

ANAYASA MAHKEMESİ BAŞKANLIĞINA,

TALEPLERİMİZ VE EK AÇIKLAMA

TALEP:

Öncelikle Anayasanın 83 ve 67 maddeleriyle ilgili olan bu Başvurunun en kısa sürede karara bağlanması için incelenmesinin acil bir başvuru niteliğinde olduğu görüşünderiz.

Bu nedenle; Anayasa Mahkemesinin İttüzüğü (Madde 68) gereği Milletvekili seçilmiş ve cezaevinde tutuklu bulunan Başvurucunun bu bireysel başvurusunun Anayasa mahkemesine geliş sırasına göre incelenerek karara bağlanması yerine konusu itibariyle önemini ve aciliyetini göz önünde bulundurarak Mahkemeniz tarafından belirlenecek kriterle uygun ve farklı bir inceleme sırasına alınarak öncelikle incelenmesini, **öncelikle karara bağlanmasını talep ediyoruz.**

Ayrıca İttüzük Madde 73 gereği kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ile yakından ilgili olan bu başvuru bakımından seçilmiş milletvekilinin manevi ve maddi bütünlüğüne yönelik kanaatimizce ciddi bir hak ihlaline göre tedbir kararı gözetilerek öncelikli incelemeye alınması gerektiği kanaatindeyiz.

Başvurunun aciliyeti ve özelliği gözetildiğinde Adalet Bakanlığında görüş istenmesine gerek bulunmadığını ve Anayasa Mahkemesi tarafından karar verilebileceği görüşünderiz.

EK BEYANLARIMIZ VE AÇIKLAMALAR

1. KARAR VE KARŞI OY

Yargıtay 3. Ceza Dairesinin 17.07.2023 tarihli kararında Başvurucu ile ilgili talebimizin “tahliye” olduğunu ve karar verirken sürekli tahliye talebinin reddi şeklinde karar verildiği görülmektedir.

Talep öncelikle Anayasa Madde 83 çerçevesinde “durma” kararı verilmesi ve Anayasa 67 Madde gereğince tutukluluk halinin sona erdirilmesidir. Yargıtay 3. Ceza Dairesi kararında “durma” kararı verilmesi isteğimiz sadece “Karşı Oy” gerekçesinde yer alıyor. Karşı Oy (Yargıç Özgür Cevahir) haklıdır. Çünkü yorumu ve gerekçesi doğrudur, hukuka uygundur, Anayasaya uygundur. Bir başka anlatımla görüşlerimizin hukuken haklı olduğunu ifade eden Karşı Oy yazısı hukukidir.

Öncelikle Anayasa Madde 83 ‘ün yorumlanmasından sonra karşı oy yazısında asıl durumun ne olduğu şöyle anlatılıyor: “Anayasa’nın 83. maddesinde hükme bağlanmış olan yasama dokunulmazlığı mutlak bir hak olmayıp nisbi niteliktedir. **Sadece milletvekilliği süresi ile sınırlıdır.** Demokratik toplum sayılmanın temel parametrelerinden **biri hiç kuşkusuz seçme ve seçilme hakkıdır.** Bu hakkın halk tarafından seçilen milletvekilleri tarafından yerine getirilmesinin önündeki engellerin istisna, hakkın kullanılmasının kural olması gerekir. Zaten Anayasanın 13. ve 67.maddeleri açık bir şekilde seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının ancak kanunla sınırlandırılabilceğini hükme bağlamıştır. Kanunla getirilen sınırlamaların hukukun temel ilke ve esasları ile uyumlu olması gerekir. Yeterli hukuki güvenliği sağlayamayan kanuni sınırlamaları yorumlarken uygulayıcıların daraltıcı yorum yoluna başvurmaları, temel hak ve özgürlüklerin korunmasının kural, sınırlamanın istisna olduğu gerçeğini hatırlamaları gerekir.”

