye Ek 1 Numaralı Protokol'ün 3. maddesinin ihlali anlamına geldiğinden şikâyetçi olmuştur:

“Yüksek Sözleşmeci Taraflar, yasama organının seçilmesinde halkın kanaatlerinin özgürce açıklanmasını sağlayacak şartlar içinde, makul aralıklarla, gizli oyla serbest seçimler yapmayı taahhüt ederler.”

372. Hükümet, bu iddiaya itiraz etmiştir.

A. Daire kararı

373. Daire, başvurucunun görev süresinin bir yıl, yedi ay ve yirmi günü boyunca Millet Meclisi çalışmalarına katılamadığını gözlemlemiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 5. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, yerel mahkemelerin tutukluluğun süresini uzatmak için yeterli gerekçeler sunmadıkları sonucuna atıfta bulunduktan sonra Daire, ayrıca, kendisinin sadece milletvekili değil, aynı zamanda meclis görevlerini yerine getirmesi yüksek düzeyde koruma gerektiren bir muhalefet partisinin liderlerinden biri olduğu gerçeğinin yeterince dikkate alınmadığını tespit etmiştir. Bu nedenle, Sözleşme’ye Ek1 Numaralı Protokol'ün 3. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

B. Tarafların beyanları*1. Başvurucu*

374. Başvurucu, tutukluluğunun siyasi bir amaç taşıdığını ve Sözleşme'ye Ek 1 Numaralı Protokol'ün 3. maddesini ihlal ettiğini iddia etmiştir. Serbest seçim hakkının koruduğu şeyin yalnızca milletvekili seçilme hakkı olmadığını; söz konusu maddenin aynı zamanda bu sıfatla siyasi faaliyetlerde bulunma hakkını da kapsadığını ifade etmiştir. Öyle ki, milletvekili seçimlerinde aday olma hakkından bir kişi herhangi bir zamanda keyfi olarak mahrum bırakılabilseydi, bu hak hayali bir hak olurdu. Özellikle, tutukluluğunun başlangıç noktası olan 4 Kasım 2016'dan itibaren, başvurucu özgürlüğünden mahrum bırakıldığı için Millet Meclisi faaliyetlerine katılma imkânından mahrum bırakılmıştır.

2. Hükümet

375. Hükümet, esas beyanları olarak, başvurunun Sözleşme'ye Ek 1 Numaralı Protokol'ün 3. maddesinin ihlal edilmesi nedeniyle mağdur olduğunu iddia edemeyeceğini ileri sürmüştür. Bu madde, bireyin seçimlere aday olma ve seçildikten sonra milletvekili olarak yer alma hakkını güvence altına almaktadır. Konunun gerektirdiği kadar, başvurunun görev süresi boyunca, milletvekili statüsünü koruyabildiğini ve bu nedenle maaşını aldığını ve milletvekillerinin yararlandığı Millet Meclisi içinde fiziki olarak bulunmayı gerektirmeyen haklardan yararlanmaya hak kazandığını kaydetmiştir. Bu bağlamda, Hükümet, örneğin, 17 Nisan 2018 tarihinde yaptığı gibi, başvurunun Bakanlar Kurulu'na yazılı sorular sunabildiğini ileri sürmüştür. Dolayısıyla, yürütmenin tahkik edilmesi açısından önemli bir işlevi yerine getirmeye devam edebilmiştir. Başvurunun milletvekili olarak haklarını kullanmasının imkânsız değilse daha zor hale geldiği gerçeği, mecliste bulunma hakkının kullanımına bir müdahale olarak değil, duruşma öncesi tutukluluğunun amaçlanmamış bir sonucu olarak görülmelidir.

376. Bu şikâyetin esasına gelince, Hükümet, Mahkeme'nin başvurunun haklarının 1 Numaralı Protokol'ün 3. maddesi kapsamında kullanımına bir müdahale olduğunu tespit edecek olması halinde, bu müdahalenin haklı olarak görülmesi gerektiğini belirtmiştir. Sözleşme'ye Ek 1 Numaralı Protokol'ün 3.maddesinde yer alan haklar mutlak değildir. Özellikle, söz konusu madde, bir milletvekilinin kovuşturulmasına veya tutukluluğuna engel değildir. Hükümet ayrıca, başvurunun tutukluluğunun keyfi olmadığı yönündeki iddiasını yinelemiştir. Aksine, keyfiliğe karşı uygun adli güvenceler sağlayan yargılamalarda 17 Kasım 2016 ile 21 Aralık 2017 tarihleri arasında toplam yirmi üç kez tutukluluk hususu incelenmiştir. Tutuklamanın yasal bir dayanağı vardır ve başvurunun kaçmasını önlemek gibi meşru bir amaç gütmektedir. Bu

nedenle, başvurunun işlediği iddia edilen suçlarının niteliği göz önüne alınacak olunursa orantılıdır. Bu bağlamda, Hükümet, Anayasa Mahkemesi de dâhil olmak üzere yerel mahkemelerin, başvurunun tutukluluğunun, adaletin düzgün bir şekilde uygulanmasının çıkarlarına karşı Sözleşme'ye Ek 1 Numaralı Protokol'ün3. maddesi ile başvurunun güvence altına alınan menfaatlerini tarttıktan sonra gerekli olduğunu ifade ettiğini not etmiştir. Buna ek olarak, dengeleme uygulamalarını takiben, ulusal mahkemeler tutuklamaya alternatif tedbirlerin yetersiz görüldüğünü tespit etmişlerdir.

C. Üçüncü Taraflar

1. İnsan Hakları Komiseri

377. İnsan Hakları Komiseri, demokratik sistemlerde milletvekillerinin oynadıkları kilit rolü vurgulamıştır. Muhalif milletvekillerinin tutukluluk halleri, Sözleşme'ye Ek 1 Numaralı Protokol'ün3. maddesi ile korunan serbest seçim hakkı üzerinde önemli bir olumsuz etki yaratmıştır.

2. Parlamentolar Arası Birlik

378. Parlamentolar Arası Birlik, başvurunun tutukluluğunun kendisini meclis sorumluluklarına anlamlı bir şekilde adamasını imkânsız hale getirdiğini belirtmiştir.

3. Müdahil STK'lar

379. Müdahil STK'lar, muhalefet milletvekillerinin eleştirel görüşler ifade ettikleri için tutukluluk hallerinin Sözleşme'ye Ek 1 Numaralı Protokol'ün3. maddesinde yer alan haklara haksız müdahale teşkil ettiğini ileri sürmüşlerdir.

D. Büyük Daire'nin değerlendirmesi

1. Kabul Edilebilirlik

380. Hükümet'in başvurunun mağdur durumuna ilişkin kabul edilemezlik iddiasıyla ilgili olarak Mahkeme, başvurunun şikâyetinin esasının incelenmesi ile yakından bağlantılı konuları gündeme getirdiğini düşünmektedir. Bu nedenle, esasa ilişkin incelenmesi bağlamında bu soruyu ele alacaktır.

381. Mahkeme ayrıca, bu şikâyetin Sözleşme'nin 35. maddesinin 3. fıkrasının a bendinin anlamı dâhilinde açıkça dayanaktan yoksun olmadığını ve başka herhangi bir gerekçeyle kabul edilemez olmadığını not etmektedir. Bu nedenle iddiaların kabul edilebilir olduğu beyan edilmelidir.

2. Esas

(a) Genel ilkeler

382. Mahkeme, demokrasinin "Avrupa kamu düzeninin" temel bir unsurunu oluşturduğunu ve Sözleşme'ye Ek 1 Numaralı Protokol'ün 3. maddesi kapsamında teminat altına alınan hakların, hukukun üstünlüğüyle yönetilen etkili ve anlamlı bir demokrasinin temellerini oluşturmak ve sürdürmek için çok önemli olduğunu yinelemektedir (bakınız yukarıda anılan *Karácsony ve diğerleri*, § 141 ve *Mugemangango v. Belçika* [BD], no. 310/15, § 67, 10 Temmuz 2020).

383. Daha önce *Mathieu-Mohin ve Clerfayt v. Belçika* (2 Mart 1987, § 47, Series A no. 113) ve *Lingens v. Avusturya* (8 Temmuz 1986, §§ 41 ve 42, Series A no. 103) davalarında, serbest seçim ve ifade özgürlüğünün, özellikle siyasi tartışma özgürlüğünün her demokrasinin temelini oluşturduğunu ifade etmiştir (ayrıca bakınız yukarıda anılan *Tănase*, § 154). Böylece Sözleşme, etkili bir siyasi demokrasi ile Meclis'in etkili işleyişi arasında yakın bir bağ kurmaktadır. Bu doğrultuda, Meclis'in etkili işleyişinin demokratik bir toplum için kilit öneme sahip bir değer olduğuna hiç şüphe yoktur (bakınız yukarıda anılan *Karácsony ve diğerleri*, § 141).

384. Mahkeme, ifade özgürlüğü ile ilgili davalarda şunları belirtmiştir:

"İfade özgürlüğü herkes için önemliyken, özellikle seçilmiş bir halk temsilcisi için çok önemlidir. Bu kişi seçmenini temsil eder, kaygıları ile ilgilenir ve çıkarlarını savunur. Dolayısıyla, bir muhalif milletvekilinin ifade özgürlüğüne müdahale ... Mahkemenin yakinen incelemesini gerektirir." (bakınız yukarıda anılan *Castells*, § 42)

Mahkeme'nin daha önce de belirttiği gibi (bakınız yukarıda 243. paragraf), bu ilkeleri daha sonraki birçok durumda teyit etmiştir. Halkın vekillerinin ifade özgürlüğü mutlak nitelikte olmamakla birlikte, özellikle muhalefet üyesi iseler, onlar tarafından yapılan açıklamaların korunması özellikle önemlidir. Bununla birlikte Mahkeme, bu bağlamda, özellikle doğrudan veya dolaylı şiddet çağrılarını önlemek için sınırlamalar olabileceğini kabul etmektedir. Bunlar ışığında, Mahkeme, ifade özgürlüğünün güvende olduğunu teyit etmek için her zaman katı bir inceleme yapacaktır.

385. Sözleşme'ye Ek 1 Numaralı Protokol'ün 3. maddesi, Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın, belirli bir hak veya özgürlükten ziyade halkın görüşlerinin özgürce ifade edilmesini sağlayan koşullar altında seçim yapma yükümlülüğü olarak ifade edildiğinden Sözleşme ve Ek Protokolleri'nde güvence altına alınan diğer haklardan farklıdır. Sözleşme'ye Ek 1 Numaralı Protokol'ün 3. maddesine ilişkin hazırlık çalışmalarını ve bu hükmün bir bütün olarak Sözleşme bağlamında yorumlanmasını dikkate alarak, Mahkeme, oy verme ve seçimlere aday olma hakkı da dâhil olmak üzere

bireysel hakları da ifade ettiğini tespit etmiştir (bakınız *Ždanoka v. Letonya* [BD], no. 58278/00, § 102, ECHR 2006 IV).

386. Mahkeme, Sözleşme'nin amaç ve niyetinin, hükümlerinin teorik ya da yanıltıcı olarak değil, pratik ve etkili olacak şekilde yorumlanmasını ve uygulanmasını gerektirdiğini yeniden teyit etmektedir (bakınız, örneğin, *Grosaru v. Romanya*, no. 78039/01, § 47, ECHR 2010, diğer referanslarla birlikte). Bununla birlikte, gerçekten demokratik bir sistem kavramının doğasında bulunan Sözleşme'ye Ek 1 Numaralı Protokol'ün 3. maddesi ile güvence altına alınan haklardan eğer seçilmiş temsilciler veya seçmenleri herhangi bir anda keyfi olarak mahrum bırakılabilirlerdi, bu haklar sadece hayali olacaktır (bakınız *Lykourazos*, yukarıda anılan, § 56).

Ayrıca Mahkeme, Sözleşme'ye Ek 1 Numaralı Protokol'ün 3. maddesinin, bireyin seçime aday olma ve seçildikten sonra milletvekili olarak mecliste yer alma hakkını güvence altına aldığına sürekli olarak hükmettiğini yinelemektedir (bakınız *Sadak ve diğerleri v. Türkiye* (no. 2), no. 25144/94 ve 8 diğerleri, § 33, ECHR 2002-IV; *Ilıcak v. Türkiye*, no. 15394/02, § 30, 5 Nisan 2007; *Sılay v. Türkiye*, no. 26733/02, § 27, 29 Kasım 2007; *Kavakçı v. Türkiye*, no. 71907/01, § 41, 5 Nisan 2007; *Sobacı v. Türkiye*, no. 26733/02, § 26, 29 Kasım 2007; ve *Rıza ve diğerleri v. Bulgaristan*, no. 48555/10 ve 48377/10, § 141, 13 Ekim 2015). Mahkeme, bu bağlamda, Türkiye dâhil Sözleşmeciler Devletlerin çoğunda mevcut olan siyasi dokunulmazlık kuralının, söz konusu güvence için çok önemli olduğunu kaydeder.

387. Mahkeme ayrıca, Sözleşme'ye Ek 1 Numaralı Protokol'ün 3. maddesinde yer alan hakların mutlak olmadığını yinelemektedir (bakınız *Etxeberria ve diğerleri v. İspanya*, no. 35579/03 ve diğerleri, § 48, 30 Haziran 2009). "Zımni sınırlamalara" yer vardır ve Sözleşmeciler Devletler bu alanda geniş bir takdir payına sahiptir (bakınız *Mathieu-Mohin ve Clerfayt*, yukarıda anılan, § 52; *Podkolzina v. Letonya*, no. 46726/99, § 33, ECHR 2002-II; yukarıda anılan *Sadak ve diğerleri*, § 31; ve yukarıda anılan *Kavakçı*, § 40). Bununla birlikte, Sözleşme'ye Ek 1 Numaralı Protokol'ün 3. maddesinin gereklerine uyulup uyulmadığını nihai olarak belirlemek Mahkeme'ye kalmıştır. Mahkeme, Sözleşme'ye Ek 1 Numaralı Protokol'ün 3. maddesi kapsamındaki hakların kullanımına getirilen sınırlamaların, söz konusu hakların özlerini zedeleyecek ve etkililiklerinden mahrum bırakacak ölçüde kısıtlamadıkları; meşru bir amaç için dayatıldıkları; ve kullanılan araçların orantısız olmadığı konusunda kanaat getirmelidir (bakınız *Mathieu-Mohin ve Clerfayt*, yukarıda anılan, § 52).

388. Mahkeme'nin Sözleşme'nin 8. ila 11. maddeleri kapsamındaki analizleri bağlamında kullandığı geleneksel "gereklilik" veya "acil sosyal ihtiyaç" testleri anlamına gelen "zımni sınırlamalar" kavramı 1 Numaralı Protokol'ün 3. maddesine ilişkin davalarda uygulanmaz. Daha ziyade, Mahkeme öncelikle keyfi muamele mi yoksa orantılılık eksikliği mi olduğunu tespit etmeye çalışır. Daha sonra, sınırlamanın, insanların

fikirlerinin özgürce ifade edilmesine müdahale edip etmediğini inceler (bakınız *Mathieu-Mohin ve Clerfayt*, yukarıda anılan, § 52 ve yukarıda anılan *Ždanoka*, § 115).

389. Milletvekillerinin özgürlüklerinden yoksun bırakıldığı durumlarla ilgili olarak, Mahkeme, seçilmiş bir milletvekilinin tutukluluğunun meclis görevlerinin yerine getirilmesi üzerindeki etkilerine ilişkin Sözleşme'ye Ek 1 Numaralı Protokol'ün 3. maddesi kapsamındaki bir şikâyet henüz karar vermemiştir. Bu bağlamda, Sözleşme'ye Ek 1 Numaralı Protokol'ün 3. maddesi, bir milletvekilini veya milletvekilliği seçimlerinde bir adayı özgürlüğünden mahrum bırakan bir tedbirin uygulanmasını engellemez. Başka bir deyişle, böyle bir tedbirin uygulanması, otomatik olarak bu maddenin ihlali anlamına gelmez. Bununla birlikte, demokratik bir toplumda bir milletvekilinin özgürlük ve güvenlik hakkının önemi açısından, yerel mahkemeler, kendi takdir yetkilerini kullanırken, bir kişinin ilk ve/veya devam eden tutukluluk emrini verirken, ilgili çıkarları, özellikle 1 Numaralı Protokol'ün 3. maddesi ile korunan ilgili kişinin çıkarlarını, ceza yargılamaları bağlamında gerekli olduğu hallerde, söz konusu kişiyi özgürlüğünden mahrum bırakan müdahaleyi kamu yararına karşı tartmış olduklarını göstermelidirler. Bu dengeleme uygulamasındaki önemli bir unsur, suçlamaların siyasi bir temeli olup olmadığıdır (bakınız *Uspaskich v. Litvanya*, no. 14737/08, § 94, 20 Aralık 2016). O halde Mahkeme'nin rolü, ulusal mahkemelerin kararlarını, ilgili yerel makamların yerini almadan Sözleşme açısından incelemektir.

(b) Yukarıdaki İlkelerin Mevcut Davaya Uygulanması

390. Mevcut davadaki başvuru, tutukluluğunu gerçekte milletvekili olarak mecliste yer almasını engellemeyi amaçlayan siyasi bir önlem olarak görmüştür. Tutuklanmasının meclis görevlerinin etkili bir şekilde yerine getirilmesi üzerindeki etkilerini dikkate alarak, Mahkeme, öncelikle Sözleşme'ye Ek 1 Numaralı Protokol'ün 3. maddesi kapsamındaki haklarının kullanımına bir müdahale olup olmadığını belirlemelidir.

391. Bu bağlamda Mahkeme, Hükümet'in başvuruçunun Sözleşme'ye Ek 1 Numaralı Protokol'ün 3. maddesi uyarınca yaptığı şikâyetin mağdur statüsünün olmaması nedeniyle kabul edilemez olarak ilan edilmesi gerektiği yönündeki iddiasını kabul edemez. Daire'nin işaret ettiği gibi, serbest seçim hakkı sadece milletvekilliği seçimlerine katılma fırsatıyla sınırlı değildir; söz konusu kişi, seçildikten sonra milletvekili olarak da mecliste yer almaya hak kazanır. Mevcut davada, 4 Kasım 2016 ile 24 Haziran 2018 tarihleri arasında, başvuruçunun tutukluluğunun bir sonucu olarak Millet Meclisi tutanaklarına katılamamıştır. Yani bir yıl, yedi ay ve yirmi gün boyunca yasama meclisinin faaliyetlerinde yer alması engellenmiştir. Meclisteki koltuğunu korumasına ve soruları yazılı olarak sorma fırsatı bulmasına rağmen Mahkeme, başvuruçunun tutukluluk halinin, Sözleşme'ye Ek 1 Numaralı Protokol'ün 3. maddesi kapsamındaki

haklarının kullanımına bir müdahale teşkil ettiğini kabul etmektedir. Bu nedenle, Hükümet tarafından yapılan itirazı reddetmektedir.

392. Mahkeme, Sözleşme'nin 10. maddesi ve 1 Numaralı Protokol'ün 3. maddesi kapsamındaki hakların birbiriyle ilişkili olduğunu ve birbirini güçlendirmek için işlediğini hatırlatır (bakınız *Bowman v. Birleşik Krallık*, 19 Şubat 1998, § 42, Reports of Judgments and Decisions 1998 I). Bu birbirine bağımlılık durumu, siyasi görüşlerini ifade ettikleri için tutuklu bulunan demokratik olarak seçilmiş temsilcilerin durumunda özellikle belirgindir. Milletvekilleri seçmenlerini temsil ederler ve bu nedenle ifade özgürlükleri daha fazla koruma gerektirir. Çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik gerekleri doğrultusunda milletvekillerinin, özellikle muhalefet partilerinin ifade özgürlüğüne verdiği önemi göz önünde bulundurarak, Mahkeme, bir milletvekilinin tutukluluğunun Sözleşme'nin 10. maddesiyle uyumlu sayılamayacağı durumlarda, 1 Numaralı Protokol'ün 3. maddesini de ihlal edeceği kanaatindedir.