Bir başka anlatımla Karşı oy yazısı haklı olarak özgürlüklerin kural, sınırlandırmaların istisna olduğunu tekrarlıyor ve hatırlatıyor. Uygulayıcılar daraltıcı yorumdan kaçınmalıdır. O halde siyasi faaliyette bulunma hakkı kullanılmak için vardır. Anayasa 67 Madde özgürlüklerden yanadır. Ama Yargıtay 3. Ceza Dairesi özgürlüklerin aksine; tahliye kararı vermek istemediği için özgürlüklerden yana değil temel hakları sınırlandırmaktan yana olduğunu göstermiştir.

Karşı oy yazısına dönelim, diyor ki; “Yine yeterli berraklıkta olmayan, temel hakları sınırlayan normlar yorumlanırken hukukun temel ilke ve esasları ile demokratik toplumun gerekleri ve hukuk devleti ilkeleri gözetilmelidir. Sınırlayıcı hükümler yorumlanırken genişletici yorumdan kaçınılmalıdır. Seçme ve seçilme hakkını sınırlayan yasa hükümleri sıkı bir hukuk devleti ve kanunilik şartları testinden geçirilmelidir.”

Çok açık olarak demokrasiye uyan ilkelerin altını çizerek; demokrasiden yana, demokratik toplumun gereklerini, demokratik toplum düzenini ve hukuk devleti ilkelerini gözetmek gerektiğini ifade etmektedir. Ama ne yazık ki; karşı oy olarak kararda yer almıştır. Bir başka anlatımla sınırlayıcı hükümleri yorumlarken Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin sınırlandırmaların sınırlarını olduğundan fazla sınırlandırmak yolunu seçmiştir. Dar yorum yerine, geniş yorumda bulunarak “sınırlandırmaları esas” özgürlükleri istisna kabul etmektedir. Bu yaklaşım hukuka ve adalete, insan haklarına aykırıdır. Yargı, yeniden ve yeniden yasak üretmez. Çünkü ifade edildiği gibi Anayasal norm hukuki belirlilik ve hukuki güvenliği sağlamak için vardır, seçme ve seçilme hakkı vatandaşlık hakkıdır, Anayasa ile korunmaktadır.

Anayasa'nın 83. Maddesinin yorumunda; Anayasa'nın 14. Maddesinin yorumunda TCK, CMK ve/veya “hukuk devleti ilkeleri” birlikte dikkate alınmalıdır. Belirlilik ve öngörülebilirlik ancak böyle sağlanabilir. Nitekim Karşı Oy yazısında belirlilik ve öngörülebilirlik Anayasa Mahkemesi kararlarında demokratik hukuk devleti ilkelerine göre testten geçirilmiştir. Konuya öğreti, AİHM ve Anayasa Mahkemesi kararları açısından bakan karşı oy gerekçesinde öğretiye atıf yapılmaktadır.

Anayasa Madde 14 veya Madde 83 birlikte değerlendirildiğinde Karşı Oy gerekçesinde isabetle belirtildiği üzere; Anayasa Madde 14'de sözü edilen “durumlardan” denilince ne anlaşıldığını açıklayan Prof. Dr Kemal Gözler'e göre; “Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak” ve “insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmak” kavramlarına göre suç ihdas edilmesinin veya Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen belirli bir suça göndermede bulunulduğunu söylemenin mümkün olmadığı kanaatindedir.

Yine Karşı Oy gerekçesine göre; “Bu nedenle, hangi suçun "Anayasanın 14'üncü maddesindeki durumlar" ile ilgili olduğu, hangi suçun bu durumlar ile ilgili olmadığı sorusu objektif olarak yanıtlanabilecek bir soru değildir. Ceza hukukunda kanunilik ve kıyas yasağı ilkeleri geçerlidir. Hangi suçun Anayasanın 14'üncü maddesindeki durumlar ile ilgili olduğu yolunda yapılan her belirleme, hangi yöntemle yapılırsa yapılsın kanunilik ve kıyas yasağı ilkeleri kaçınılmaz olarak ihlal edilmiş olacaktır.” (Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku 3. baskı, 2018, s 559-561)