393. Ayrıca Mahkeme, bir bireyin tutuklanmasının, sadece başka, daha az sert tedbirlerin düşünüldüğü ve ilgili kişinin tutuklanmasını gerektirebilecek bireyi veya kamu menfaatini korumak için yetersiz kaldığı durumlarda haklı çıkan temel hakların kullanılmasına çok ciddi bir müdahale olduğuna hükmetmiştir (bakınız *Stanev v. Bulgaristan* [BD], no. 36760/06, § 143, ECHR 2012). Aslında, tutukluluk geçici bir önlemdir ve süresi olabildiğince kısa olmalıdır. Bu hususlar, evleviyetle bir milletvekilinin tutukluluk halleri için geçerlidir. Bir demokraside, Meclis, parlamenter görevlerin yerine getirilmesinin bir parçası olan siyasi tartışma için temel bir forumdur (bakınız, kıyasen, *Cordova (no. 1)*, yukarıda anılan, § 59). Milletvekilleri, görev süreleri boyunca hizmet ederken seçmenlerini temsil eder, endişelerine dikkat çeker ve çıkarlarını savunurlar.

394. Mevcut davada Mahkeme, Sözleşme'nin 10. maddesi ve 5. maddesinin 1. fıkrasının ihlal edildiğine dair yukarıdaki tespitlerine atıfta bulunmaktadır. Mahkeme, 10. madde uyarınca, bir siyasetçi olarak görüşlerini ifade ettiği için tutuklanması şeklinde başvurunun ifade özgürlüğünün kullanılmasına müdahalenin, öngörülebilirlik gerekliliğini sağlamadığı için "kanunla belirlenmediğine" karar vermiştir. Mahkeme, özellikle, söz konusu konuşmaların, Anayasa'nın 83. maddesinin 1. fıkrasında belirtildiği üzere, başvurunun yasama dokunulmazlığı kapsamında olup olmadığına ilişkin yerel mahkemelerin herhangi bir inceleme yapmadığını tespit etmiştir. Ayrıca, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının gerektirdiği şekilde, başvurunun bir suç işlediğine dair makul bir şüphenin bulunmadığını tespit etmiştir. Bu bulgular, Sözleşme'ye Ek 1 Numaralı Protokol'ün 3. maddesinin amaçlarıyla da aynı derecede ilgilidir. Gerçekten, Mahkeme, yasama dokunulmazlığının, milletvekillerine bireysel olarak değil, meclis kurumuna, sorunsuz çalışmasını garanti altına almak için verilen bir ayrıcalık olduğunu yinelemektedir (bakınız yukarıda anılan

Kart, § 53). Bu bağlamda, bir Devlet, yargılama ve özgürlükten yoksun bırakma konusunda yasama dokunulmazlığı sağlıyorsa, yerel mahkemeler öncelikle ilgili milletvekilinin suçlandığı eylemler için yasama dokunulmazlığına sahip olmadığından emin olmak zorundadır. Ancak mevcut davada, başvurunun Ağır Ceza Mahkemesi'nden itiraz konusu konuşmaların Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 83. maddesinin 1. fıkrası kapsamında korunup korunmadığını incelemesini istemesine rağmen, yerel mahkemeler böyle bir inceleme yapmamış, dolayısıyla Sözleşme'ye Ek 1 Numaralı Protokol'ün 3. maddesi kapsamındaki usule ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmemişlerdir (bakınız yukarıda 70, 77, 80 ve 91. paragraflar).

395. Buna ek olarak, bir milletvekili özgürlüğünden yoksun bırakıldığında, bu tedbiri emreden adli makamların, çatışan menfaatleri tarttıklarını göstermeleri gerekir. Bu dengeleme tatbikinin bir parçası olarak, ilgili milletvekilinin siyasi görüşlerini ifade etme özgürlüğünü korumalıdır. Özellikle, iddia edilen suçun siyasi faaliyetiyle doğrudan bağlantılı olmadığından emin olmalıdırlar. Bu bağlamda, Üye Devletlerin hukuk sistemleri, tutuklanan bir milletvekilinin bu tedbire etkili bir şekilde itiraz edebilmesi ve şikâyetlerinin esasa ilişkin olarak incelenmesini sağlayacak bir çözüm sunmalıdır. Ancak mevcut davada Hükümet, başvurunun tutukluluğunu inceleme yetkisine sahip yerel mahkemelerin ilk ve devam eden mahkeme öncesi tutukluluğunun hukukiliğine karar verirken 1 Numaralı Protokol'ün 3. maddesi açısından bir dengeleme tatbiki gerçekleştirdiğini gösterememiştir. Mahkeme, Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu suçların doğrudan başvurunun siyasi faaliyetleriyle bağlantılı olup olmadığını incelemeyi not etmektedir. 21 Aralık 2017 tarihli kararında, başvurunun milletvekili statüsü nedeniyle tutukluluğunun serbest seçim hakkını ihlal ettiği yönündeki şikâyetini kabul edilemez bularak reddetmiştir. 9 Haziran 2020 tarihli son kararında, Anayasa Mahkemesinin kabul ettiği üzere, alt mahkemelerin, başvurunun, bir milletvekili, bir siyasi partinin eş genel başkanı ve cumhurbaşkanlığı seçiminde aday olması nedeniyle, devam eden tutukluluğunun gerekçesiz olduğu yönündeki iddialarını dikkate almamış, yalnızca tutukluluğunun süresine ilişkin şikâyetiyle ilgili bir karar vermiştir. Mahkeme, yargı makamlarının başvuranın sadece milletvekili değil, aynı zamanda Türkiye'deki siyasi muhalefet liderlerinden biri olduğunu ve meclis görevlerini yerine getirirken yüksek düzeyde koruma gerektirdiği gerçeğini etkili bir şekilde dikkate almadıkları sonucuna varmaktadır.

396. Ayrıca, Anayasa Mahkemesi 21 Aralık 2017 tarihli kararında muhalefet şerhinde de belirtildiği üzere, başvurunun özel davasında tutukluluğa alternatif bir tedbirin uygulanmasının neden yetersiz olacağının nedenleri ilk derece mahkemeleri tarafından açıklanmamıştır. Hükümet, yerel mahkemelerin tutukluluğa iç hukukta öngörülen alternatif tedbirlerin uygulanmasını gerçekten değerlendirdiklerini gösterememiştir. Gerçek şu

ki, ulusal mahkemeler, başvurunun münferit davasına ilişkin herhangi bir özel neden belirtmeden, sistematik olarak bu tür tedbirlerin yetersiz olduğuna karar vermiştir.

397. Yukarıda belirtilen tüm mülahazaları göz önünde bulundurarak Mahkeme, başvurunun görev süresi boyunca milletvekili statüsünü korumasına gerçeğine rağmen, tutukluluğunun, halkın kanaatlerinin özgürce ifade edilmesine ve seçilme ve mecliste hakkına haksız bir müdahale teşkil ettiği için Ulusal Meclis faaliyetlerine katılmasının fiilen imkânsız olduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme, bu nedenle, başvurunun tutukluluğunun, Sözleşme'ye Ek 1 Numaralı Protokol'ün 3. maddesi kapsamındaki seçilme ve Meclis'te bulunma hakkının özüne aykırı olduğu sonucuna varmıştır.

398. Bu nedenle Sözleşme'ye Ek Sözleşme'ye Ek 1 Numaralı Protokol'ün 3. maddesi ihlal edilmiştir.

VII. SÖZLEŞME'NİN 18. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

399. Sözleşme'nin 18. maddesine dayanarak başvuru, siyasi makamlar hakkında eleştirel görüşlerini dile getirdiği için tutuklandığını iddia etmiştir. Bu bağlamda, tutuklanmasındaki amacın onu susturmak için olduğunu belirtmiştir.

400. Hükümet başvurunun argümanına karşı çıkmıştır. Hükümet, Sözleşme'nin 18. maddesinin özerk bir rolü olmadığını ve sadece Sözleşme'de düzenlenen başka bir madde ile bağlantılı olarak ileri sürülebileceğini belirtmiştir. Başvurunun şikâyetinin sadece Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. ve 3. fıkraları altında incelenmesi gerektiğini dile getirmiştir.

401. Mahkeme, başvurunun tezinin Türkiye siyaset sahnesindeki rolü sebebiyle onu susturma ve baskı amacını taşıdığı olduğunu gözlemlemektedir. Bu iddia, özü itibarıyla başvurunun yukarıdaki diğer şikâyetleri altında giderilmemiştir ve davanın temel bir yönünü oluşturmaktadır. (bakınız *Navalnyy*, yukarıda anılan, § 164, ve *Kavala*, yukarıda anılan, § 198). Bu sebeple şikâyet ayrıca incelenecektir.

402. Başvurunun Sözleşme'nin 10. maddesiyle bağlantılı olarak 18. maddenin ihlal edildiği iddiası, Hükümet'e bildirilmemiştir ve bu sebeple, taraflara bununla ilgili soru sorulmamıştır. Mahkeme bu sebeple, Sözleşme'nin 18. maddesi altında yapılan şikâyeti yalnızca, taraflara da bildirildiği gibi, Sözleşme'nin 5. maddesiyle bağlantılı olarak değerlendirmeye karar vermiştir. 18. madde şu şekildedir:

“Anılan hak ve özgürlüklere bu Sözleşme hükümleri ile izin verilen kısıtlamalar öngörildikleri amaç dışında uygulanamaz.”

D. Büyük Daire’nin değerlendirmesi

1. Kabul edilebilirlik

420. Mahkeme, bu şikâyetin Sözleşme’nin 35. maddesinin 3. fıkrasının a bendi uyarınca açıkça dayanaktan yoksun olmadığını ve kabul edilemez bulunması için başka bir sebep olmadığını not etmektedir. Bu sebeple, başvurunun kabul edilebilir bulunması gerekir.

2. Esas

(a) Genel ilkeler

421. Mahkeme, Sözleşme’nin 18. maddesinin yorumlanmasına ve uygulanmasına ilişkin genel ilkelerin kısa bir süre önce *Merabishvili* kararında (yukarıda anılan karar) Büyük Daire tarafından açıklandığını ve daha sonra *Navalnyy* (yukarıda nılan, §§ 164-65) kararında tekrarlandığını kaydetmektedir. Mahkeme, *Merabishvili* kararından aşağıdaki bölümlerin bu şikâyetin incelenmesi sırasında özellikle ilgili olduğunu düşünmektedir:

“287. Sözleşme’nin 14. maddesi gibi, 18. maddesi de bağımsız bir varlığa sahip değildir. ... söz konusu madde yalnızca, Yüksek Sözleşmeci Taraflar’ın kendi yargılama yetkileri kapsamına giren kişilere tanımayı taahhüt ettikleri hak ve özgürlüklerden birini belirten veya bu hak ve özgürlüklerin askıya alınmasını sağlayabilecek koşulları tanımlayan, Sözleşme ya da Protokoller’inin bir maddesiyle birlikte uygulanabilmektedir ... Bu kural, bir yandan, Sözleşme’nin 5. maddesinin 1. fıkrasının ikinci cümlesi ve yer verdikleri hak ve özgürlüklere sınırlamalar getirilmesine izin veren Sözleşme’nin 8 ila 11. maddelerinin ikinci fıkraları gibi hükümlerin metnini tamamlayan Sözleşme’nin 18. maddesinin metninden ve bu metnin, diğer yandan, söz konusu hak ve özgürlükleri belirten ya da bunların askıya alınmasını sağlayabilecek koşulları tanımlayan maddeleri içeren I. Başlığın sonunda, Sözleşme’deki yerinden kaynaklanmaktadır.

288. Bununla birlikte, Sözleşme’nin 18. maddesi sadece sınırlama hükümlerinin kapsamını belirtmeye yönelik değildir. Söz konusu madde aynı zamanda, Yüksek Sözleşmeci Taraflar’ın Sözleşme tarafından öngörülen amaçların dışındaki amaçlarla Sözleşme’de yer verilen hak ve özgürlükleri sınırlamalarını açıkça yasaklamaktadır. Bu ölçüde, Sözleşme’nin 18. maddesi özerk bir kapsama sahiptir ... Dolayısıyla, Sözleşme’nin 14. maddesi gibi, 18. maddesi de, birlikte uygulandığı madde ihlal edilmeksizin ihlal edilebilmektedir

289. Son olarak, Mahkeme, daha önce de tespit ettiği gibi, bu bağlamlarda “bağımsız” ve “özerk” kelimelerinin kullanılmasında tutarlılık bulunmadığının bilincinde olarak, yukarıda daha önce yapıldığı gibi, Sözleşme’nin 14. maddesi bağlamında kullanılan ifadeler hakkında Sözleşme’nin 18. maddesi kapsamında kullanılan ifadeleri sıralamak için mevcut davada kendisine sunulan fırsattan yararlanmaktadır.

290. Ayrıca Sözleşme'nin 18. maddesinin metninden, sadece söz konusu hak ya da özgürlüğün Sözleşme tarafından izin verilen sınırlamalara tabi tutulabilmesi halinde ihlalin söz konusu olabileceği anlaşılmaktadır ...

291. Yalnızca Sözleşme tarafından korunan bir özgürlüğe ya da hakka getirilen bir sınırlamanın buna imkân veren hükmün bütün koşullarını yerine getirmemesi, muhakkak Sözleşme'nin 18. maddesi açısından bir sorun ortaya koymamaktadır. Bu hükme dayalı bir şikâyetin ayrı olarak incelenmesi, yalnızca Sözleşme'ye uygun olmayan bir amaçla sınırlamanın getirildiği iddiasının, davanın temel bir yönü olduğunun ortaya çıkması halinde haklı gösterilmektedir ...”

422. Sözleşme'nin 18. maddesi kapsamındaki amaçlar doğrultusunda ispat meselesiyle ilgili olarak Mahkeme, tekrar *Merabishvili'de* (yukarıda anılan) uygulanabilir standardın olağan ispat yükü olduğunu açıklamıştır:

“309. Alıntılanan kararların dikkatli bir okumasıyla, ... yukarıda belirtilen açıklamalar ışığında da görüldüğü üzere, Mahkeme 18. madde altında daha sıkı bir ispat yükü olacağını söylerken, gerçekten Sözleşme tarafından öngörülen bir amacın her durumda baskın amaçlar için kılıf olarak kullanılmasını kastetmektedir. Ancak bahsedilen iki husus temiz bir şekilde birbirinden ayrılırsa, ispata ilişkin meseleler basit bir şekilde gizli amacın olup olmadığı ve bu amacın baskın amaç olup olmadığının tespitine dönüşecektir.

310. Bu itibarla, Mahkeme burada özel kurallar kullanmaktansa ispata ilişkin genel yaklaşımını işletebilir ve işletmelidir.

311. Bu yaklaşımın ilk unsuru *İrlanda v. Birleşik Krallık* kararında öngörülmüş ve daha yakın zamanda *Kıbrıs v. Türkiye* ve *Gürcistan v. Türkiye (I)* kararında doğrulanmıştır ... genel bir kural olarak ispat külfeti bir ya da diğer tarafça yüklenilmez çünkü Mahkeme kaynağı fark etmeksizin önündeki her delili inceler, gerekli olduğu takdirde re'sen delil toplar. *Artico v. İtalya* kararına kadar uzanabilecek erken tarihlerde, Mahkeme bu durumun yalnızca Devletlerarası davalarda değil, bireysel başvuru davalarında da benimsediği yaklaşım olduğunu belirtmiştir. Mahkeme o zamandan bu yana ispat yükü kavramına, bağlama özel olarak dayanmaktadır. Bir dizi vakada Mahkeme, iddia eden iddiasını ispatla yükümlüdür anlamına gelen *affirmanti incumbit probatio* ilkesinin katı bir şekilde yorumlanmasının mümkün olmadığını belirtmiştir, özellikle başvurucunun özel ispat zorlukları yaşadığı olaylarda bu durum daha da belirgindir ...

312. Sahiden bakıldığında, her ne kadar Mahkeme taraflarca spontane şekilde sunulan delillere dayansa da, Mahkeme ayrıca başvuruculara ve davalı Hükümetlere önündeki iddialara destek olabilecek ya da onları çürütebilecek deliller sunması yönünde re'sen talepte bulunmaktadır. Eğer davalı Hükümet söz konusu talepleri önemsemezse Mahkeme bunlara uyulması için Hükümetleri zorlayamaz, ancak bunlardan belirli sonuçlar çıkarabilir ... Mahkeme ayrıca bu çıkarımları birtakım bağlamsal unsurla birleştirebilir. Mahkeme Kuralları'da Kural 44C'nin 1. fıkrası uyarınca, Mahkeme'nin bu noktada hatırı sayılır genişlikte bir alanı bulunmaktadır.

313. Mahkeme'nin davalı Hükümet'in davranışlarıyla ilgili çıkarımlarda bulunması imkânı, belirli durumlarda özellikle önem taşımaktadır –örneğin yetkililer nezdinde gözetim altında bulunan kişiler özelinde, ilgili bilgiye erişim yalnızca davalı Devlet'e aittir ve bu bilgiler iddiaları destekleyecek ya da çürütecektir. Bu imkân, baskın amaç iddialarıyla birlikte özellikle bir ilgi taşıyabilecektir.

314. Mahkeme'nin yaklaşımına ilişkin ikinci unsur, ispat yükü standardının 'makul şüphenin ötesinde' olmasıdır. Bununla birlikte bu standart, bunu sistemi benimseyen ulusal hukuk sistemleriyle bir arada var olmamaktadır. İlk olarak, söz konusu ispat açıkça güçlü, temiz ve uyumlu çıkarımlardan veya benzer itiraz edilmemiş olgusal karinelerin bir arada bulunması sonucunda oluşabilmektedir. İkinci olarak, söz konusu sonuca varılması için gereken ikna seviyesi doğası itibarıyla olguların özellikleriyle, iddiaların yapısıyla, ve risk altında bulunan Sözleşme hakkıyla ile bağlantılıdır. Mahkeme bu hususları istikrarlı bir şekilde tekrarlamıştır ...

315. Mahkeme'nin yaklaşımına ilişkin üçüncü unsur, ayrıca *İrlanda v. Birleşik Krallık* kadar erken tarihli davalarda da tespit edildiği üzere ... Mahkeme'nin yalnızca kabul edilebilirlik ve ilgili olmaya ilişkin değil, aynı zamanda önündeki her delinin ispat değerine ilişkin de karar verebilir. *Nachova ve Diğerleri*'nde ... Mahkeme, bu hususu daha da açıklığa kavuşturmuş ve delillerin değerlendirilmesinde formüllere bağlı olmadığını ve bütün delillerin serbestçe değerlendirilmesi aracılığıyla sonuçlara ulaştığını, bunlara olgulardan ve tarafların beyanlarından görülebilecek çıkarımların da dâhil olduğunu belirtmiştir. Mahkeme ayrıca bir tarafça potansiyel olarak karşı kaşıya kalınan özel ispat zorluklarına karşı hassastır. Mahkeme istikrarlı olarak bu pozisyonunu işletmiş ve Sözleşme'nin çeşitli maddeleri altında uygulamıştır ...

316. Bu sebeple Sözleşme'nin 18. maddesi altında yapılan şikâyetlerle ilgili olarak Mahkeme'nin kendini doğrudan kanıtlarla sınırlaması için ya da söz konusu iddialar için özel bir ispat yükü uygulaması için bir sebep bulunmamaktadır.

317. Mahkeme bununla birlikte koşullara bağlı olan delillerin, birincil olgulardan oluşan bilgiler bağlamında ya da birincil olgular hakkında çıkarım yapmaya temel sağlayacak bağlamsal olguların veya olay örüntülerinden oluştuğunun özellikle altını çizmelidir ... Uluslararası gözlem ya da sivil toplum kuruluşlarının ya da medyanın rapor ve beyanları, ya da diğer ulusal veya uluslararası mahkemelerin kararları genellikle özel olarak dikkate alınmakta ve Mahkeme tarafından olgulara ışık tutması ve olguları desteklemesi bakımından yapılan tespitlerde kullanılmaktadır ..."

(b) Yukarıda belirtilen ilkelerin mevcut davaya uygulanması

423. Mevcut davada Mahkeme, başvurunun tutukluluğunun Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının c bendi uyarınca "makul şüphe"ye dayanmadığını tespit ettiğini (bakınız yukarıda 338 ve 339. paragraflar) tekrarlamaktadır. Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının ihlal edildiğine karar verilmesi, tek başına, Sözleşme'nin 18. maddesinin de ihlal edildiği sonucuna ulaşmak için yeterli değildir. (bakınız *Navalnyy*, yukarıda anılan, § 166) Mahkeme, makul şüphenin yokluğunda, Sözleşme'nin 18. maddesi doğrultusunda tespit edilebilir bir baskın amacın olup olmadığına karar verecektir.

424. Başvurucunun temel şikâyeti, Türkiye'deki iktidar partisine muhalefet etmesi sebebiyle özellikle hedef gösterildiği ve özgürlüğünden alıkonulduğu üzerinedir. Başvurucu, tutuklanmasındaki ve tutukluluk halinin devam ettirilmesindeki amacın kendisini susturma amacı taşıdığını ileri sürmüştür. Bu bağlamda, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri'nin 2016 yılında Türkiye'ye yaptığı ziyaret sonucunda hazırladığı memorandumu, Venedik Komisyonu'nun Anayasa değişikliklerine ilişkin hazırladığı görüşü, Uluslararası Af Örgütü raporu ve davaya müdâhil olan

üçüncü tarafların görüşleri ışığında Mahkeme'ye göre, başvurunun Türkiye'deki muhalefet içerisinde simgesel bir lider rolü bulunmakta; 2014'ten bu yana süren gergin siyasi atmosfer ve aralarında Cumhurbaşkanı'nın da olduğu, başvurunun siyasi muhaliflerle ilgili yaptığı açıklamalar doğrultusunda, tarafsız bir gözlemcinin başvurunun tutuklanması ve tutukluluğunun devam ettirilmesinin siyasi amaçlı olduğundan şüphe etmesi anlaşılabilir. Ancak Mahkeme'nin daha önce de belirttiği gibi, bir siyasetçisinin seçim kampanyası ya da referandum sırasında olsa dahi, tek başına soruşturma geçirmesinin ya da tutuklanmasının otomatik olarak siyasi tartışmayı sınırlandırma amacı taşıdığı söylenemez. (bakınız *Merabishvili*, yukarıda anılan, § 323)

425. Başvurucunun şikâyetinde belirttiği bağlam bakımından Mahkeme, başvurunun Sözleşme'nin 5. maddesine aykırı olarak tutuklanmasına ve tutukluluk halinin devamına karar veren yerel mahkeme kararlarının, başvurunun Türkiye siyaset sahnesinden silinmesi ve muhalefet partisi liderlerinden biri olarak onun susturulması baskın amacını taşıyıp taşımadığını inceleyecektir.

426. Bu bağlamda Mahkeme, ilk olarak, 2014 yılından dahi önce, savcılıkların Meclis Genel Kurulu'na başvuru hakkında bazı fezlekeler sunduğunu not etmektedir. Ancak, “çözüm süreci”nin sona ermesine kadar ve büyük oranda HDP'nin başarısı sebebiyle, iktidar partisinin 2002 yılından bu yana Meclis'te ilk kez çoğunluğu kaybettiği 7 Haziran 2015 seçimlerine kadar hiçbir önlem alınmamıştır. Gerçekten, HDP ile Cumhurbaşkanı ve iktidar partisi arasında siyasi bir gerilim başlayana kadar, başvuru özgürlüğünden alıkonulma riskiyle karşı karşıya kalmamıştır. Ancak “çözüm süreci”nin sona ermesinin ve örneğin 28 Temmuz 2015'te “HDP liderleri bedelini ödeyecek” diyen Cumhurbaşkanı'nın açıklamalarının ardından, başvuru hakkında hazırlanan ceza soruşturmalarının sayısı ve hazırlanma hızı artmaya başlamıştır.

427. 20 Mayıs 2016 tarihinde Anayasa değişikliğinin kabul edilmesiyle, 154 milletvekilinin dokunulmazlıkları kaldırılmıştır. Bunun sonucu olarak, o dönem 59 milletvekili olan HDP kendini 55 milletvekilinin Anayasa'nın 83. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen yasama dokunulmazlığının kaldırıldığı bir durumda bulmuştur. Buna ek olarak, aralarında eş genel başkanların da olduğu 14 HDP milletvekili tutuklanmıştır. Mahkeme, başvurunun iddiasının aksine, Hükümet'in yalnızca HDP'li milletvekillerinin ceza yargılamalarında ceza almadığı iddiasını gözlemlemektedir. Hükümet görüşlerinde, AKP'den beş, CHP'den dokuz ve MHP'den bir milletvekilinin dokunulmazlıkları kaldırıldıktan sonra ceza aldığını belirtmiştir. 18 Eylül 2019 tarihli duruşmada, bu durum taraflara özel olarak sorulmuştur. Hükümet, iddialarını tekrarlamış ancak iktidar partisi bloğundan – yani AKP ve MHP üyesi milletvekillerinin ceza aldığını ve/veya tutuklandığını ortaya koyamamıştır. Dolayısıyla, bu iddiayı destekleyecek herhangi bir olmadığı için Mahkeme, Hükümet'in bu

argümanına ehemmiyet verememektedir. Bu nedenle Mahkeme, yalnızca muhalefet partileri CHP ve HDP milletvekillerinin haklarında başlatılan ceza yargılamalarında tutuklandığı ve/veya ceza aldığı sonucuna varmaktadır. Bir başka deyişle, Millet Meclisi üyeleri arasında, 20 Mayıs 2016 tarihli Anayasa değişikliğinden gerçekten etkilenen yalnızca muhalefet partisi milletvekilleri olmuştur.

428. HDP'den tanınmış birçok kişi ve seçilmiş belediye başkanları da tutuklanmıştır. Her ne kadar bu kişiler hakkında başlatılan ceza yargılamalarının içeriğine erişilemese de, Mahkeme değişik raporlara ve uluslararası gözlemcilerin görüşlerine göre, bu kişilerin özgürlüklerinden alıkonulmalarının tek sebebinin siyasi açıklamaları olduğunu gözlemlemektedir. Bu koşullarda Mahkeme, ulusal kanunların artarak muhalif sesleri susturmak amacıyla kullanılmaya başlandığını söyleyen İnsan Hakları Komiseri başta olmak üzere, üçüncü tarafların görüşlerine kayda değer bir önem atfetmektedir. Mahkeme, bu sebeple, başvurunun tutuklanmasının ve tutukluluk halinin devam ettirilmesinin, münferit bir örnek olmadığını düşünmektedir. Tam tersine, belirli bir örüntü izlediği görülmektedir.

429. Buna ek olarak, başvurunun tutuklanmasının ve tutukluluğunun devam ettirilmesinin zamanlaması da Sözleşme'nin 18. maddesi altında yapılacak incelemede dikkate alınacak bir başka faktördür. Bu bağlamda Mahkeme, başvurunun 16 Nisan 2017 tarihli referandum ve 24 Haziran 2018 tarihli cumhurbaşkanlığı seçimi olmak üzere, iki kritik seçim kampanyası sırasında özgürlüğünden yoksun kılındığını gözlemlemektedir.

430. Bununla bağlantılı olarak Mahkeme, ilk olarak, başvurunun o dönem Cumhurbaşkanı Erdoğan tarafından önerilen herhangi bir başkanlık sistemine sert bir şekilde karşı çıktığını dile getirdiğini ve bunun AKP ve HDP liderleri arasından büyük bir anlaşmazlığa yol açtığını gözlemlemektedir. Türkiye Cumhuriyeti'nin kurulduğu 1923 yılından bu yana belki de en önemli anayasal reformlarından birine ilişkin Türkiye kamuoyunda tartışmalar sürerken, başvuru, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. ve 3. fıkralarına, 10. maddesine ve Ek 1 Numaralı Protokol'ün 3. maddesine aykırı bir şekilde tutuklu kalmıştır. Mahkeme'nin belirttiği üzere, serbest seçimler ve ifade özgürlüğü, özellikle siyasi tartışma özgürlüğü, demokrasinin temelini oluşturmaktadır. (bakınız yukarıda 383. paragraf) Bu, anayasa referandumu bağlamında da geçerlidir. Mahkeme'ye göre, başvurunun tutukluluğu onu tartışmasız bir şekilde Türkiye'ye başkanlık sistemi getirilmesine karşı etkili bir kampanya yürütmekten alıkoymuştur.

431. Tutuklu olan başvuru da dâhil, altı aday 24 Haziran 2018 tarihli cumhurbaşkanlığı seçimine katılmıştır. Başvuru, bu sebeple, diğer adaylardan daha zor koşullar altında, cezaevinde seçim kampanyası yürütmek zorunda kalmıştır. Başvurunun siyasi muhaliflerinin, onun özgürlüğünden alıkonulmasından faydalandığı görülmektedir.

432. Mahkeme, başvurunun ikinci kez tutuklanmasının koşullarını da not etmektedir. (bakınız yukarıda 114 ve 118. paragraflar) Mahkeme, bu bağlamda, Ankara Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2 Eylül 2019 tarihinde başvurucaı tahlıye ettiğini gözlemlemektedir. Bu karara karşın, İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi'ndeki ceza yargılamasında verilen hapis cezasının sonucu olarak başvurucaı cezaevinde kalmıştır. 20 Eylül 2019 tarihinde, İstanbul 26. Ağır Ceza Mahkemesi verilen kesin hapis cezasından, başvurucaının Ankara Ağır Ceza Mahkemesi'ndeki yargılama kapsamında tutuklu olarak geçirdiği günlerin mahsup edilmesine karar vermiştir. Bu kararın sonucu olarak başvurucaı, şartlı tahliyeye hak kazanmıştır. Buna karşın, bir gün sonra ve Ankara Ağır Ceza Mahkemesi önünde bekleyen ceza yargılamasına rağmen, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı, Ankara Sulh Ceza Hâkimliği'ne başvurarak başvurucaının ve diğer eş genel başkanın 2014 yılında 6-8 Ekim 2014 olaylarıyla ilgili başlatılan ayrı bir soruşturma kapsamında ikinci kez tutuklanmasını talep etmiştir. Ayrıca, 20 Eylül 2019 tarihinde Ankara Sulh Ceza Hâkimliği, savcılığın talebini kabul ederek, başvurucaı ve HDP'nin diğer eski eş genel başkanını tutuklamıştır. Bir gün sonra Cumhurbaşkanı basına açıklama yaparak, başvurucaı 53 insanın "katili" olmakla suçlamıştır. Cumhurbaşkanı ayrıca, süreci takip ettiğini ve iki eş genel bakanı "bırakmayacaklarını" söylemiştir. (bakınız yukarıda 118. paragraf) Her ne kadar İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi, 31 Ekim 2019 tarihinde başvurucaının dört yıl sekiz aylık hapis cezasının infazını durdurmuş olsa da, başvurucaı bu kez de ikinci kez tutuklanması nedeniyle özgürlüğünden mahrum kalmıştır.

433. Bu bağlamda, başvurucaının yeniden tutuklanmasının görünür amacı, 6-8 Ekim 2014 tarihli olayların araştırılmasıdır. Ancak, her ne kadar isnat edilen suçlamalar farklı olsa da, söz konusu ceza soruşturmasının olgular kısmı, başvurucaının tutuklu yargılandığı ve hala Ankara Ağır Ceza Mahkemesi'nde görülmekte olan davanın temelini oluşturmaktadır. (bakınız yukarıda 70. paragraf) Bu bakımdan; Ankara Ağır Ceza Mahkemesi'nin 20 Eylül 2019 tarihli kararıyla (bakınız yukarıda 114. paragraf) başvurucaı tahlıye etmesi ve İstanbul 26. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 20 Eylül 2019 tarihli kararıyla (bakınız yukarıda 115. paragraf), başvurucaı derhal aynı gün içinde tekrar tutuklanması ile Cumhurbaşkanı'nın hemen sonrasında yaptığı açıklamalar (bakınız yukarıda 118. paragraf) arasındaki yakın zamansal bağlantılar dikkate alındığında; Mahkeme, yerel makamların başvurucaının beş yıl önce, 6-8 Ekim 2014 tarihlerinde iddia edilen suçları işlediği şüphesiyle ilgileniyor görünmedikleri, onun yerine başvurucaı cezaevinde tutarak siyasi faaliyetlerde bulunmasını engelledikleri düşüncesindedir.

434. Ek olarak, Venedik Komisyonu'nun Türkiye'deki yargı sisteminin bağımsızlığına ve özellikle Hâkimler Savcılar Yüksek Kurulu'na ilişkin tespitleri, Mahkeme'nin Sözleşme'nin 18. maddesi altında yapacağı incelemeyi ayrıca ilgilendirmektedir. Anayasa değişikliklerine ilişkin 110.

oturumda kabul edilen 875/2017 numaralı görüşünde (bakınız yukarıda 162. paragraf) Venedik Komisyonu, yeni anayasal sistemde Cumhurbaşkanı'nın Yüksek Kurul'un on üç üyesinin altısını atama yetkisine sahip olduğunu, diğer yedi üyenin ise Millet Meclisi tarafından atanacağını işaret etmektedir. Bu bağlantıyla birlikte Venedik Komisyonu, Yüksek Kurul üyelerinin seçilmesine ilişkin taslak değişikliklerin, anayasa reformunun yürürlüğe girmesinden otuz gün sonra dikkate alınacağını tespit etmiştir. Venedik Komisyonu, Yüksek Kurul'un teklif edilen yeni yapısının "oldukça sorunlu" olduğunu düşündüğünü ifade etmiştir. Yeni anayasal sistemde Cumhurbaşkanı'nın tarafsız bir güç değil, bir siyasi partiye ait olduğu işaret edilmiştir. Dahası, Cumhurbaşkanı'nın partisinin Meclis'te çoğunluğu oluşturduğunu ve bu durumun eş zamanlı seçimlerle pratikte güvence altına alındığını akılda tutarak Venedik Komisyonu, yargı denetimi için kendi kendini yöneten ve atamalara, terfilere, nakillere, disiplin tedbirlerine ve hâkimlerin ve savcılarının görevinin sona erdirilmesine bakan Yüksek Kurul'un üye tertibinin yargı bağımsızlığını çok ciddi şekilde tehlikeye atacağı görüşündedir. Venedik Komisyonu ayrıca "Yüksek Kurul'un kontrolünü ele geçirmek, özellikle hâkimlerin ihracının ve nakillerinin bu yaygın bir uygulama haline geldiği bir ülkede hâkim ve savcılarının kontrolünü de ele geçirmek anlamına gelir." diye eklemiştir. Başta İnsan Hakları Komiseri'nin yorumları olmak üzere, uluslararası gözlemcilerin raporları ve görüşleri, özellikle yüzlerce hâkimin ihraç edildiği olağanüstü hal sırasında ve özellikle muhaliflere yönelik başlatılan ceza yargılamalarıyla bağlantılı olarak, Türkiye'de son yıllarda hüküm süren gergin siyasi iklimin mahkeme kararlarının etki altında kalabileceği bir ortam yarattığını ileri sürmektedir.

435. Hükümet, başvurunun Kasım 2017 ve Ocak 2018'de aleyhine açılan üç ceza davasında beraat ettiğini belirtmiştir. Hükümet ayrıca Diyarbakır'da bir mahkemenin olağan tutuk incelemelerinin yapılmaması nedeniyle 11 Ocak 2018 tarihinde başvurucuya Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141. maddesi uyarınca tazminat ödemeye karar verdiğini ileri sürmüştür. Son olarak, Kasım 2016'da tutuklanan 15 HDP milletvekilinden yalnızca sekizinin hala tutuklu olduğunu eklemiştir. Mahkeme'nin görüşüne göre Hükümet tarafından öne sürülen olgular, davalı Devlet'teki bütün bir yargı düzeninin sistematik olarak kötüye kullanılmadığını ve yargı yetkililerinin devamlı olarak kötü niyetle davranmadığını ve açıkça Sözleşme'yi umursamayarak bütün muhalif sesleri bastırmadığını ifade edebilir. (bakınız, *mutatis mutandis*, *Năstase v. România* (kek), no. 80563/12, § 109, 18 Kasım 2014). Bununla birlikte Mahkeme işbu davada, Hükümet tarafından sunulan bu olguların başvurunun tutukluluğu üzerinde nasıl bir etkisi olduğunu görmekte zorlanmaktadır.

436. Mevcut davada, arka plandan edinilen uyumlu çıkarımlar, yargı yetkililerinin, bir muhalefet lideri olarak başvurunun davranışlarına, mecliste veya seçilmiş belediye başkanı olan diğer HDP üyelerinin

davranışlarına ve daha genel olarak muhalif seslere karşı sert tepkilerde bulunduğunu desteklemektedir. Başvurucunun tutuklanması ve tutukluluk halinin devam ettirilmesi, yalnızca ona oy veren binlerce seçmenin Millet Meclisi'nde temsil edilmesini engellememiş, ama aynı zamanda tüm topluma, özgür demokratik tartışmanın kapsamını daraltan tehlikeli bir mesaj verilmiştir. Bu unsurlar, yetkililerin başvurucuyu tutuklarken gösterdiği sebeplerin yalnızca baskın siyasi amaçlar için bir kılıf olduğu, esas amacın tartışmaya yer bırakmayacak şekilde demokrasinin aşağı çekilmesine ilişkin bir konu olduğu sonucuna varması için yeterlidir. (bakınız *Cebotari v. Moldova*, no. 35615/06, §§ 52-53, 13 Kasım 2007; *Ilgar Mammadov*, yukarıda anılan, § 143; *Rasul Jafarov v. Azerbaycan*, no. 69981/14, § 162, 17 Mart 2016; ve *Mammadli*, yukarıda anılan, § 104).

437. Bu bilgiler doğrultusunda Mahkeme, özellikle referandum ve cumhurbaşkanlığı seçimine ilişkin iki kritik seçim kampanyası sırasında başvurucunun tutuklu olmasının, çoğulculuğu bastırma ve demokratik toplum kavramının özünde yer alan siyasi tartışma özgürlüğünü sınırlama yönünde ağır basan bir amaç izlediğinin, her türlü makul şüphenin ötesinde tespit edildiği kanaatindedir.

438. Bu sebeple Mahkeme, Sözleşme'nin 5. maddesiyle bağlantılı olarak 18. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

VIII. SÖZLEŞME'NİN 41. VE 46. MADDELERİNİN UYGULANMASI

A. Sözleşme'nin 46. maddesi

439. Başvurucu, Mahkeme'den serbest bırakılması talebinde bulunmuştur. Sözleşme'nin 46. maddesinin ilgili kısımları şu şekildedir:

“1. Yüksek Sözleşmeci Taraflar, taraf oldukları davalarda Mahkeme'nin verdiği kesinleşmiş kararlara uymayı taahhüt ederler.