AİHM önüne gelen hak ihlali başvurularını incelerken öncelikle üçlü bir teste başvurmaktadır. Bunlardan ilki, kamu otoritesinin yaptığı müdahalenin iç hukukta kanuni (hukuki) bir dayanağı olup olmadığıdır. **Hukukilik ya da kanunilik** olarak adlandırılan

bu kriterin gerekleŖtiđinin kabulü için iç hukukta müdahaleye dayanak bir soyut **normun bulunması** yetmez. Hukukilik için ayrıca bireylerin bu kurala eriŖebilir olması, kuralın bireylerce anlaşılabilir berraklıkta formüle edilmesi (**belirlilik ilkesi**) ve hukuk kuralı ile getirilen müdahalenin önceden bireylerce **ngrlebilir** (**ngrlebilirlik**) olması gerekir. Bazen hukuk kuralı yeterli berraklıkta olmayabilir, bu durumlarda yargı kararları ile oluŖturulan **istikrar** ve belirlilik de AİHM ce yeterli görülmektedir. **Bu koŖulları taŖımayan bir hukuk normuna** dayanılarak yapılacak müdahalenin kanunilik koŖulunu taŖımadığı ve birey haklarının ihlal edildiği kabul edilmektedir.”

KarŖı Oy yazısı gayet açık, net ve hukuki açıdan açıklayıcı bir özelliğe sahiptir.

Yeniden ve yeniden Anayasa Mahkemesi tarafından önceki kararlarının aksine bir karar verilmesi beklenmemelidir ve Anayasa Mahkemesinin mevcut kararlarını deđiŖtirmek için hiçbir neden yoktur.

Yine KarŖı Oy yazısından Anayasa mahkemesinin daha önceden bireysel baŖvuru yoluyla önüne gelen benzer olayda (Ömer Gergerlioğlu baŖvurusu) aŖađıdaki tespit ve sonucu tekrarlayalım:

"Anayasa koyucu Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "Anayasanın 14'üncü maddesindeki durumlar" ibaresi kapsamındaki suçların neler olduğunu açıkça belirlememiŖ, kanun koyucu da söz konusu suçları belirleyen bir kanuni düzenleme yapma yoluna gitmemiŖtir. Bu nedenle de derece mahkemeleri yargılamaya konu edilen suçun Anayasa'nın 14. maddesi kapsamına giren bir suç olup olmadığını kanun koyucu tarafından ıkarılmıŖ bulunan bir kanun metnini yorumlayıp uygulayarak değil **doğrudan Anayasa hükmünü yorumlayıp uygulayarak belirlemektedir**. O halde derece mahkemelerinin Anayasa'nın 14. maddesine iliŖkin olarak yaptığı yorumun öngörülebilirliği ve belirliliği ifade eden kanunilik ölçütüne uygun olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. Norm denetiminde olduğu gibi bireysel baŖvuru yolunda da Anayasa maddelerinin nihai yorum yetkisi Anayasa Mahkemesine aittir (Kadri Enis Berberoğlu (2), Ŗ 71).

Sonuç olarak Anayasa'nın 14. maddesinin birinci fıkrasının metni, Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "Anayasanın 14'üncü maddesindeki durumlar" ibaresini, dolayısıyla da Anayasa'nın 14. maddesinin birinci fıkrası kapsamına girmesi nedeniyle **yasama dokunulmazlığı** dıŖında bırakılan suçları **salt yargı organlarının kararlarıyla anlamlı bir Ŗekilde belirlemeye ve böylece belirlilik ve öngörülebilirliği sağlayacak Ŗekilde yorumlamaya elveriŖli değildir**.

Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde; Anayasa'nın 14. maddesinin üçüncü fıkrasından ve Anayasa'nın seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkını düzenleyen 67. maddesinin üçüncü fıkrası hükümlerinden hareketle Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar" ibaresinin kapsamına hangi suçların girdiği konusunda kanun koyucunun düzenlemesi dıŖında yargı organlarınca yapılan yorumlarla belirlilik ve öngörülebilirliği sağlamının mümkün olmadığı sonucuna ulaŖılmıŖtır.