2. Mahkeme'nin kesinleşen kararı, infazını denetleyecek olan Bakanlar Komitesi'ne gönderilir

...”

440. Mahkeme, başvurucunun 20 Eylül 2019 tarihinde yeniden tutuklanmasına ilişkin gelişmelere atıfta bulunmuştur (bakınız yukarıda 114-118 arası paragraflar). Bu bağlantıyla birlikte, çeşitli olgusal unsurlar ışığında ve bu unsurların yakın zamansal ve maddi bağlantıları bir bütün olarak alındığında, başvurucunun ilk ve devam eden tutukluluğuyla ilişkili yetkililerin, esasen başvurucunun 2014'te işlediği iddia edilen suçun

soruşturulmasıyla ilgilenmediği Mahkeme tarafından halihazırda tespit edilmiştir (bakınız yukarıda 426-433 arası paragraflar). Mahkeme'nin görüşüne göre yargı yetkililerinin nihai amacı, Ankara Ağır Ceza Mahkemesi'nin başvurunun serbest bırakılması kararına rağmen, başvurucaı özgürlüğünden yoksun bırakmaktır (bakınız yukarıda 93. paragraf). Hükümet, başvurunun 20 Eylül 2019 tarihinde tutuklanmasının (yukarıda 116 ve 117. paragraflarda özetlenmiştir) işbu başvurunun konusundan farklı olduğunu, nitekim ikinci tutukluluğun yalnızca 6-8 Ekim 2014 olaylarıyla ilgili olmadığını, ayrıca diğer çeşitli soruşturma raporlarındaki "eylem ve olayları" da içerdığını (bakınız yukarıda 415. paragraf) öne sürmüştür. Ek olarak, Hükümet'in kendisine göre 20 Eylül 2019 tarihli tutukluluk kararı, her ne kadar başvurunun ilk tutukluluğuna temel oluşturan isnatlardan daha dar kapsamlı kavramlarla çerçevelenmiş de olsa, ayrıca 6-8 Ekim 2014 tarihleri arasında yaşanan olaylarla da ilişkilidir. Bununla birlikte, tutukluluğu haklı çıkarmak için daha önce yetersiz görülen olgularla bağlantılı olarak yeni bir soruşturma başlatılması, hukuki sınıflandırma aracılığıyla, yetkililere özgürlük hakkının çevresinden dolaşma imkânı vermektedir.

441. Mahkeme bu sebeplerle işbu davada, başvurunun 6-8 Ekim 2014 aralığına ilişkin "eylem ve olaylar"ın yeni hukuki sınıflandırması temelinde tutuklandığını, bu tutukluluk sebebinin ayrıca işbu başvuruda öne sürülen ve 2 Eylül 2019 tarihinde sona eren spesifik özgürlükten yoksun bırakma haline temel oluşturduğunu göz ardı edemez. 5. madde ile bağlantılı olarak 18. maddenin ihlal edildiği tespiti başta olmak üzere, Mahkeme vardığı sonuçlar ışığında kararın davalı Devlet tarafından yerine getirilmesi gerektiğini, bu sürecin Bakanlar Komitesi'nin denetimi altında ilerleyeceğini, başvurunun durumunun kararın neticeleri ve ruhuyla uyumlu hale getirilmesinin zorunlu olduğunu vurgulamaktadır (bakınız *Ilgar Mammadov v. Azerbaijan* (ihlal yargılamaları) [BD], no. 15172/13, § 182, 29 Mayıs 2019).

442. İhlalin giderilmesi için alınması gereken tedbirlerin hiçbir seçime yer bırakmaması halinde, Mahkeme takip eden kararlarda olduğu gibi spesifik bireysel tedbirlere hükmedebilmektedir: *Assanidze* (yukarıda anılan, §§ 202-03), *Ilaşcu ve Diğerleri* (yukarıda anılan, § 490), *Aleksanyan v. Rusya* (no. 46468/06, §§ 239-40, 22 December 2008), *Fatullayev v. Azerbaijan* (no. 40984/07, §§ 176-77, 22 April 2010), *Del Río Prada v. İspanya* ([BD], no. 42750/09, §§ 138-39, ECHR 2013), *Şahin Alpay* (yukarıda anılan, §§ 194-95) ve *Kavala* (yukarıda anılan, § 240). İşbu

başvuruda, başvurunun aynı olgusal bağlamla ilgili temellerde tutukluluğunun devam ettirilmesi, hem başvurunun uğradığı hak ihlalinin uzatarak sürdürecektir, hem de davalı Devlet'in Sözleşme'nin 46. maddesinin 1. fıkrası uyarınca kararlara uyma yükümlülüğünün ihlalinin teşkil edecektir. Bu doğrultuda, Mahkeme başvurunun derhal serbest bırakılması için gerekli her tür tedbirin davalı Devlet tarafından alınması gerektiği kanaatindedir.

B. Sözleşme'nin 41. maddesi

443. Sözleşme'nin 41 maddesi aşağıdaki gibidir:

“Eğer Mahkeme, işbu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeciler Taraf'ın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldırılabiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören taraf lehine adil bir tazmin verilmesine hükmeder.”

444. Büyük Daire önünde başvuru, maddi zararı için 11,350 Euro ve manevi zararı için 250,000 Euro talep etmiştir. Daire, başvurucuya 10,000 Euro manevi tazminat ödenmesine karar vermiştir.

445. Büyük Daire önünde başvuru, avukat olduğunu ve tutukluluğu sebebiyle çalışmadığını belirterek, öncelikle, 16,020 Euro gelir kaybı olduğunu iddia etmiştir. Buna ek olarak başvuru, eşinin (15,471.47 TL, yaklaşık 2,350 Euro), iki kızının (4,133.85 ve 3,749.26 TL, yaklaşık olarak sırasıyla 600 ve 500 Euro) ve avukatlarının (16,637 TL, yaklaşık 2,500 Euro) kendisini Edirne cezaevinde ziyaret etmek için uçak biletlerine ödediği harcamalarına karşılık 5,946 Euro maddi tazminat talebinde bulunmuştur. Başvuru ayrıca, 50,000 Euro maddi tazminat talep etmiştir.

446. Hükümet, bu miktarın aşırı ve Mahkeme'nin yerleşik içtihadına aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

447. Maddi tazminata ilişkin Mahkeme, söz konusu zararın iddia edilen ihlaller sonucunda meydana geldiğini ispatlama yükümlülüğünün başvurularda olduğunu belirtmiştir. Başvurular, iddialarını destekleyecek belgeler sunmak zorundadır. Bu bağlamda, zarar ile Sözleşme'nin ihlali arasında açık bir illiyet bağı ortaya konulmak zorundadır. Mahkeme, spekülasyon bir bağın yeterli olmadığını belirtmiştir. (bakınız *Bykov v. Rusya* [BD], no. 4378/02, § 110, 10 Mart 2009, ve *Satakunnan Markkinapörssi Oy ve Satamedia Oy*, yukarıda anılan, § 219).

448. Söz konusu davada, Sözleşme'nin ihlal edildiği kararı ağırlıklı olarak başvurunun tutukluluğunun ve tutukluluk halinin devamının bir sonucudur. Bu bağlamda Mahkeme, başvurunun yakınları tarafından onu cezaevinde ziyaret etmek için yapılan harcamaların, maddi zarara yol açtığından şüphe etmemektedir. Bu nedenle, başvurunun eşi ve iki kızının aldığı uçak biletlerinin değerine karşılık, başvurucuya 3,500 Euro ödenmesine karar verilmiştir. Ancak Mahkeme, kendisine sunulan belgelere dayanarak, söz konusu ihlal ile başvurunun çektiği maddi zarar arasında illiyet bağı olmadığına karar vererek, tazminat talebini reddetmiştir.

449. Manevi tazminata ilişkin olarak Mahkeme, Sözleşme'nin birçok maddesinin ve önemli ölçüde ihlal edilmiş olmasının başvurucuda büyük bir zarara yol açtığını tartışmasız bir şekilde kabul etmektedir. Bu nedenle, başvurucuya 25,000 Euro manevi tazminat verilmesine karar vermiştir.

2. Masraflar ve harcamalar

450. Başvurucu, Daire önünde, masraf ve harcamalar için 40,000 Euro talep etmiştir. Daire, başvurucuya 15,000 Euro verilmesine karar vermiştir.

451. Büyük Daire önünde başvuru, temsilcilerinin masraflarını karşılamak için masraf ve harcama olarak 25,800 Euro talep etmiştir. Bu talebini desteklemek amacıyla başvuru, avukatları ile imzaladığı ve her bir avukatının çalışma süresini içeren, Karaman için 30 saat, Molu için 45 saat, Altıparmak için 36 saat, Demir için 35 saat, Çalı için 36 saat ve Demirtaş Gökalp için 40 saatten oluşan sözleşmeyi sunmuştur. Başvurucunun avukatlarının saat başı ücretleri Çalı ve Altıparmak için 150 Euro, diğer avukatlar için 100 Euro olarak belirtilmiştir. Başvurucu, çeviri masrafları için makbuz sunarak 40,332 TL (yaklaşık 6,000 Euro) talep etmiştir.

452. Hükümet, bu harcamalara itiraz etmiştir.

453. Mahkeme'nin yerleşik içtihadına göre, bir başvurucuya yalnızca masraf ve harcamalarının doğruluğunu, gerekliliğini ve ödenen miktarların makul olduğunu ispatlamak kaydıyla, bu masraflar iade edilebilmektedir. Mahkeme, somut olayda kendisine sunulan belgeleri ve içtihatlarını dikkate alarak, başvurucuya bu tazminatların ödenmesinin makul olduğuna karar vermiştir.

3. Gecikme Faizi

454. Mahkeme, söz konusu miktarlara, gecikme faizi olarak, Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal kredilere uyguladığı faiz oranına üç puan

eklemek suretiyle elde edilecek oranı uygulamanın uygun olduğuna karar vermektedir.

MAHKEME BU SEBEPLERLE,

1. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 35. maddesi 2. fıkrası b bendine ilişkin Hükümet ön itirazlarını *reddetmiş*;
2. Oybirliğiyle, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapılmadığına dair Hükümet ön itirazını *reddetmiş*;
3. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrası, 18. maddesi ve Sözleşme'ye Ek 1 Numaralı Protokol'ün 3. maddesi kapsamında şikâyetler iç hukuk yollarının tüketilmediğine dair Hükümet ön itirazını *reddetmiş*;
4. Oybirliğiyle, tazminat talebi için hukuki bir yola başvurulmamasına dair Hükümet ön itirazını *reddetmiş*;
5. Oy çokluğuyla, Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrası kapsamında mağdur statüsü bulunmadığına ilişkin Hükümet ön itirazını *reddetmiş*;
6. Oy çokluğuyla, Sözleşme'nin 10. maddesi ve Sözleşme'ye Ek 1 Numaralı Protokol'ün 3. maddesi kapsamında mağdur statüsü bulunmadığına ilişkin Hükümet ön itirazını *reddetmiş*;
7. Oybirliğiyle, başvuruyu kabul edilebilir *bulmuş*;
8. On altı oya karşı bir oyla, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine *karar vermiş*;
9. On beş oya karşı iki oyla, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının ihlal edildiğine *karar vermiş*;
10. On altı oya karşı bir oyla, Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrasının ihlal edildiğine *karar vermiş*;
11. On altı oya karşı bir oyla, Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrasının ihlal edilmediğine *karar vermiş*;
12. Oybirliğiyle, Sözleşme'ye Ek 1 Numaralı Protokol'ün 3. maddesinin ihlal edildiğine *karar vermiş*;
13. On altı oya karşı bir oyla, Sözleşme'nin 18. maddesinin 5. madde ile bağlantılı olarak ihlal edildiğine *karar vermiş*;

14. On beş oya karşı iki oyla, davalı Devlet'in başvurucunun derhal serbest bırakılması için gereken bütün önlemleri almasına *karar vermiş*;
15. On altı oya karşı bir oyla,
- (a) davalı Devlet'in başvurucuya, üç ay içerisinde izleyen meblağları ödeme tarihinde geçerli olan döviz kuru üzerinden davalı Devlet'in ulusal para birimine çevrilmek üzere başvurana *ödemesine*:
- (i) uygulanabilecek her türlü vergi ile beraber 3,500 EUR (üç bin beş yüz Euro) maddi tazminat;
- (ii) uygulanabilecek her türlü vergi ile beraber 25,000 EUR (yirmi-beş bin Euro) manevi tazminat;
- (iii) uygulanabilecek her türlü vergi ile beraber 31,900 EUR (otuz-bir bin dokuz yüz Euro) masraf ve giderler;
- (b) yukarıda belirtilen üç aylık sürenin sona erdiği tarihten itibaren ödemenin yapılmasına kadar, Avrupa Merkez Bankası'nın o dönem için geçerli olan marjinal kredi kolaylığı oranının üç puan fazlasına eşit oranda basit faiz uygulanmasına;
16. Başvuranın adli tazmine ilişkin talebinin kalan taleplerinin *reddedilmesine karar vermiştir*.

Johan Callewaert

Yazı İşleri Müdürü

Ksenija Turković

Başkan

Sözleşme'nin 45. maddesinin 2. fıkrası ve Mahkeme İçtüzüğü 74. kuralın 2. fıkrası uyarınca, izleyen ayık görüşler bu karara eklenmiştir:

- (a) Yargıç Wojtyczek'in kısmi mutabık ve kısmi muhalefet şerhi;
- (b) Yargıç Chanturia'nın kısmi muhalefet şerhi;
- (c) Yargıç Yüksel'in Yargıç Paczolay'ın katıldığı kısmi muhalefet şerhi;
- (d) Yargıç Yüksel'in kısmi mutabık ve kısmi muhalefet şerhi.

YARGIÇ WOJTYCZEK'İN KISMEN MUTABIK VE KISMEN MUHALEFET ŞERHİ

1. Meslektaşlarımların mevcut davada Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrasının ihlal edilmediği yönündeki görüşüne saygıyla katılmıyorum. Ayrıca, kararın hüküm kısmının 14. paragrafında yer alan ifadeye ve gerekçenin belirli kısımlarına ilişkin çekincelerim var.

2. Gerekçenin 167. paragrafında aşağıdaki görüş ifade edilmiştir:

“Mahkeme, Büyük Daire'nin önüne taşınan davanın içeriğinin ve kapsamının Daire'nin kabul edilebilirlik kararı ile sınırlı olduğunu hatırlatmıştır. (bakınız *Murtazaliyeva v. Rusya* [BD], no. 36658/05, § 88, 18 Aralık 2018) Bu sebeple Büyük Daire, daha önce kabul edilemez bulunan şikâyetleri inceleyemeyecektir.”

Sonuç olarak, Büyük Daire bu nedenle kabul edilemez ilan edilen şikâyetleri inceleyemez, ancak Daire tarafından kabul edilebilir bulunup incelenen şikâyetleri kabul edilemez ilan edebilir.

Yukarıda ifade edilen görüşün Büyük Daire'deki yerleşik uygulamayı yansıttığını kabul ediyorum (bakınız, örneğin, *Al-Dulimi ve Montana Management Inc. v. İsviçre* [BD], no. 5809/08, § 78, 21 Haziran 2016; *Neulinger ve Shuruk v. İsviçre* [BD], no. 41615/07, § 88, ECHR 2010; ve *Göç v. Türkiye* [BD], no. 36590/97, §§ 36-37, ECHR 2002-V) ancak bu uygulamanın Sözleşme ile uyumlu olduğuna ikna olmadım. Burada kendimize Sözleşme'nin ilgili hükmünün lafzını hatırlatmak önemlidir (vurgu eklendi):

Madde 43

Büyük Daire'ye gönderme

“1. Bir Daire kararının verildiği tarihten itibaren üç ay içinde ve istisnai durumlarda, dava taraflarından her biri **davanın** Büyük Daire'ye gönderilmesini isteyebilir.

2. Büyük Daire bünyesinde beş yargıçtan oluşan bir kurul istemi, eğer **davada** Sözleşme ve Protokollerinin yorumuna ya da uygulanmasına ilişkin ya da genel nitelikte ciddi bir sorun varsa, kabul eder.

3. Kurul istemi kabul ederse, Büyük Daire **davayı** karara bağlar.”

Mahkeme, bu hükmü yorumlarken haklı olarak aşağıdaki görüşleri ifade etmiştir (bakınız *K. ve T. v. Finlandiya* [BD], no. 25702/94, § 140, ECHR 2001-VII):

“Mahkeme öncelikle, 43. maddenin üç paragrafının da Büyük Daire önüne getirilen meseleyi açıklamak için 'dava' ('l'affaire') terimini kullandığına dikkat çekecektir. Özellikle 43. maddenin 3. fıkrası, Büyük Daire'nin bir yargılama yoluyla 'davaya karar vermesi' - yani tüm dava olduğunu ve sadece 2. paragrafta bahsedilen 'ciddi sorun' veya 'ciddi mesele' olmadığını- belirtir. 43.maddenin ifadesi şunu açıkça ortaya koymaktadır: ‘Sözleşmenin veya Protokollerin yorumlanmasını veya uygulanmasını etkileyen ciddi bir sorunun veya genel öneme sahip ciddi bir sorunun’ (paragraf 2) varlığı, bir tarafın talebini kabul etmek için bir ön şart iken, kabulün sonucu, tüm 'davanın', yeni bir kararla (paragraf 3) yeniden karara bağlanmak üzere Büyük Daire'ye gönderilmesidir. Aynı "dava" ("l'affaire") terimi, bir Daire'nin kararlarının nihai hale geldiği koşulları tanımlayan Madde 44 § 2'de de kullanılmaktadır. Bir tarafın 43. madde uyarınca bir başvuru talebi kabul edilmişse, 44. madde ancak 43. maddenin 3. fıkrasında öngörülen Büyük Daire'nin yeni kararıyla değiştirilmek üzere Daire'nin tüm kararının iptal edileceği anlamına gelecek şekilde anlaşılabilir. Durum böyleyken, Büyük Daire'ye havale edilen 'dava', sadece başvurunun temelinde yatan ciddi 'sorun' veya 'meseleyi' değil, Daire tarafından daha önce kendi kararında incelenen başvurunun tüm yönlerini zorunlu olarak kapsamaktadır. Özetle, davanın Büyük Daire'ye sadece kısmen havale edilmesi için bir dayanak yoktur.”

Mahkeme aynı kararda (a.g., § 141) aşağıdaki ifadeyi eklemiştir:

"Mahkeme, açıklığa kavuşturmak adına, Büyük Daire'ye gönderilen 'davanın' kabul edilebilir olduğuna karar verildiği için başvuru olduğunu ekleyecektir (bakınız kıyasen, *İrlanda v. Birleşik Krallık*, 18 Ocak 1978 tarihli karar, Series A no. 25, sayfa 63, § 157). Bununla birlikte, bu, Büyük Daire'nin, uygun olduğu durumlarda, başvurunun kabul edilebilirliğine ilişkin konuları, normal Daire yargılamalarında mümkün olduğu şekilde, örneğin 35. maddenin 4. fıkrasına dayanarak (Mahkemeye "yargılamanın herhangi bir aşamasında ... kabul edilemez bulduğu herhangi bir başvuruyu reddetme" yetkisi verir) veya Sözleşmenin para cezası veya bu tür meselelerin esasla birleştirildiği veya esasa ilişkin başka bir şekilde ilgili olduğu durumlarda inceleyemeyeceği anlamına gelmez. "

Yukarıda alıntılanan açıklamayı kabul etmek zordur. Burada kullanılan temel argüman, 1998 tarihli 11 Numaralı Protokol'ün yürürlüğe girmesinden önce Komisyon ve Mahkeme önündeki yargılamalardaki uygulamadır, oysa bu reform, tüm sistemi tamamen yeniden şekillendirmiştir.

Benim görüşüme göre, bir tarafın 43. madde uyarınca sunduğu talep *davayla* ilgilidir. Ardından *davaya* Büyük Daire karar verir. "Dava" terimi, başvurunun sadece kabul edilebilir olduğu belirtilen kısmını değil, tüm davayı ifade eder. Talebin kapsamına ilişkin herhangi bir sınırlama yoktur. Ayrıca, "Sözleşmenin yorumlanmasını veya uygulanmasını etkileyen ciddi sorun" veya "genel öneme sahip ciddi sorun", kabul edilmez ilan edilen şikâyetler bağlamında ortaya çıkabilir. Bu nedenle, 43. madde uyarınca yapılan talebin kabulü, kararın sadece davanın esasına karar veren kısmının değil, Daire kararının tamamının iptal edildiği anlamına gelmelidir. Daire kararını biri dokunulmaz olan, diğeri bozulmuş olan iki kısma ayırmak için hiçbir gerekçe yoktur.

Daire tarafından kabul edilemez bulunan şikâyetler Büyük Daire tarafından incelenmek üzere kabul edilirse, Mahkeme'nin görevini tanımlayan 19. madde ("Yüksek Sözleşmeciler Taraflarca Sözleşme ve Protokollerinde üstlenilen görevlere uyulmasını sağlamak için") daha iyi gözetilecektir.

Ayrıca Daire tarafından benimsenen yaklaşım, tüm tarafların eşit haklara sahip olması ilkesinin ihlali olarak görülebilir. Bir davanın Büyük Daire'ye sevk edilmesini talep eden bir Hükümet, kabul edilemez ilan edilen şikâyetlerin esas itibarıyla incelenmesi riskiyle karşı karşıya değildir, oysa başvuru, Daire tarafından kabul edilebilir ilan edilen şikâyetlerin Büyük Daire tarafından kabul edilemez ilan edilmesi riskiyle karşı karşıyadır.

Mahkeme'nin Komite veya Daire kararlarının ne zaman kesinleşeceğini belirleyen Sözleşme ve Mahkeme İç Tüzüğü'nün hükümlerine dikkat etmek de önemlidir. İlk olarak, Sözleşme'nin 44. maddesi, "Daire veya Büyük Daire kararlarının" (bir davanın kabul edilebilirliği ve esasına ilişkin *ergo* kararlar) ne zaman kesinleştiğini kesin olarak belirler. İkinci olarak, Mahkeme İç Tüzüğü bir kararın nihai hale geleceği koşulları belirlerken, bunu açıkça yapar. Özellikle, tek yargıç ve Komite yargısal işlemlerine ilişkin olarak, İçtüzüğün 52A maddesinin 1. fıkrası ve 53. maddesinin 4. fıkrasının 1. bendi, Sözleşme'nin 27. maddesi kapsamındaki kararların ve Sözleşme'nin 28. maddesi kapsamındaki kararların nihai olduğunu belirtir. Daire yargılamalarını ele alırken, İçtüzüğün 54. maddesinin 3. fıkrasının, 1. ve 2. cümleleri açıkça şunu öngörmektedir:

"Bölüm Başkanı, bu maddenin 2 (b) bendi kapsamındaki yetkilerini kullanırken, tek yargıç olarak yer alıp, başvurunun bir bölümünün kabul edilemez olduğuna ya da başvurunun bir bölümünün Mahkeme'nin dava listesinden düşürülmesine karar verebilir. Bu karar nihaidir."

Daire kararlarına ilişkin benzer hükümler söz konusu değildir. Bu, Daire kararlarının bazı şikâyetleri kabul edilemez ilan eden kısımlarının, davanın Büyük Daire'ye gönderilmesi halinde kesinleşmemesi gerektiği görüşünü destekleyen bir başka argümandır.

Bu nedenle lafzi, sistemik ve teleolojik yorumların hepsi aynı yönü işaret etmektedir: Büyük Daire önündeki davanın kapsamı, Daire tarafından kabul edilebilir ilan edilen şikâyetlere indirgenmemelidir.

3. Mevcut davadaki gerekçelendirme, başvuruçunun milletvekili olarak statüsünü vurgulamaktadır (bakınız kararın 242 ila 245. paragrafları). Hiç şüphe yok ki, Meclis, milletvekilliği dokunulmazlıkları ve üyelerine tanınan

diğer ayrıcalıklarla korunmalıdır, çünkü meclisteki muhalefet üyeleri yetkililer tarafından diğer kişilere göre çok daha sık hedef alınabilir ve ayrıca konuşmaları, ne temel anayasal haklar ne de Sözleşme hakları tarafından korunan resmi konuşma kategorisine girebilir (bakınız *Makraduli v. Eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti*, no. 64659/11 ve 24133/13, 19 Temmuz 2018 davasındaki karara ekli mutabık görüşüm).

Aynı zamanda, siyasi dokunulmazlıklar ve diğer ayrıcalıklar bireysel haklar değildir. Milletvekillerinin özel çıkarlarını değil, her zaman kamu çıkarlarını korurlar. Kendini gerçekleştirme işlevini değil meclis işlevini korurlar. Bu nedenle yasama organı, dokunulmazlığın efendisidir ve uygun gördüğü takdirde yasayla belirlenen usullere uygun olarak onu kaldırabilir. A. Esmein'in klasik ders kitabında açıkladığı gibi:

"Buradaki çalışmamızın odak noktası olan yasama dokunulmazlıkları, milletvekillerine verilen gerçek lütufların görüntüsünü alıyor, ancak gerçekte bu onların doğasından değildir. Bunlar yalnızca, kendilerinden yararlananların ait olduğu Meclisin çıkarları ve bu Meclisin temsil ettiği ulusun çıkarları için var olurlar. Amaçları Meclis'in bağımsızlığını ve serbestçe işlemesini sağlamaktır; kamu yararına kururlar ve herhangi bir özel çıkar gözetmezler. " (A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Librairie de la société du Recueil Sirey, Paris, 1914, 6th ed., p. 953)

Ayrıca, “resmi olmayan” konuşmanın içeriği üzerindeki sınırlar tüm bireyler için aynı olmalıdır. Bu nedenle, başvuru milletvekili olmasaydı, mevcut davanın sonucunun tamamen aynı olması gerektiğinin altını çizmek önemlidir. Bugün artık milletvekili olmaması, Sözleşme uyarınca hak sahibi olarak statüsünü değiştirmez.

Yeri gelmişken Büyük Daire'nin paragraf 384'te önceki içtihadta ifade edilen aşağıdaki görüşü onayladığını not ediyorum (vurgu eklendi):

“İfade özgürlüğü herkes için önemliyken, özellikle seçilmiş bir halk temsilcisi için daha da önemlidir. **Seçmenini** temsil etmektedir, meşguliyetlerine dikkat çekmektedir ve çıkarlarını savunmaktadır... (bakınız yukarıda anılan *Castells*, § 42). ”

Yasama görevine ilişkin bu vizyon çok sorunludur. Türkiye Anayasası 80. maddede bunun tam tersini söylemektedir:

“Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, seçildikleri bölgeyi veya kendilerini seçenleri değil, bütün Milleti temsil ederler.”

Daha da önemlisi, Avrupa anayasal geleneğinde, milletvekilleri seçmenlerini değil ulusu veya halkı temsil etmektedir. A. Esmein, bu geleneği aşağıdaki terimlerle özetlemektedir:

“Temsilciler, yetkilerini hukuken, kendilerini seçen seçim çevresinden değil, bir bütün olarak ulustan alırlar. Doğrusu, egemenlik uygulamasına katılırlar. Ve egemenlik 'ulusa aittir; bırakın delege etmek şöyle dursun, insanların hiçbir bölümü ya da herhangi bir birey bunun kullanımını üstlenemez. Bu gerçek, daha sonra birçok anayasada tekrarlanan isabetli ifadelerle 1791 Anayasasına yansımıştır: ‘Bölgelerde seçilen temsilciler, belirli bir bölgenin değil, tüm ulusun temsilcileri olacak ve onlara hiçbir görev verilemez.’Buradan, seçilmiş bir milletvekili, kendi seçmenlerinin vekili olarak kabul edilemez.”(op. cit., p. 307)

Bu aynı zamanda, yasama görevinin özünün insanları veya milleti temsil etmekten ibaret olduğunu ve insan haklarının kişisel olarak kendini gerçekleştirme amacıyla veya bu hakların temelinde yatan özel çıkarları savunmak amacıyla kullanılmadığını göstermektedir.

4. Yine de, bu davada 10. maddenin geçerli olduğunu kabul ediyorum, çünkü bana göre, başvurunun konuşması resmi konuşma kategorisine girmemektedir (*Baka v. Macaristan* [BD], no. 20261/12, 23 Haziran 2016 ve *Szanyi v. Macaristan*, no. 35493/13, 8 Kasım 2016 davalarındaki kararlara eklenen muhalif görüşlerime bakınız).

Ulusal ceza yargılamalarının sonucunu beklemeden, iç hukukun yetersiz niteliğinden dolayı 10.maddenin ihlal edildiğini tespit etmenin bazı problemler ortaya çıkarmak anlamına gelmeyeceği sonucuna katılsam da ayrıca gerekçenin 271 ila 280. paragraflarında geliştirilen genel argüman satırlarına da katılıyorum. Aynı zamanda, 256-270. paragraflarda benimsenen yaklaşıma ilişkin ciddi çekincelerim var.

5. Milletvekillerinin dokunulmazlığına ilişkin olarak, Mahkemece ifade edilen görüş, 261. paragrafta belirtilmiştir:

“Başvurucu, Meclis çalışmaları sırasında benzer konuşmalar yaptığını ve bu nedenle söz konusu konuşmaların Anayasa'nın 83. maddesinin birinci fıkrası tarafından korunduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme, bu konuda öncelikle başvuruun suçlandığı ve tutuklanmasına neden olan konuşmaların Anayasa'nın 83. maddesinin birinci fıkrasında öngörüldüğü üzere meclis sorumluluğunda olup olmadığının belirlenmesinin ulusal makamların ve özellikle yerel mahkemelerin görevi olduğu kanaatindedir. Bu bağlamda Mahkeme, ulusal makamların herhangi bir yetkinin kötüye kullanılmasını önlemek için “adli bir inceleme yapma” usuli yükümlülüğü olduğunu yinelemektedir (bakınız yukarıda anılan *Karácsony ve diğerleri*, §§ 133-36 ve burada anılan kararlar).”

Başvurucunun bu konudaki iddiasının ne yerel mahkemeler ne de bu Mahkeme önünde yeterince kanıtlandığını not ediyorum. Özellikle, başvuru, Millet Meclisi'nin çalışmaları sırasında yaptığı önceki ifadelerinden sözlü alıntılarla iddialarını doğrulamamıştır. Yerel düzeydeki

savunmalarında, belirsiz bir şekilde “2008 ve 2016 yılları arasında yapmış olduğu konuşmalara” atıfta bulunmuştur (bakınız kararın 91. paragrafı). Bu nedenle, yetkililerin bu konuyu yeterince ele almadıkları görüşüne katılmak zordur.

6. Mevcut davada, başvurunun ifade özgürlüğüne müdahale, ceza kovuşturmasından ibarettir. Yasama dokunulmazlığının kaldırılması, başlı başına bir milletvekilinin ifade özgürlüğüne bir müdahale değildir. Bununla birlikte, ceza yargılamasının başlatılmasına imkân verdiği için, ihtilaf konusu müdahaleyle yakından bağlantılıdır ve onun ayrılmaz bir unsuru olarak görülebilir.

Mevcut dava, “kurucu iktidar” ile Sözleşme arasındaki ilişkiye ilişkin önemli konuları gündeme getirmektedir. Yasama organının her halükarda dokunulmazlığın efendisi olduğu iddiası Anayasa'nın geçici 20. maddesinin savunmasında ileri sürülebilirken, bununla birlikte, mevcut dava bağlamında bir anayasa kuralının uygulanmasını geçici olarak askıya alan bu hükmün hukuk devletinin hukuk üstü (pozitif üstü) standartlarıyla uzlaştırılmasının zor olduğu görüşüne katılıyorum ve bu bağlamda ifade edilen eleştirel değerlendirmelere katılıyorum. Aynı zamanda fikrimce, ihtilaf konusu anayasa reformlarını sanki kendileri de ifade özgürlüğünden "izole edilmiş" ve bağımsız bir müdahaleymiş gibi müdahaleden bir bütün olarak çıkarmaya çalışmak ve bunların Sözleşme'nin 10.maddesinin 2.fıkrası gereklerine uygunluğunu ayrı ayrı değerlendirmek sorunludur. Daha önemlisi, Mahkeme'nin bu değerlendirme amacıyla Türkiye Anayasası'ndan çıkardığı meşru beklentilerin niteliği ve kapsamı ve aynı zamanda bu amaç için uygulanan metodoloji sorgulanabilir. Çoğunluk, kararın 269. paragrafında aşağıdaki bakış açısını ifade etmektedir:

"Mahkeme'nin görüşüne göre, Türk yasama uygulamalarını ve geleneklerini göz önünde bulundurarak, bir milletvekili, görev süresi boyunca böyle bir prosedürün başlatılmasını ve dolayısıyla Millet Meclisi üyelerinin ifade özgürlüğünü zayıflatacağını makul olarak bekleyemezdi."

İtiraz edilen reformların Türk yasama usulünden ve geleneklerinden ayrıldığı görüşü temelsiz görünmemektedir ancak yukarıda alıntılanan mutlak iddia bundan çok daha öteye gitmekte ve kapsamlı bir gerekçelendirme gerektirmektedir. Türkiye anayasal sistemi hakkında böylesine güçlü bir açıklama yapmak için, ulusal yasama usullerini ve geleneğini, hukuki statü ve içeriğinden başlayarak, önceden ayrıntılı olarak incelemek gerekiyordu. Türk yasama usulünün ve geleneğinin, bu tür uygulama ve geleneklerin hukuk kaynağı olarak tanınan yazılı olmayan hukuk ilkeleriyle örtüşmediği ölçüde, yasal olarak korunan beklentilerin kaynağı olabileceğinden emin değilim. Bu nedenle, Türkiye'deki “kurucu

iktidar”ın kullanılmasına ilişkin ulusal hukuk sisteminde tanınan tüm yazılı ve yazılı olmayan anayasal sınırlamaların derinlemesine incelenmesi gerekliydi. Benimsenen yaklaşım çerçevesinde, yasama usulü ve geleneği Türkiye anayasa hukukunun kaynağı haline gelmektedir.

Mahkemece benimsenen görüş 270. paragrafta belirtilmiştir (vurgu eklendi):

“Mahkemenin içtihadı, öngörülebilirlik şartının, bireyin ilgili mevzuatın lafzından ve gerekirse mahkemelerin yorumunun yardımıyla, **hangi eylemler ve ihmaller onu cezai sorumluluk altına sokacağını** öğrenebileceği durumlarda sağlanacağını göstermektedir: (bkz. Güler ve Uğur, yukarıda anılan, § 50 ve Kudrevičius ve Diğerleri, yukarıda anılan, § 108). Mevcut davada, Anayasanın 83.maddesinin ilk iki fıkrasının lafzını ve bu hükmün ulusal mahkemelerce yorumlanmasını veya daha doğrusu eksikliğini göz önünde bulundurarak, Mahkeme, başvurucunun ifade özgürlüğünün kullanımına yönelik müdahalenin, öngörülebilirlik şartını karşılamadığı için 'kanunla öngörülmediğini', **siyasi bir bakış açısını savunurken, başvuru meşru olarak, siyasi konuşma ve anayasal usule ilişkin güvenceler için dokunulmazlığın korunmasını sağlayan yürürlükteki anayasal yasal çerçeveden yararlanmayı bekleyebileceğini** değerlendirmektedir (bakınız kıyasen, *Lykourazos v. Yunanistan*, no. 33554/03, §§ 54-56, ECHR 2006-VIII).”

Gerekçenin bu kısmı aşağıdaki çekinceleri tetiklemektedir. İlk olarak, gerekçelendirme, Mahkeme'nin içtihadının, bireyin ilgili mevzuatın lafzından ve gerekirse, mahkemelerin yorumlamasının yardımıyla, hangi eylemlerin ve kusurların onu cezai olarak sorumlu kılınacağını öğrenebildiği durumlarda öngörülebilirlik şartının yerine getirildiğini gösterdiğini çok doğru bir şekilde ileri sürmektedir. Hangi eylemlerin ve kusurların onu cezai açıdan sorumlu kıldığı, usul hukukuna ve kesinlikle usuli dokunulmazlığın kapsamına değil, maddi hukuka bağlıdır. Anayasa'nın geçici 20. maddesinin kabul edilmesi, başvurucuyu cezai sorumluluk altına alacak eylem ve kusurları değiştirmemiştir.

İkinci olarak, bununla bağlantılı olarak, yasama dokunulmazlığının usul hukuku düzleminde işlediğini not ediyorum. Özel usuli güvencelerden ve daha doğrusu, bir milletvekilini tutuklamak, sorgulamak, alıkoymak veya yargılamak için yetki alma gerekliliğinden oluşur. Bu usule ilişkin düzenlemelerin, asli meşru beklentilerin kaynağı ve ifade özgürlüğünün nasıl kullanılacağını planlanması için bir temel olabileceğine ikna olmadım. Bu bağlamda, Sözleşme'nin 7. maddesine ilişkin içtihat kapsamında usul kurallarının ilgili olduğunu ve cezanın ciddiyetini etkiledikleri ölçüde bu maddenin kapsamına girdiğini gözlemliyorum (bakınız *Scoppola v. İtalya (no. 2)* [BD], no. 10249/03, §§ 110-13, 17 Eylül 2009; *Coëme ve diğerleri v. Belçika*, no. 32492/96 ve diğer 4'ü, § 149,

ECHR 2000-VII; ve *Previti v. İtalya (kek.)*, no. 1845/08, §§ 79-85, 12 Şubat 2013).

Üçüncüsü, başvurucunun yasal olarak yürürlükteki anayasal hukuki çerçeveden yararlanmayı meşru bir şekilde bekleyebileceğine ikna olmadım. Başlangıç noktası, *kurucu iktidarın* egemen olduğu ve herhangi bir zamanda anayasal değişiklikler getirebileceği varsayımıdır. Hukukun üstünlüğüne uygun olarak yapılan anayasa değişiklikleri öngörülebilirlik şartını nadiren karşılar. Anayasa, anayasal düzenin değişmeyeceği beklentisine temel oluşturamaz. Anayasa, ancak anayasaya aykırı değişikliklerin kabul edilmeyeceğine dair meşru bir beklentinin temeli olabilir. Bu iki beklenti aynı değildir.

Dördüncü olarak, meşru özel beklentiler esas olarak özel çıkarları koruyan yasal kurallara dayanır. Kamu çıkarlarını koruyan yasal kurallar sürekli olarak değerlendirilmeli ve yeniden değerlendirilmelidir ve bu çıkarları daha iyi korumak için ayarlanabilir. Beklentilerini kamu yararı kurallarına dayandıran bireyler bu özelliği dikkate almalıdır. Bu nedenle, kamu yararı hukuk kurallarına dayanan özel beklentilerin meşruiyeti, özel çıkarları koruyan yasal kurallara dayanan özel beklentilerden zorunlu olarak daha zayıftır. Bu, özellikle, Meclis'in işleyişini ve genel olarak anayasal demokrasiyi korumak için, milletvekillerinin kişisel tatminlerini sağlamak veya diğer özel menfaatlerini korumak için - yukarıda açıklandığı üzere - verilen usulle yasama dokunulmazlığına ilişkin kurallar için geçerlidir. Özel beklentilerini usuli yasam dokunulmazlığına dayandıran kişiler, bu nedenle, ilgili yasal kuralların değiştirilebileceği gerçeğini her zaman dikkate almalıdır.