Oysa milletvekilliği görevi demokratik bir siyasi hayatın bahŖettiđi üstün bir kamusal yarar ve öneme sahiptir. Tam da bu sebeple milletvekilleri anayasal bir koruma alanına sahip kılınmıŖtır. SeilmiŖ milletvekillerinin ifade özgürlüğünü veya milletvekilliği görevini yerine getirmek için kullandıkları diğer hak ve özgürlüklerine yapılacak ölçüsüz müdahaleler halk iradesiyle oluŖan siyasi temsil yetkisini ortadan kaldıracak, seçmen iradesinin parlamentoya yansımalarını önleyecektir.

Netice olarak milletvekili seçilmesinden ve genel olarak yasama dokunulmazlığına sahip olmasından sonra yargılanmasına devam edilerek mahkûm edilmesinin başvuru Anayasa'nın 67. maddesi ile korunan haklarını ihlal ettiği ve ihlalin yasama dokunulmazlığının, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma haklarının korunmasına ilişkin temel güvencelere sahip, belirliliği ve öngörülebilirliği sağlayan anayasal veya yasal bir düzenlemenin bulunmamasından kaynaklandığı sonucuna ulaşılmıştır.

AİHM' nin aradığı kanunilik ölçütünün somut olayda gerçekleşmemesi, Daha önceden benzer olay nedeniyle Anayasa mahkemesinin verdiği Gergerlioğlu kararında ulaşılan Anayasanın 14. maddesindeki sınırlamanın belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerini sağlayamadığı sonucu da göz önüne alınarak sanık Şerafettin Can Atalay'ın Milletvekili seçilmekle birlikte Anayasanın 83/2 maddesinde düzenlenen ve yargılama engeli olan yasama dokunulmazlığına sahip olması nedeniyle Anayasa'nın 83/2 maddesi uyarınca tutuklanamayacağından tahliyesine karar verilmelidir.”

Bu Karşı Oy gerekçesine aynen katılıyoruz. Dolayısıyla itirazın kabulü yerine verilen itirazın reddi yönündeki Yargıtay 3. Ceza Dairesi kararı hakkın ihlali niteliğindedir.

2. ANAYASA MAHKEMESİ BİREYSEL BAŞVURU KARARLARI UYGULAMADA HAK İHLALLERİNİN ÖNLENMESİ İÇİN ÖZELLİKLE DİKKATE ALINMASI VE UYGULANMASI GEREKEN KARARLARDIR

Genel olarak yargı kararlarının, özel olarak da Anayasa Mahkemesi kararlarının ilgili kamu makamlarınca yerine getirilmemesi veya icrasının geciktirilmesi bireyin yaşamı ve devletin işleyişi üzerinde gözardı edilemez derin etkiler bırakır. İlk olarak yargı kararlarının yerine getirilmemesi hâlinde bireylerin yargı kararıyla kendilerine sağlanan hak ve özgürlükleri kullanabilmeleri mümkün olmaz (*Şahin Alpay (2)*, § 61). Hukukun üstünlüğünün geçerli olduğu bir devlette, bireylerin hukuk sistemine olan güven ve saygılarını koruma adına vazgeçilemez bir görev ifa eden yargı kararlarının zamanında yerine getirilmeyerek sonuçsuz bırakılması kabul edilemez (*Ferda Yeşiltepe [GK]*, B. No: 2014/7621, 25/07/2017, § 36). Bir hukuk devletinde uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin mahkeme kararlarının bağlayıcılığı ve dolayısıyla karar gereklerinin yerine getirilmesi konusunda kuşku bulunamaz. Aksinin kabulü hukuk devletinin varlığından söz edilmesini imkânsız kılar. Bu sebeple devlet, yargı kararlarının zamanında yerine getirilmesini sağlayarak bireyler aleyhine oluşabilecek hak kayıplarını engellemek ve bu yolla bireylerin hukuk sistemine olan güven ve saygılarını korumakla yükümlüdür.

Anayasa Mahkemesinin Anayasa ile kendisine verilen temel hak ve özgürlükleri koruma fonksiyonunu yerine getiremediği durumlarda etkili bir yargısal mekanizma sağlanmış olamaz. Daha da önemlisi, "kesin" ve "bağlayıcı" oldukları yönündeki Anayasa'nın 153. maddesinin altıncı fıkrasının açık hükmüne rağmen kamu gücünü kullanan organların Anayasa Mahkemesi kararlarına uymamaları, bu organların kararlarının anayasal meşruiyetine gölge düşürdüğü gibi demokratik bir hukuk devletinde anayasa yargısının temel amacı olan ve kamu gücünü kullanan tüm aktörlerin anayasada belirtilen ilke ve normlara göre hareket etmesini ifade eden *anayasanın üstünlüğü* ilkesini de işlevsiz hâle getirir.

3. TUTUKLULUK HALİ ANAYASA MADDE 19 VE AİHS MADDE 5 HAKKINDA

3.1 KAÇMA ŞÜPHESİ VARSAYIMDIR

Tutukluluğun amacı, CMK 100. Maddede gösterilmiştir. Yürütülen soruşturma ve/veya kovuşturma sırasında kişinin tutuklanmasının temelini oluşturan şüphelerin doğruluğunu kanıtlayarak veya ortadan kaldırarak adli süreci daha sağlıklı bir şekilde yürütmektir. Bir kişinin suçla itham edilebilmesi için yakalama veya tutuklama anında delillerin yeterli düzeyde toplanmış olması mutlaka gerekli değildir. Ancak davada toplanacak başkaca bir delil yoktur.

İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından bu davada hüküm verilmiştir. Tutukluluktan beklenen bir amaç kalmamıştır. Bir başka deyişle adli sürecin daha sağlıklı yürütülmesi ve/veya delillerin toplanması gibi bir beklenti yoktur.

Mahkeme sanıklar hakkında verilen ceza miktarı ve üzerlerine atılı suçun niteliği dikkate alınarak “adli kontrol tedbirlerinin tatbiki sureti ile tutuklamadan beklenen menfaatin sağlanamayacağı” kanaatinde. Oysa bu davada İstanbul 30 Ağır Ceza Mahkemesinin 2021/17 Esas sayılı dosyası üzerinden 28.01.2021 tarihli tensip kararı ile sanıklar hakkında “yurtdışına çıkış yasağı” konmak suretiyle Mahkeme “kaçma” olasılığını başından böyle bir adli kontrol kararı niteliğindeki kontrol tedbiri ile ortadan kaldırmıştır.

Ayrıca Mahkeme “sonuç ceza miktarı dikkate alınarak kaçma şüpheleri dikkate alınarak CMK’nin 100. Maddesi uyarınca TCK’nın 312. Maddesindeki suçtan TUTUKLANMALARINA” karar vermiştir.

AİHM’si Sözleşme’nin 5. maddesinin (3) numaralı fıkrası konusundaki yerleşmiş içtihatlarına göre, mahkemeler kararlarında, suçsuzluk karinesini de göz önünde bulundurmalıdır. Hüküm verirken bile geçerli olan kural hakkında mahkûmiyet hükmü kesinleşinceye kadar kişi masumdur.

İlk derece mahkemesi olan İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi kişi özgürlüğünü esas almalıydı. Kişi özgürlüğüne “tutuklama” gibi bir sınırlandırma, bir istisna getirmeyi meşru kılan bir kamu yararının varlığını kanıtlamalıydı. Kaçmaya ilişkin tehlikenin varlığını ortaya koymalıydı. Özellikle tutuklamaya alternatif tedbirlerin neden uygulanmadığını tartışmak zorundaydı, gerekçesinde göstermeliydi. Bir başka anlatımla Mahkeme tutuklama kararını gerekçelendirmek zorunda olduğu halde tutuklama kararı gerekçesizdir. Hükümle birlikte tutuklama vermek için adli kontrol tedbirlerinin neden yeterli olmadığı hakkında mahkemenin bir gerekçesi yoktur. Kararda gösterilmemiştir. Kaçma şüpheleri dikkate alınıyorsa; nedenleri açık açık belirtilmeli ve bu kaçma şüphesi gerekçeli olarak açıklanmalıydı. Soyut iddia varsayımdır. Tedbir niteliğindeki tutuklama bakımından varsayım gerekçe sayılamaz.