Beşinci olarak, Mahkemenin uzun süredir devam eden ve yerleşik içtihadına göre, ulusal hukukun yorumlanması ulusal makamların meselesidir (bakınız, örneğin, *Cangı v. Türkiye*, no. 24973/15, § 42, 29 Ocak 2019). Bu ilke, ulusal hukuk tarafından korunan ve doğrudan genel hukuk kurallarından kaynaklanan meşru beklentilerin belirlenmesi için geçerlidir (bireysel eylemlerden veya bireysel bir vakadaki diğer eylemlerden veya kusurlardan kaynaklanan beklentilerden farklı olarak). Bu tür beklentilerin varlığının belirlenmesi, iç hukukun geniş kapsamlı bir yorumunu gerektirir. Bu nedenle Mahkeme, bu konuda herhangi bir bağımsız tespit yapmaktan kaçınmalıdır.

Ayrık görüşümün bu bölümünü bitirmek amacıyla: benimsenen yaklaşım, iç hukukun yorumlanması ve uygulanması alanına çok derinlemesine girmekte ve bunları büyük ölçüde özel çıkarların korunmasına yönlendirerek kamu yararına yönelik hukuk kurallarına yeni

bir amaç tahsis etmektedir. Yasama dokunulmazlıklarının özelleştirilmesini ve “insanlaştırılmasını” gerektirir.

Dahası, gerekçeyi doğru anladıysam, belirtilmemiş temel varsayım şudur: Sözleşme hakları kapsamındaki faaliyetlere yönelik bir iddianameye ilişkin usul kurallarında olumsuz bir değişiklik, öngörülebilirlik gerekliliğine uyması gereken bu haklara bir müdahaledir. Bu konu, gerekçede çok daha derin bir değerlendirmeyi hak etmektedir.

Bununla birlikte, Sözleşme'nin 10. maddesindeki temel sorun, Ceza Kanunu'nun 314. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında yatmaktadır. Bu hükümlerin net olmayan ifadeleri, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğini tespit etmek için yeterli bir nedendir. İhtilaf konusu anayasa reformları, mevcut davanın genel arka planının kesinlikle önemli bir unsurudur (özellikle 18. madde ile ilgili), ancak bunların olumsuz değerlendirmeleri, 10. maddenin ihlal edildiğini tespit etmek için ne yeterli ne de gerekli bir gerekçedir.

7. 369 ve 370. paragraflarda Büyük Daire, Daire tarafından ifade edilen aşağıdaki görüşe katılmaktadır:

“...Mahkeme, Temmuz 2016'da olağanüstü hal ilanının ardından Anayasa Mahkemesi'nin istisnai dava yükünü dikkate almayı gerekli görmektedir. ...

Yukarıdakilerin ışığında, Anayasa Mahkemesinin önündeki on üç ay ve dört günlük süre, olağan bir bağlamda 'hızlı' olarak nitelendirilemezse de, davanın özel koşullarında Mahkeme, Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrası ihlalinin olmadığı kanaatindedir.”

Temmuz 2016'da olağanüstü hal ilanından sonra Anayasa Mahkemesi'nin istisnai dava yükünün dikkate alınmasının gerekli olduğunu kabul ediyorum, ancak bence Anayasa Mahkemesi önündeki on üç ay ve dört günlük yargılamanın süresi Sözleşme ile uyumlu değildir. Yetkililer, tutuklama kararlarının hızlı bir şekilde gözden geçirilmesini sağlayan yasaları çıkararak derhal tepki vermeliydi. Örneğin, bu konudaki şikâyetleri incelemek için olağan mahkemeleri yetkilendirebilirlerdi.

Büyük Daire ayrıca aşağıdakileri de belirtir (bakınız kararın 366. paragrafı):

"*Mehmet Hasan Altan* (yukarıda anılan, § 159) ve *Şahin Alpay* kararlarında (yukarıda anılan, § 131), Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrasının Türkiye Anayasa Mahkemesi önündeki yargılamalara uygulanabilir olduğu zaten tespit edilmiştir."

Başvurucu gibi bir kişiyi bir yerel mahkemenin tutukladığı bir durumda Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrasının uygulanabilir olduğunu söylemek

daha doğru olacaktır. Yetkililer, Anayasa Mahkemesi'ne veya diğer mahkemelere erişim izni vererek, bu hükümle sağlanan garantileri yerine getirmek zorundadır. Türk hukukunda sağlanan hukuk yolu Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bir başvuru olduğundan, bu yerel mahkeme bu nedenle 5. maddenin 4. fıkrasında belirtilen süratlilik şartına uymalıdır.

8. Hüküm kısmının 14. maddesinde Mahkeme, davalı Devlet'in başvurusunun derhal salıverilmesini sağlamak için gerekli tüm önlemleri alması gerektiğine karar verir. Hüküm kısmının 14. maddesi gerekçenin 440-42. paragrafları ve özellikle 442. paragrafta yer alan aşağıdaki önemli ifade bağlamında okunmalıdır.

"Mevcut başvuru sahibi için, aynı olgusal bağlamla ilgili gerekçelerle tutukluluğunun devam etmesi, haklarının ihlalinin uzamasına ve davalı Devlet'in Sözleşme'nin 46. maddesinin 1. fıkrası uyarınca Mahkeme kararına uyma yükümlülüğünün ihlaline neden olacaktır."

Gerekçenin bu kısmı, bu nedenle hüküm kısmının 14. maddesinde örtük bir *beklenmeyen hal şartı* olduğunu açıklar: Davalı Devlet'in, başvurusunun derhal salıverilmesini sağlamak için gerekli tüm tedbirleri alma yükümlülüğü, başvurusunun tutukluluğunu haklı çıkarabilecek istisnai yeni gerekçeler göz ardı edilemeyeceği için mutlak değildir. Bir yandan, yetkililer, başvuru aleyhine yeni asılsız suçlamalar getirmeye çalışarak kararı engelleyemezler, öte yandan, mevcut karar, başvurucuya hakkında ceza yargılaması başlatılması ve tutuklu yargılanması için tam olarak haklı gerekçeler bulunsa bile, başvurucuya yargılamadan dokunulmazlık sağlandığı şeklinde yorumlanamaz. Bu nedenle, karar, değiştirilmiş bir olgusal bağlamla ilgili olarak -yetkililer tarafından usulüne uygun olarak doğrulanmış ve gerekçelendirilmiş- yeterli gerekçeye dayalı olarak tutukluluğu hariç tutmaz.

Ilgar Mammadov v. Azerbaijan (no. 15172/13, 22 Mayıs 2014) ve *Ilgar Mammadov v. Azerbaijan* (no. 2) (no. 919/15, 16 Kasım 2017) (bakınız *Ilgar Mammadov v. Azerbaijan* (ihlal davası) [BD], no. 15172/13, 29 Mayıs 2019, ekli mutabık görüşlerle) davalarında iki kararın gerektirdiği sorunları dikkate alarak Mahkeme haklı olarak, anlık kararın infazı için alınması gereken belirli önlemleri belirtmesi gerektiğini düşünmüştür. 440-42. paragraflardaki gerekçelendirmenin belirli unsurlarının yanı sıra tam ifadesine ilişkin çekincelerim olmasına rağmen, hükmün 14. maddesi lehine oy kullandım.

İlk olarak, yorumlayıcı tartışmalardan kaçınmak için, benim görüşüme göre, hüküm kısmının 14. maddesine bir *beklenmeyen hal şartının* dâhil edilmesi tercih edilebilirdi. Bazı önemli yorumlayıcı konuları bu nedenle hüküm kısmın ifadelerinde açıklığa kavuşturulabilirdi.

İkinci olarak, *beklenmeyen hal şartı*, benim görüşüme göre, tamamen makuldür ancak aynı zamanda yeterince kesin değildir. Sorun, 442. paragrafta bahsedilen ilgili "olgusal bağlamı" hangi unsurların tanımladığına dair ortaya çıkmaktadır. Dahası ve daha da önemlisi, başvurunun aynı olgusal bağlamla ilgili gerekçelerle tutukluluğunun devam etmesi, haklarının ihlalinin uzatılmasını değil, aynı zamanda, başvurunun haklarının ihlaline ilişkin farklı bir olgusal bağlamla ilgili gerekçelerle açıkça haksız tutukluluk da böyle bir ihlali beraberinde getirecektir.

Üçüncüsü, tutukluluğun mevcut karara aykırı olarak devam edip etmediği sorusu, zor olgusal ve hukuki meseleler ortaya çıkarabileceğinden, mesele, bağımsız ve tarafsız bir organ önündeki yargılamalarda, tercihen bu Mahkeme önündeki yargılamalarda, yargı sürecinin tüm garantileri ile karara bağlanmalıdır. Hem yerel hem de uluslararası düzeyde yargı bağımsızlığı garantilerinin kapsamına girdiği bir alanda yargı dışı organların müdahale riski, mevcut kararın infaz aşamasında son derece dikkatli olunmasını gerektirir (Yargıçlar Yudkivska, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek, Dedov, Motoc, Poláčeková ve Hüseyinov'un yukarıda belirtilen *Ilgar Mammadov* kararına ekli ortak mutabakat görüşüne bakınız (ihlal davası); ayrıca bakınız bu karara ekli mutabık görüşüm).

YARGIÇ CHANTURIA’NIN KISMEN MUHALEFET ŞERHİ

1. Çoğunluğunun, Anayasa Mahkemesi’nin başvurunun tutukluluk süresinin Anayasanın 19. maddesinin yedinci fıkrasına aykırı olduğu sonucuna vardığı 9 Haziran 2020 tarihli kararını kabul etmemesi kararına saygıyla katılmıyorum. Söz konusu kararında Anayasa Mahkemesi, başvurunun Sözleşme’nin 5. maddesinin 3. fıkrasıyla korunan hakkının esasının ihlal edildiğini kabul etmiş, tutukluluk halinin devamına neden olan kararların yetersiz gerekçeler içerdiğine hükmetmiştir. Bu durum, yerel makamların Sözleşme’nin ihlal edildiğini -açıkça yahut maddi anlamda- kabul ettiği ve buna göre başvuru lehine tazminata hükmettiği durumlarda başvurunun mağdur statüsünü kaybedeceğini öngören (bkz. *Eckle v. Almanya*, 15 Temmuz 1982, § 66, Seri A no. 51) yerleşik içtihadı (bakınız kararın 218. paragrafı) ile uyumludur.

2. Ancak bir kişinin sırf ilgili Devlet Sözleşme’nin ihlal edildiğini kabul ettiği için mağdur statüsünü kaybetmeyeceği açıktır. Mahkeme’nin inceleme alanına giren ikinci nokta ise, söz konusu davada Anayasa Mahkemesinin kararının başvurucuya uygun ve yeterli bir giderim sağlayıp sağlamadığıdır. Mahkeme’nin içtihadı uyarınca, ulusal makamların başvurucuya bir tazminat ödediği durumlarda Mahkeme, tazminatın miktarını incelemelidir. İnceleme altındaki miktarın söz konusu dava koşullarında açıkça yetersiz olmaması gerekmektedir (bakınız *Žubor v. Slovakya*, no. 7711/06, § 63, 6 Aralık 2011). Başvurucuya manevi hasarlar nedeniyle 50.000€ (yaklaşık 6.500 Euro), yargılama giderleri içinse 4.436,30€ (yaklaşık 575 Euro) ödenmesine karar verilmiştir ve bu miktar orantısız olarak görülemez.

3. Söz konusu davada, ilgili içtihadta geliştirilen iki ön koşul da sağlanmıştır. Mahkeme’nin ikincilik ilkesinin ve yerel mahkemelerle yargısal diyalogun öneminin altını çizdiği içtihatlarının farkında olan çoğunluk neden Anayasa Mahkemesi’nin bu önemli bulgularını kabul etmesin? Uluslararası yargısal işbirliğinin önemli prensipleri görmezden gelinerek ulusal mahkemelere nasıl bir mesaj gönderilmektedir? Bu gibi bir durumda yerel mahkemeler daha fazla ne yapabilirdi? Anayasa Mahkemesi’nin Sözleşme’nin 5. maddesinin 3. fıkrasıyla korunan hakkın ihlal edildiği kararını kabul etmediği çoğunluk sonucu (bkz. kararın 222. paragrafı) gerçeği yansıtmamaktadır. Ulusal makamların Sözleşme’nin herhangi bir şekilde ihlal edilmesi halinde bunu giderme yükümlülüğü, başvurunun Sözleşme’nin 5. maddesinin 3. fıkrası altındaki şikâyeti bakımından sağlanmıştır.

YARGIÇ YÜKSEL'İN YARGIÇ PACZOLAY'IN KATILDIĞI KISMİ MUHALEFET ŞERHİ

SÖZLEŞME'NİN 5. MADDESİNİN 3. FIKRASI KAPSAMINDAKİ ŞİKAYETE İLİŞKİN

1. Başvurucunun Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrası uyarınca mağdur statüsüne ilişkin çoğunluğa saygıyla katılmıyorum. Mevcut davada, başvurucunun artık bu hükmün ihlalinin mağduru olduğunu iddia edemeyeceği görüşündeyim.

2. Başvurucu, Mahkeme huzurunda, kendisinin ilk ve devam eden tutukluluğuna hükmeden adli kararların, kanunda öngörülen tutuklu yargılama gerekçelerine atıfta bulunmaktan başka hiçbir neden içermediğini ve soyut, matbu ve basmakalıp gerekçelerle ifade edildiğini ileri sürmüştür. İkinci başvurusunda, Anayasa Mahkemesi, 9 Haziran 2020 tarihinde, ulusal mahkemelerin kararlarına ilişkin yeterli gerekçeler sunmadıkları gerekçesiyle, Türkiye Anayasası'nın 19. maddesinin (Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrasına eşdeğer hüküm) ihlal edildiğine hükmetmiştir. Anayasa Mahkemesi ayrıca, yerel mahkemelerin ilgili çatışan menfaatleri yani (i) ceza yargılaması bağlamında başvurucunun tutukluluğunun uzatılmasındaki kamu yararı ve (ii) milletvekili ve bir siyasi partinin eş genel başkanı olarak Meclis'in yasama faaliyetlerine katılma hakkı gibi hakları tartamadığına karar vermiştir. Başvurucunun özgürlük hakkı ile bir politikacı olarak hakları arasında bir denge kurması, Anayasa Mahkemesi'nin başvurucunun tutukluluk süresinin uzunluğuna ilişkin değerlendirmesinin bir parçasını oluşturmuştur.

3. Unutulmamalıdır ki, Anayasa Mahkemesi, başvurucunun ilk tutukluluğuna ilişkin ilk kararında zaten hüküm vermiş ve Anayasa'ya uygun bulmuştur. Bu bağlamda, Daire'nin, başvurucunun Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının c bendi kapsamındaki şikâyeti ile ilgili olarak aynı sonuca vardığını tekrarlamak isterim. İkinci kararında, başvurucunun ilk tutukluluk kararını tekrar incelemesi talep edilmeyen Anayasa Mahkemesi, tutukluluğun devamına hükmeden kararları incelemiştir. Benim görüşüme göre, Anayasa Mahkemesi'nin başvurucunun tutukluluğunun devamına ilişkin kararlarda verilen gerekçelerin tutukluluk süresini haklı çıkarmak için yeterli olmadığına dayanarak bir ihlal tespit ettiği ikinci kararı, başvurucunun Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrası kapsamındaki haklarının en azından özü itibarıyla ihlal edildiğinin kabul edildiğini göstermektedir.

4. Bu nedenle Mahkeme, Anayasa Mahkemesi kararının başvurucuya uygun ve yeterli telafi sağlayıp sağlamadığını belirlemek zorunda kalmıştır.

Bu bağlamda, Mahkeme'nin içtihadına göre, ulusal makamların tespit edilen ihlal için başvurucuya tazminata hükmetmesi halinde, Mahkeme kararın miktarını incelemelidir (bakınız *Hebat Aslan ve Firas Aslan v. Türkiye*, no. 15048/09, § 44, 28 Ekim 2014). Bunu yaparken Mahkeme, benzer davalardaki kendi uygulamalarını dikkate alacak ve sahip olduğu esasa dayanarak, karşılaştırılabilir bir durumda neye karar vereceğini değerlendirecektir, ancak bu, iki miktarın mutlaka karşılık gelmesi gerektiği anlamına gelmez. Ayrıca, Sözleşme'de belirtilen hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmasının öncelikle bu makamlara ait olduğu dikkate alındığında (bakınız *Vedat Doğru v. Türkiye*, no. 2469/10, § 40, 5 Nisan 2016) seçilen çözüm türü ve ulusal makamların söz konusu tazminatı sağlama hızı da dâhil olmak üzere, davanın koşullarını bir bütün olarak dikkate alacaktır. Bununla birlikte, ulusal düzeyde hükmedilen meblağ, incelenen davanın koşullarında açıkça yetersiz olmamalıdır (bakınız *Žúbor v. Slovakia*, no. 7711/06, § 63, 6 Aralık 2011). Mevcut davada, Anayasa Mahkemesi, ihlal tespitine dayanarak, başvurucuya manevi tazminat olarak 50.000 Türk Lirası (TRY - söz konusu tarihte yaklaşık 6.500 Euro (EUR)), masraf ve giderler için 4.436,30 TL (söz konusu tarihte yaklaşık 575 Euro) ödenmesine karar vermiştir. Bu miktarların yetersiz ve orantısız sayılamayacağını düşünüyorum. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi'nin 9 Haziran 2020 tarihli kararının ona uygun ve yeterli tazminat sağlamadığını iddia etmekte zorlanıyorum.

5. Yukarıdakiler ışığında ve Sözleşme'nin kalbinde yatan ikincilik ilkesinin önemi göz önüne alındığında, benim kanaatim, başvurucunun artık Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrasının ihlalinin mağduru olduğunu iddia edemeyeceğidir.

SÖZLEŞME'NİN 46. MADDESİNE İLİŞKİN

6. Sözleşme'nin 46. maddesi kapsamındaki temel gerekçenin, esasen başvurucunun 20 Eylül 2019 tarihinde emredilen ikinci tutukluluğunun hem olgusal hem de hukuki gerekçelerinin, başvurucunun derhal salıverilmesi güvence altına alınmalıdır sonucuyla birlikte incelenmesi anlamına geldiğini not ediyorum. Çoğunluğun (i) yerel mahkemelerde bekleyen, (ii) taraflar arasında ihtilaflı olan ve (iii) davanın kapsamına girmeyen hukuki bir soruyu temel alan oldukça alışılmışın dışında bir değerlendirmeye dayanarak davalı Devlet'i başvurucuyu derhal salıverilmesini sağlamaya davet ettiği Sözleşme'nin 46. maddesinin uygulanmasına saygıyla katılmıyorum ve karşı oy kullanıyorum.

7. Başvurucunun ikinci tutukluluk kararı konusu, şu anda Anayasa Mahkemesi önünde bekleyen başka bir bireysel başvurunun konusudur (bakınız kararın 128. paragrafı). Bu nedenle, doğru hareket tarzı, ikincilik

ilkesine uygun olarak yerel mahkemelerin yetkisine saygı göstermek olacaktır. Bunu yapmayı reddetmek, ne yazık ki, sadece Anayasa Mahkemesi önündeki yargılamalara hanel getirmekle kalmayıp, aynı zamanda Mahkeme'yi ikinci tutukluluk kararının olgusal temelini tespit etmede savcı konumuna getirme riskini de taşıyabilir. Böyle bir yaklaşımdan kaçınılmalıydı.

8. Hem başlangıç hem de mevcut tutukluluk kararlarının, başvuru aleyhine aynı olgulardan kaynaklanan aynı suçlamaları içeren aynı ceza yargılamalarına ilişkin olduğu tespit edilmemiştir (bakınız, aksine, *İlgar Mammadov v. Azerbaycan* (no. 2), no. 919/15, § 203, 16 Kasım 2017). İki tutuklama emrinin, yani mevcut başvuruyu doğuran ilk tutuklama kararının ve 20 Eylül 2019 tarihinde çıkarılan ikinci tutuklama kararının altında yatan gerçeklerin aynı olduğu varsayımına dayanarak, Sözleşme'nin 46. maddesi uyarınca bir değerlendirme yaparken çoğunluğun görüşünü paylaşamam. Karardan da görülebileceği gibi, iki tutuklama emrinin konusunu oluşturan suçlar aslında farklıdır (bakınız kararın 70 ve 116. paragrafları). İki tutuklama emrinin altında yatan 6-8 Ekim 2014 olayları gibi olgusal gerekçelerde belirli bir örtüşme olabileceği gerçeği, bunların aynı gerçeklerden dolayı çıkarıldığı sonucuna varmak için yeterli değildir. Nitekim bu konu taraflar arasında oldukça tartışmalıydı.

9. Ayrıca, başvuruicunun ikinci tutukluluğunun Büyük Daire önündeki davanın bir parçası olduğunu kabul etmekte güçlü tereddütlerim var. Bildiğim kadarıyla bu, bir başvuruicunun salıverilmesinin Büyük Daire'nin ihlal bulduğu bir şikâyeteye dayanılarak değil, ancak Sözleşme'nin 18. maddesi kapsamındaki diğer olgusal konularla birlikte dikkate alınan olgusal bir mesele temelinde ele alınan olgusal bir mesele temelinde tavsiye edildiği ilk Büyük Daire davasıdır. Diğer bir deyişle, Büyük Daire'den başvuruicunun ikinci tutukluluğunu incelemesi talep edilmediği göz önüne alındığında, Sözleşme'nin 46. maddesi uyarınca çoğunluğun vardığı sonucun, mevcut olduğu tespit edilen bir ihlale son vermeyi amaçladığı görülmemektedir. Sözleşme'nin 5. maddesinin bakış açısı, tekrar ediyorum, Anayasa Mahkemesi önünde bekleyen bir sorudur. Nitekim, Mahkeme'nin Sözleşme'nin 46. maddesi uyarınca bir başvuruicunun serbest bırakılması gerektiğini belirttiği Büyük Daire davalarının incelenmesi, *Del Río Prada v. İspanya* ([BD], no. 42750/09, §§ 138-39, ECHR 2013), *İlaşcu ve diğerleri v. Moldova ve Rusya* ([BD], no. 48787/99, § 490 , ECHR 2004-VII) ve *Assanidze v. Gürcistan* ([BD], no. 71503/01, §§ 202-03, ECHR 2004 II) gibi tüm bu kararlarda başvuruicuların serbest bırakılacağına dair gösterge, Mahkeme'nin ihlal bulduğu bir şikâyeteye dayanmaktadır (ayrıca bakınız Daire kararlarıyla ilgili olarak, *Aleksanyan v. Rusya*, no. 46468/06, §§ 239-40, 22 Aralık 2008, *Fatullayev v. Azerbaycan*, no. 40984/07, §§ 176-77, 22 Nisan 2010 ve *Şahin Alpay v. Türkiye*, no. 16538/17, §§ 193-95, 20 Mart

2018). Mevcut davada, başvurucunun Eylül 2019'da emredilen ikinci tutukluluğu, ihlal tespit edilen şikâyetler arasında yer almamaktadır.

10. Yukarıdaki bilgiler ışığında, mevcut davada Sözleşme'nin 46. maddesinin uygulanmasına karşı oy kullandım.

YÜKSEL YARGIÇ YÜKSEL'İN KISMEN MUTABIK VE KISMEN MUHALEFET ŞERHİ

Başvurucunun Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrası ve Sözleşme'ye Ek 1 Numaralı Protokol'ün 3. maddesi kapsamındaki şikâyetleri ile ilgili olduğu ölçüde, mevcut davadaki kararın bulgularına katılıyorum. Ancak, Sözleşmenin 5. maddesinin 1. ve 3. fıkralarının ve 10. ve 18. maddelerinin ihlal edildiğine dair çoğunluğun görüşünü paylaşmıyorum.

Bununla birlikte, çoğunluğun Sözleşme'ye Ek 1 Numaralı Protokol'ün 3. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ilişkin görüşünü paylaşırken, bu hüküm kapsamında ileri sürdükleri bazı argümanlara katılmıyorum.

I. SÖZLEŞME'NİN 10. MADDESİNE YÖNELİK ŞİKAYETE İLİŞKİN

1. Mevcut davada, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiği sonucuna vararak, Büyük Daire, yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin 20 Mayıs 2016 tarihli anayasa değişikliğinin öngörülebilirliğini ve Türk Ceza Kanunu'nun silahlı terör örgütünü yönetme ve/veya örgüte üye olmaya ilişkin 314. maddesinin 1. ve 2. fıkralarının hukuka uygunluğunu başvurunun davasının özel koşullarında uygulandığı gibi incelemeyi tercih etmiştir. Çoğunluğun görüşüne göre, Anayasa değişikliğinin ve Türk Ceza Kanunu'nun 314. maddesinin 1. ve 2. fıkralarının yorumlandığı ve uygulandığı şekliyle Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamındaki kanun niteliği şartını taşınamaması nedeniyle başvurunun ifade özgürlüğüne müdahale kanunla öngörülmemiştir. Aşağıdaki nedenlerden dolayı bu noktada çoğunluğa saygıyla katılmıyorum.

2. Mevcut davada gözlemlenen müdahalenin kanunla öngörüldüğüne ve dolayısıyla hukuka uygunluk şartını karşıladığına inanıyorum (hukuka uygunluk konusunda Sözleşme'nin 5. ve 10. maddeleri arasındaki etkileşim için *Ragıp Zarakolu v. Türkiye*, no. 15064/12, 15 Eylül 2020 davasındaki muhalif görüşüme bakınız). Bu nedenle, mevcut davadaki müdahale, aşağıda detaylandıracağım nedenlerden dolayı, Sözleşme'nin 10. maddesi anlamında gereklilik testi uygulanarak incelenmiştir (bakınız bu bağlamda, *Mehmet Hasan Altan v. Türkiye*, no. 13237/17, §§ 202 14, 20 Mart 2018; *Steel ve diğerleri v. Birleşik Krallık*, 23 Eylül 1998, § 110, *Reports of Judgments and Decisions* 1998 VII; ve *Kandzhov v. Bulgaristan*, no. 68294/01, § 73, 6 Kasım 2008).

3. Mahkeme'nin yerleşik içtihadına göre, bir kural, kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı bir önlem sağladığında "öngörülebilir"dir (bakınız, diğer kararların yanı sıra, *Centro Europa 7 S.r.l. ve Di Stefano v.*

İtalya [BD], no. 38433/09, § 143, ECHR 2012). Ayrıca, kişilerin davranışlarını düzenlemelerini sağlamak için yeterli hassasiyetle bir norm formüle edilmelidir. Aslında, bireylerin, belirli bir eylemin yol açabileceği sonuçları makul ölçüde öngörmesi gerekir (bakınız diğer kararlar arasında, *Karácsony ve Diğerleri v. Macaristan* [BD], no. 42461/13 ve 44357/13, § 124, 17 Mayıs 2016; *Delfi AS v. Estonya* [BD], no. 64569/09, § 121, ECHR 2015; ve *Centro Europa 7 Srl ve Di Stefano*, yukarıda anılan, § 141). Öngörülebilirlik, bir normun uygulanmasına ilişkin tüm prosedürlerin norm metninde yer almasını gerektirmez (bakınız *Magyar Kétfarkú Kutya Párt v. Macaristan* [BD], no. 201/17, § 94, 20 Ocak 2020).

4. Bu durum Sözleşme'nin 34. maddesi uyarınca getirilen bireysel bir başvuruyu incelerken Mahkeme'nin görevinin, özet olarak iç hukuku incelemek değil, başvurucuya uygulanma şeklinin Sözleşme'nin ihlaline yol açıp açmadığını belirlemek (a.g., § 96) olması son derece önemlidir. Benim görüşüme göre, Büyük Daire, Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamındaki “kanunla öngörülme” şartına ilişkin genel ilkeleri anlamlı bir şekilde belirlemesine rağmen bu ilkelere dayanan değerlendirmesi, anayasa değişikliğinin ve Türk Ceza Kanunu'nun 314. maddesinin 1. ve 2. fıkralarının soyut bir incelemesi gibi görünmektedir ve bu nedenle yerleşik içtihadımıza aykırıdır.

5. Yukarıdakiler ışığında, aşağıdaki noktaları ele alacağım: (i) anayasa değişikliğinin öngörülebilirliği, (ii) başvurucunun davasında yorumlandığı ve uygulandığı şekliyle Türk Ceza Kanunun 314. maddesinin 1. ve 2. fıkralarının “kanunun niteliği” şartını karşılayıp karşılamadığı sorusu ve (iii) başvurucunun Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamındaki haklarına yapılan müdahalenin haklı olup olmadığı sorusu.

(i) Anayasa değişikliği ile ilgili olarak, ilk olarak Daire'nin 20 Kasım 2018 tarihli kararında, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrası kapsamında da olsa, halihazırda incelemiş olduğunu yinelemek isterim, başvurucunun anayasa değişikliğinin “kanun niteliği” gerekliliğini karşılamadığına dair şikâyeti, açıkça dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle kabul edilemez olduğu beyan etmiştir. Ayrıca, söz konusu anayasa değişikliğinin, muhalefet partilerine mensup milletvekilleri de dâhil olmak üzere Meclis'te geniş bir mutabakat temelinde kabul edildiğinin altını çizmek isterim. Anayasa değişikliğinin özü hakkında ön yargıda bulunmadan ve tartışmaya girmeden, Anayasa'nın kurucu gücün önemini vurgulayan 175. maddesi uyarınca kabul edilen meşru bir anayasa değişikliği olduğu ileri sürülebilir. Değişikliğin ilgili anayasa ve meclis prosedürlerine aykırı olarak yapıldığına dair herhangi bir adli bulgu olmadığı görülmektedir.

6. Büyük Daire'nin anayasa değişikliğine ilişkin incelemesinin iki sütuna dayandığı görülmektedir. İlk olarak, çoğunluk, yerel mahkemelerin başvurusunun konuşmalarının Anayasa'nın 83. maddesinin birinci fıkrası kapsamında olup olmadığını, başka bir deyişle, yerel mahkemelerin başvurusunun ifadelerinin Anayasa'nın 83. maddesinin 1. fıkrasına girip girmediğini incelememesinin hatalı olup olmadığını incelemeyi gerekçe göstermeden reddettiğine karar vermiştir.¹ İkinci olarak, çoğunluk, anayasa değişikliğinin başvurusunu 83. maddenin 2. fıkrasının sağladığı korumadan mahrum bırakma etkisine sahip olduğu sonucuna varmıştır.

7. Başvurucunun konuşmalarının içeriğiyle ayrılmaz bir şekilde bağlantılı olduğunu düşündüğüm ilk noktaya gelince, yerel yargı makamlarının, yani savcılar ve hâkimlerin, başvurusunun Anayasa'nın 83. maddesinin 1. fıkrası uyarınca yasama dokunulmazlığı korumasından yararlanamayacağını dolaylı olarak değerlendirdiklerinin altını çizmek zorundayım. Benim görüşüme göre, yerel mahkemelerin Türk hukukunu ve uygulamalarını göz ardı ettiğine karar vermek için bir dayanak oluşturabilecek hiçbir unsur yoktur.

8. İkinci nokta ile ilgili olarak, yani 20 Mayıs 2016 tarihli anayasa değişikliğinin başvurusunu kendisine sağlanan korumadan yoksun bırakma etkisinin olup olmadığına ilişkin, sorumsuzluk ve dokunulmazlığın tanımını ve genel kavramlarını daraltmadığını veya değiştirmediklerini belirtmek isterim. Anayasa değişikliği sadece, kabul edildiği tarihe kadar Meclis'e hakkında fezleke sunulmuş olan milletvekillerinin dokunulmazlıklarının kaldırılmasına ilişkin prosedürü değiştirmiştir (kararın 137. paragrafına bakınız). Böylelikle, milletvekillerinin dokunulmazlıklarının kaldırılmasına ilişkin usuli güvencelerinin kapsamını etkin bir şekilde değiştirmiştir. Bu gerçek çoğunluk tarafından kabul edilse de, kararın 268. paragrafı, "değişikliğin ilgili milletvekilleri için öngörülemez bir durum yarattığı" sonucuna varmak için buna dayanmaktadır. Anayasa değişikliğinin öngörülebilirliği perspektifinden başvurusunun belirli usule ilişkin güvencelerden yararlanamamasını ele alırken çoğunluğun yaklaşımını saygıyla paylaşıyorum. Bu güvencelerin Sözleşmeye uygunluğu ile anayasa değişikliğinin öngörülebilirliği arasında bir ayrım yapılmalıdır.

9. Çoğunluk, anayasa değişikliği olmasa bile başvurusunun hala Anayasa'nın 83. maddesi uyarınca yargılanıp yargılanamayacağı konusunda yeterince değerlendirme yapmamış görünmektedir. Aslında

¹ Anayasa'nın 83. maddesinin 1.fıkrası: "Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, Mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden, o oturumdaki Başkanlık Divanının teklifi üzerine Meclisçe başka bir karar alınmadıkça bunları Meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamazlar."

milletvekillerinin sorumsuzluk ve dokunulmazlığına ilişkin hükümler hala yürürlüktedir.

10. Bir anayasa değişikliğinin öngörülebilirliğinin sıradan hukukla aynı şekilde düşünülebileceğine dair derin tereddütlerim olsa da, anladığım kadarıyla yukarıda belirtilen içtihat kriterlerini gereğince dikkate almadan anayasa değişikliklerinin öngörülebilirliğinden bahsetmek imkânsız değilse de zordur. Bu bağlamda, yerel mahkemelerin başvurucunun konuşmalarının Anayasa'nın 83. maddesinin 1. fıkrası uyarınca korunup korunmadığını incelemekte başarısız olması ile anayasa değişikliğinin öngörülebilirliği arasında nedensel bir bağlantı olduğunu ayırt etmek de aynı derecede zordur. Anayasa değişikliğinden sonra meydana gelen bir gelişmenin - yani yerel mahkemelerin başvurucunun iddialarını Anayasa'nın 83. maddesinin 1.fıkrası uyarınca incelemeyeceği iddiası- bunun öngörülebilirliği üzerinde etkili olabileceği konusunda hemfikir değilim.

11. Bu şartlar altında, çoğunluğun anayasa değişikliklerinin öngörülebilirliği ile ilgili incelemelerinde Mahkeme'nin eşliğini düşüren görüşünü saygı duyarak kabul edemiyorum.

(ii) Başvurucunun davasında terörle ilgili suçları düzenleyen hükümlerin yorumlanması ve uygulanmasının “kanun niteliği” şartını karşılayıp karşılamadığı sorusuna ilişkin olarak, dava dosyasından, başvurucunun Büyük Daire huzurunda 10. maddeye ilişkin şikâyetini açıkça ileri sürmediği anlaşılmaktadır. Bu nedenle, bu sorunun ayrı olarak incelenmesinin başvurucunun beyanlarına göre haklı olduğunu düşünmüyorum.

12. Çoğunluğun, kararın 275. paragrafında “terörü önleme ve terörle mücadele kanunlarını formüle etme ile bağlantılı zorlukların farkında olduklarını ve Üye Devletler'in, kaçınılmaz olarak, uygulaması yargı makamları tarafından pratik yorumuna bağlı olan bir şekilde genel ifadelere başvurabileceğini” vurgulaması doğrudur. Ancak çoğunluğun mevcut başvurudaki sonucunun terörizmle bağlantılı zorlukların farkında olarak verildiğinin kabul edilip edilmeyeceğinden emin değilim. Terörle ilgili suçların yorumlanmasının ve uygulanmasının kanunla öngörülmemiş olduğu bulgusu, aynı derecede ciddi ve ikna edici nedenlerle ve başvurucunun açık bir iddiasıyla desteklenmesi gereken son derece ciddi bir tespittir ve bence mevcut başvurudaki başvurucunun iddiası böyle değildir.

13. Çoğunluğun “başvurucunun davasında terörle ilgili suçları düzenleyen hükümlerin yorumlanması ve uygulanmasının” söz konusu hukukun niteliği açısından bir sorun oluşturduğu sonucuna saygıyla katılmıyorum. Yukarıda belirtildiği üzere Mahkeme'miz tarafından

yürütülen meşruiyet incelemesinin kapsamının tespit edilmesi gerektiğine inanıyorum. Bu da beni 10. madde kapsamındaki incelememin son bölümüne getiriyor.

(iii) Yukarıda açıkladığım gibi, mevcut davaya müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı sorusunu incelemeyi tercih ederim. Bu bağlamda, müdahalenin izlediği meşru amaçların, 10. madde uyarınca, terörle mücadele ve ulusal güvenlik ve kamu güvenliğinin korunması olduğunu kabul etmeye hazırım. Gerekliliğe gelince, Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrası kapsamında siyasi konuşmaya veya kamu menfaatine ilişkin tartışmalara ilişkin kısıtlamalara ilişkin çok az alan olduğu doğrudur. Aslında, bir muhalif milletvekilinin ifade özgürlüğüne müdahale, Mahkeme'nin en yakın incelemesini gerektirir (bakınız *Castells v. İspanya*, 23 Nisan 1992, § 42, Series A no. 236). Bununla birlikte, başvurunun itiraz edilen konuşmalarının şiddeti yüceltici ve övücü olarak görülemeyeceğinden ve tamamen barışçıl olarak görülebileceğinden ve özellikle de Türk güvenlik güçleri ile PKK arasındaki silahlı çatışmalar sonucu o sırada bölgede hüküm süren gergin duruma bakıldığında kamu yararına bir tartışmaya katkıda bulunduğundan şüphe besliyorum (bakınız *Sürek - Türkiye (no. 1)* [BD], no. 26682/95, § 62, ECHR 1999 IV). Bu noktada, başvuru aleyhindeki ceza yargılamalarının halen yerel mahkemelerde derdest olduğu ve masumiyet karinesi ilkesine uygun olarak sonuçlarına hiçbir şekilde zarar vermemek için dikkatli olacağım.

14. Yukarıdakiler ışığında başvurunun haklarına müdahalenin hem öngörülebilir hem de "kanun niteliği" gerekliliğine uygun olarak yasayla öngörüldüğü ve acil bir sosyal ihtiyaca karşılık gelen ve izlenen meşru amaç ile orantılı olarak demokratik bir toplumda gerekli olduğu sonucuna varmaktayım.

II. SÖZLEŞME'NİN 5. MADDESİNİN 1. FIKRASINA YÖNELİK ŞİKAYETE İLİŞKİN

15. Başvurucu, hem yakalanmasından hemen sonraki ilk dönemde hem de tutukluluğunun yargı makamları tarafından hükmedildiği ve uzatıldığı sonraki dönemlerde kendisine karşı makul şüphenin bulunmadığından şikâyetçi olmuştur. Bu noktada, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının c bendi uyarınca makul şüphenin bulunmadığı iddiasına ilişkin çoğunluğun vardığı sonuca saygıyla katılmıyorum. Büyük Daire'nin, Daire'nin Mahkeme'nin yerleşik içtihadına dayanan bu konudaki kararından ayrılmasını gerektirecek bir neden görmüyorum. (bakınız, diğer birçok kararın yanı sıra, *Fox, Campbell ve Hartley v. Birleşik Krallık*, 30 Ağustos 1990, Series A no. 182; *O'Hara v. Birleşik Krallık*, no. 37555/97, ECHR 2001-X; ve *Çiçek v. Türkiye (kek.)*, no. 72774/10, § 62, 3 Mart 2015). Mahkeme'nin içtihadına göre, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının c bendinin soruşturma makamlarının tutuklama sırasında suç duyurusunda bulunmak için yeterli delil elde ettiklerini öngörmediğine özellikle atıfta bulunuyorum. Bu nedenle, şüphe uyandıran olayların, bir mahkumiyeti haklı çıkarmak için gerekli olanlarla veya ceza soruşturması sürecinin bir sonraki aşamasında gelen bir suçlama getirilmesi ile bile aynı düzeyde olması gerekmez. (bakınız *Murray v. Birleşik Krallık*, 28 Ekim 1994, § 55, Series A no. 300-A ve *Yüksel ve diğerleri v. Türkiye*, no. 55835/09 ve diğerleri, § 52, 31 Mayıs 2016). Bu bağlamda Mahkeme, Anayasa Mahkemesi ve Daire'nin yaptığı gibi, ceza davası dosyasındaki ilk tutukluluğun gerekçesini oluşturan somut şüpheyi doğrulayabilecek veya ortadan kaldıracabilecek ilgili tüm delilleri incelemelidir ve kendisini sadece ilk etapta sunulan kanıtlarla sınırlandırmaz (bakınız kıyasen, yukarıda anılan *Yüksel ve diğerleri*, §§ 51-59, *Tekin v. Türkiye (kek.)*, no. 3501/09, §§ 55 62, 18 Kasım 2014; ve *Metin v. Türkiye (kek.)*, no. 77479/11, §§ 53 64, 3 Mart 2015).

16. Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrası kapsamındaki şikâyetin özüne gelince, Daire'nin 20 Kasım 2018 tarihli kararında elde ettiği bulguları tamamen onaylıyorum. Bu bağlamda, dosyadan da görülebileceği gibi, özellikle üç delil not etmek istiyorum: Başvurucunun PKK liderinin heykelini dikeceğine dair bir gösterideki ifadeleri ve 21 Nisan 2013 tarihinde bir siyasi partinin binasında yaptığı PKK'nın ilk terörist saldırılarına "1984'teki darbe" ve "Şemdinli [ve] Eruh'daki direniş" olarak atıfta bulunduğu (bakınız kararın 79. paragrafı) konuşma; PKK'nın önde gelen üyeleri arasında ve onlarla başvuru arasında yapılan konuşmaların dökümleri (kararın 79. paragrafı); ve 6 Ekim 2014 tarihinde resmi HDP Twitter hesabından yayınlanan tweetler (bakınız kararın 20. paragrafı). Şüphe aşamasında ihtiyaç duyulan olgusal gerekçelendirme düzeyine ilişkin olarak, kanıtlar, olaylar ve Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının

gereklilikleri ışığında, başvurunun, bir suç işlemiş olduğu için “makul şüphe” ile yakalandığının ve tutuklandığının söylenebileceği kanaatindeyim.

17. Yukarıdakilerin ışığında, ulusal makamların, başvurunun bir suç işlediğine dair makul bir şüphe olduğu sonucuna varmak için yeterli gerekçeleri olduğuna inanıyorum. Buna göre, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının ihlal edilmediğini düşünüyorum.

SÖZLEŞME'NİN 5. MADDESİNİN 3. FIKRASI KAPSAMINDAKİ ŞİKAYETE İLİŞKİN

18. Başvurucunun artık 5. maddesinin 3. fıkrasının ihlalinin mağduru olduğunu iddia edemeyeceği görüşünde olduğumdan, bu hüküm kapsamındaki şikâyetin esasına ilişkin çoğunluğun bulgularına karşı oy kullandım.

SÖZLEŞME'YE EK 1 NUMARALI PROTOKOL'ÜN 3. MADDESİNE İLİŞKİN ŞİKAYETE İLİŞKİN

19. Başvurucunun, Sözleşme'ye Ek 1 Numaralı Protokol'ün 3. maddesi kapsamındaki şikâyeti ile ilgili olarak, mevcut davanın özel koşullarında, yetkili sulh ceza hâkimlikleri ve ağır ceza mahkemelerinin başvurunun devam eden tutukluluğunun, bir milletvekili ve bir siyasi partinin eş genel başkanı olması nedeniyle dayanaksız olduğu iddialarını değerlendirmemesi nedeniyle bu hüküm ihlal edilmiştir. Bu noktada, Anayasa Mahkemesi'nin ikinci kararında 5. maddenin 3. fıkrasına göre de dikkate alınan çoğunluk kararına katılıyorum.

20. Yine de, çoğunluğun Sözleşme'ye Ek 1 Numaralı Protokol'ün 3. maddesi kapsamındaki değerlendirmesinde Sözleşme'nin 10. maddesi ve 5. maddesindeki ihlal bulgularına yapılan atıflarla ilgili olan gerekçenin belirli kısımlarından saygıyla ayrılıyorum (bakınız özellikle kararın 394. paragrafı).

SÖZLEŞME'NİN 18. MADDESİNE YÖNELİK ŞİKAYETE İLİŞKİN

21. Sözleşme'nin 5. maddesiyle bağlantılı olarak 18. maddenin ihlal edildiği tespitine karşı oy verdim çünkü böyle bir bulgunun mevcut davanın koşulları dikkate alınarak Mahkeme'nin içtihadıyla uyumlu olup olmadığına dair ciddi şüphelerim var (bakınız özellikle *Merabishvili v. Gürcistan* [BD], no. 72508/13, 28 Kasım 2017).

22. Mahkeme'nin içtihadından anlaşıldığı kadarıyla, 5. madde ile bağlantılı olarak 18. madde kapsamında bir şikâyetin olduğu durumlarda,

Mahkeme ilk olarak başvurunun özgürlüğünden yoksun bırakılmasının Sözleşme ile uyumlu bir amaca hizmet edip etmediğini inceler (bakınız *Rasul Jafarov v. Azerbaycan*, no. 69981/14, §§ 153-63, 17 Mart 2016 ve *Khodorkovskiy v. Rusya*, no. 5829/04, §§ 254-61, 31 Mayıs 2011). İkinci olarak Mahkeme, yetkililerin eylemlerinin aslında uygunsuz nedenlerden kaynaklandığına dair kanıt olup olmadığını inceler ve kararını, *Merabishvili* kararında (yukarıda anılan, §§ 309-17) ortaya koyduğu kriterlere ve belirli ilgili gerçeklere ilişkin kendi değerlendirmesine uygun olarak "hukuki anlamda kanıt" dayandırmalıdır (bakınız *Kavala v. Türkiye* kararındaki muhalif görüşüm, no. 28749/18, 10 Aralık 2019).

23. Birinci kısım ile ilgili olarak, yukarıda belirtilen nedenlerden dolayı, başvurunun cezai bir suç işlemiş olduğu için "makul şüphe" ile tutuklandığı söylenebilir. Başka bir deyişle, başvuru, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının c bendinde öngörülen bir amaç için özgürlüğünden yoksun bırakılmıştır. Bu nedenle, çoğunluğun "başvurunun tutukluluğu için yetkililer tarafından öne sürülen amaçların yalnızca gizli bir siyasi amacı örttüğü" şeklindeki görüşünü paylaşamam. Bu bağlamda, öncelikle Türk hukukunun 5. maddenin 1. fıkrası kapsamındaki "makul şüphe" kriterine ilişkin daha yüksek bir koruma standardına sahip olduğunu belirtmek isterim. Mevcut davada, Anayasa Mahkemesi dâhil ulusal mahkemeler, başvurunun tutukluluğunu incelemiş ve bir suç işlediğine dair güçlü bir şüphe için yeterli gerekçe bulunduğuna karar vermiştir. Diğer bir deyişle, 5. maddenin 1. fıkrasının c bendi uyarınca gerekli olan "makul şüpheye" göre daha yüksek düzeyde bir şüphenin varlığını tespit etmişlerdir. İkinci olarak, çoğunluğun, başvurunun tutukluluğunun gerekçelerini titizlikle incelemeye tabi tuttuktan sonra yukarıda belirtilen görüşe ulaşmış olması, bu gerekçelerin herhangi bir dayanaktan yoksun veya başka bir şekilde uydurulmuş olmadığını ima etmektedir. Daire'nin ayrıca başvurunun tutukluluğunu incelediğini ve "... ceza davası dosyasında, tarafsız bir gözlemciyi, başvurunun yargılandığı suçlardan en azından bir kısmını gerçekleştirmiş olabileceğine ikna etmek için yeterli bilgi bulunduğunu" belirtmek isterim (Daire kararının 169. paragrafına bakınız). Bu faktörleri göz önünde bulundurarak, ulusal mahkemelerin ve Daire'nin 5. maddenin 1. fıkrasının c bendi kapsamındaki "makul şüphe" gerekliliğine ilişkin kararlarından ayrılmayı haklı çıkarmak için ikna edici nedenlerin öne sürüldüğüne tamamen ikna olmadım. Bu koşullar benim, başvurunun tutukluluğunun Sözleşme tarafından öngörülen meşru bir amaç doğrultusunda olduğu sonucuna varmamı sağladı. Bu nedenle, çoğunluğun, başvurunun tutukluluğunun sadece gizli bir amaç için kılıf olduğu görüşünü kabul etmek benim için zor.

24. İkinci kısım ile ilgili olarak, aşağıdaki faktörler göz önüne alındığında, mevcut davada yersiz nedenlerin bulunmadığını düşünüyorum.

25. Birincisi, başvurunun ana şikâyeti, kendisinin ve partisinden diğer kişilerin Türkiye siyaset sahnesindeki konumları nedeniyle özellikle hedef alındığıdır. Ancak diğer siyasi partilerden milletvekillerinin de cezai kovuşturmayaya maruz kaldığı partilerin sunduğu belgelerden anlaşılmaktadır (bakınız kararın 57. ve 58. paragrafları). Bu nedenle, yerel yargı makamlarının özel olarak belirli milletvekillerini hedef aldığı söylenemez.

26. İkinci olarak, herhangi bir durumda, bir sanığın tutukluluğunun, azami özen gösterilerek ve Sözleşme'nin gereklerine ve Mahkeme'nin ilgili içtihadına uygun olarak uygulamaya konulmasının sağlanması öncelikle ulusal yargının yetkisi dâhilindedir. Bu bağlamda, dava dosyasından, başvurunun tutukluluğunun yerel yargıçlar tarafından ya kendi kararlarıyla ya da başvurunun talebi üzerine birkaç kez incelendiği anlaşılmaktadır. Aslında, yerel mahkemeler, 4 Kasım 2016'dan itibaren başvurunun tutukluluk sorununu düzenli ve hızlı bir şekilde incelemiştir. Ayrıca, Anayasa Mahkemesi, 9 Haziran 2020 tarihli kararında, oybirliğiyle, Anayasa'nın 19. maddesinin ihlal edildiğine karar vererek, başvurunun tutukluluk süresini uzatırken, ulusal yargı makamlarının başvurunun seçime aday olma ve siyasi faaliyetlerde bulunma hakkına ilişkin iddialarına ilişkin ilgili ve yeterli gerekçeler ileri sürmediğine hükmetmiştir. Bununla birlikte, başvurunun tutukluluğuna ilişkin adli incelemenin belirli yönlerinin Anayasa'nın 19. maddesinin ihlal edildiğini ortaya koyduğu gerçeği, tek başına başvurunun, Sözleşme tarafından öngörülen amaçlar dışındaki amaçlarla tutuklandığı sonuca varmak için yeterli değildir. Ayrıca, 11 Temmuz 2018 tarihli bir kararda, başvurucuya Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 141. maddesi uyarınca tazminat ödenmesine hükmedilmiştir. Buna göre, yargı makamlarının uygunsuz ve açık bir şekilde Sözleşme'ye aldırış etmeden davrandıkları sonucuna varamıyorum.

27. Dahası, Sözleşme'nin 18. maddesi kapsamındaki gerekçelerde belli bölümler söz konusu olduğunda çoğunluğa saygıyla katılmıyorum.

28. İlk olarak, Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nun yapısının, Büyük Daire'nin Sözleşme'nin 18. maddesi kapsamındaki incelemesinin amaçları açısından ilgisiz olduğuna işaret etmeliyim (bakınız kararın 434. paragrafı). Aslında çoğunluk, egemen bir ulus tarafından kabul edilen bir referandumla o organın yapısında meydana gelen değişiklikleri eleştirmekte ve bu değişikliklerin mevcut davada başvuru üzerinde nasıl bir etkisi olduğunu değerlendirmede veya bu noktanın geçerliliğini açıklamada başarısız olmuşlardır. Yeni yapı ile sözde gizli amaç arasında nedensel bir bağ bulunmadığında, bu nokta, referandumda ortaya konan anayasa değişikliklerinin özet olarak incelenmesi anlamına gelir. Bu nedenle,

mevcut davada Büyük Daire'nin bu konuyu kendi motivasyonu ile araştırması için herhangi bir talep olup olmadığından emin değilim.

29. İkinci olarak, Büyük Daire, diğer tutuklu milletvekilleri aleyhindeki ceza yargılamasının içeriğine erişimi olmadığını kabul ederken, uluslararası gözlemcilerin raporları ve görüşleri ışığında, onları özgürlüklerinden mahrum etmenin temel nedeninin siyasi konuşmalarında yattığı ve bu bağlamda başvurunun tutukluluğunun münferit bir dava olmadığı sonucuna varmıştır (kararın 428. paragrafına bakınız). Bu safhada, bu milletvekillerinin bazılarının davalarının şu anda Mahkememizde beklemekte olduğunu altını çizmeliyim. Dolayısıyla, naçizane görüşüme göre, çoğunluğun kabul ettiği mantık, Büyük Daire'den inceleme talep edilen hukuki sorunların ötesine geçiyor.

30. Yukarıdaki hususlar ışığında, başvurunun, Türkiye'nin tüm yargı mekanizmasının kendisi hakkında cezai soruşturma başlatarak siyasi gündeme uygun hareket ettiği iddiasını destekleyecek yeterli delil bulunmadığına inanıyorum. Çoğunluğun gerekçelendirme çizgisi, başvurunun kendi görüşüne göre "aynı olgusal bağlam" a yani ilk tutukluluğun asıl nedenlerinin bir parçasını oluşturan 6-8 Ekim olaylarına dayanan ikinci tutukluluğuna bağlı olduğu için, aşağıdaki gözlemleri yapmak istiyorum (bakınız kararın 432-33 ve 440-42. paragrafları).

31. Bu konunun belirli yönlerini Sözleşme'nin 46. maddesi kapsamında ayrı görüşümde ele almış olsam da, önemi, bu analizin bir kısmının tekrarlanmasını hak etmektedir. İlk olarak, başvurunun ikinci tutukluluğuna ilişkin hukuki ve olgusal soruların Anayasa Mahkemesi'ne yaptığı bireysel bir başvurunun konusu olduğunu tekrar belirtmeliyim; dolayısıyla bu konu şu anda yerel makamların önünde beklemektedir. İkinci olarak, mevcut davada çoğunluk, şikâyeti Sözleşme'nin 5. maddesiyle bağlantılı olarak 18. madde kapsamında değerlendirmiştir. Bununla birlikte, Sözleşme'nin 5. maddesi uyarınca, Büyük Daire'nin incelemesinin konusu, başvurunun 20 Eylül 2019 tarihinde hükmedilen ve halen devam eden ikinci tutukluluğu değil, 4 Kasım 2016'dan 7 Aralık 2018'e kadar olan ilk tutukluluğuydu. Çoğunluğun yaklaşımı muhtemelen başvurunun ikinci tutukluluğunun aslında ilk tutukluluğunun devamı olduğunu ima etse de, her iki tutuklama emrinin de aynı olgusal bağlama dayandığı düşünüldüğünde, Sözleşme'nin 46. maddesi kapsamında ayrı görüşümde belirttiğim nedenlerle ve ayrıca aşağıdaki nedenlerle bu görüşe katılamıyorum. Mahkeme şikâyetleri 18. madde kapsamında incelerken genel ve daha geniş bağlamın değerlendirilmesinde birincil gerçekler veya bağlamsal gerçekler veya olay dizileri hakkında bilgiler olan ikinci dereceden kanıtların dikkate alınabileceği doğrudur (bakınız *Merabishvili*, yukarıda anılan, § 317). Ancak, ikinci dereceden delillerin başvuruyla ilgili hukuki sorular

biçimini aldığı durumlarda, Mahkeme'nin yaklaşımı farklı olabilir. Nitekim, *Navalnyy v. Rusya* davasında ([BD], no. 29580/12 ve diğer 4'ü, § 171, 15 Kasım 2018), Mahkeme, ilgili olguları tespit ettiği ve bu iki yargılamada ortaya çıkan hukuki sorunlara ilişkin karar verdiği önceki kararlara atıfta bulunarak, 18. madde kapsamında (davanın genel bağlamına ilişkin olarak) başvuru aleyhine yapılan ceza yargılamalarıyla eşzamanlı olan iki ceza yargılamasını dikkate almıştır (*Navalnyy ve Ofitserov v. Rusya*, no. 46632/13 ve 28671/14, §§ 116-19, 23 Şubat 2016 ve *Navalnyy v. Rusya*, no. 101/15, §§ 83-84 17 Ekim 2017'ye atıfta bulunulmuştur).

32. Yukarıdakilerin ışığında, başvuruçunun mevcut davadaki ikinci tutukluluğu, benim bakış açımına göre, yalnızca ikinci derecede kanıt değildir; bu, yerel mahkemelerde bekleyen hukuki bir sorundur ve Mahkeme'nin 18. madde kapsamındaki şikâyetin incelendiği 5. madde kapsamındaki incelemesinin bir parçasını oluşturmaz. Bu koşullar altında, çoğunluğun yaklaşımı, Büyük Daire önündeki davanın kapsamını daha önce görülmemiş bir şekilde genişletme riskine girebilir ve bu görüşü kabul etmekte tereddüt ediyorum. Böylesi yeni bir yaklaşıma ek olarak, çoğunluk, başvuruçunun 5. madde kapsamında olmayan (ikinci tutukluluk, söz konusu madde kapsamındaki inceleme kapsamına girmemesi nedeniyle) ikinci tutukluluğunun gerekçelerini Sözleşme'nin 18. maddesi uyarınca da incelemeye devam etmiştir ve "...yerel makamların başvuruçunun beş yıl önce, 6-8 Ekim 2014 tarihlerinde iddia edilen suçları işlediği şüphesiyle ilgileniyor görünmedikleri, onun yerine başvuruçuyu cezaevinde tutarak siyasi faaliyetlerde bulunmasını engelledikleri" sonucuna varmıştır (bakınız kararın 433. paragrafı). Tüm saygımla, yerel mahkemelerde bekleyen ve 5. madde kapsamındaki şikâyetle yer almayan bir hukuki sorundan kaynaklanan bu bulgunun bu ilkeye uygun olup olmadığı konusunda şüphelerimi sürdürüyorum. Mahkeme, kararını hukuki anlamda kanıta dayandırmalıdır. Bu nedenle, ne çoğunluğun yaklaşımını ne de sonucunu kabul ediyorum.

33. Yukarıda belirtilen nedenlerden dolayı, mevcut davada Sözleşme'nin 5. maddesiyle bağlantılı olarak 18. maddesinin ihlal edilmediğine inanıyorum.