Anayasa’nın 141. maddesi bütün mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli yazılmasını emreder. Buna göre tutuklama kararının gerekçesiz olması nedeniyle Anayasa’nın 141., ve tutuklama şartlarının olmaması nedeniyle Anayasanın 19. maddesiyle AİHS’nin 5. maddesine aykırı bir tutuklama hak ihlalidir ve 25.04. 2022 tarihinden beri sürmektedir. Verilmiş tutuklama kararının hiçbir denetime tabi kılınmadan, herhangi bir incelemeye tabi tutulmadan halen devam ettirilmesi ayrıca hak ihlalidir.

Mahkemenin tutuklama kararı vermesinin nedeni sadece gerekçesiz tutuklama kararında yazılı olan kaçma şüphesidir. Dosyanın kendisi böyle bir şüphenin olmadığını kanıtlamaktadır ve kanıtlamıştır.

Öyle ki sadece bunun için bile İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesinin kararındaki karşı oy yazısına bir kez daha bakmak gerekmektedir:

KARŞI OY: Dosya içeriğinde dinleme kayıtlarından başka delil bulunmadığı, ilk dinleme kararının 18/06/2013 tarihinde TCK' nın 220.maddesinde düzenlenen , " Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma " suçuna ilişkin olarak alındığı, TCK 312.maddesi kapsamında " Hükümete Karşı Suç " suçundan alınan dinleme kararı olmadığı, daha sonra dinlemenin uzatılması talep ve kararlarında ayrıca TCK'nın 312.maddesinde eklendiği, ancak bu suçun bu tarihlerde 5271 sayılı CMK'nın 135/8 maddesinde sayılan ve yasal dinlemeye konu suçlardan olmadığı, "Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlardan" ," Hükümete Karşı Suç" suçunun 02/12/2014 tarihinde 5271 sayılı CMK da yer alan dinleme kapsamındaki suçlara eklendiği, bu tarihten sonra alınan bir dinleme kararının da bulunmadığı, **dosyadaki tüm dinleme kayıtlarının 02/12/2014 tarihinden önce olduğu, bu haliyle dinleme kayıtlarının, kanuna ve hukuka aykırı delil niteliğinde buldukları CMK 206/2-a, 217/2,230/1-b maddeleri doğrultusunda yapılan değerlendirme ve yerleşik Yargıtay İçtihatlarına göre dosyadaki dinleme kayıtlarının yasak delil mahiyetinde olduğu, sanıkların kanuna aykırı dinleme kayıtlarına karşı beyanları da yasak delile dayandığından hükme esas alınamayacağı, aksi kabul edilse dahi dinleme kayıtlarını destekleyen somut kanıtlar olmadığı ve tek başına dinleme kayıtlarının sanıkların üzerlerine atılı suçlardan mahkûmiyetlerine yeter olmadığı anlaşılmış olup, sanıkların, üzerlerine atılı suçlardan cezalandırılmalarına yeter her türlü kuşkudan uzak, somut, kesin ve inandırıcı başkaca delil de bulunmadığından beraati, tutuklu sanık Osman Kavala' nın tahliyesi ile diğer sanıkların tutuklanmaması gerektiği görüşümdedir."**

Karşı oy yazısında açıklandığı üzere böyle bir niteliğe sahip yani; "delilsiz" olan ve haksız mahkûmiyet kararına dayalı bu dosya üzerinden verilmiş tutuklama kararı hukuka aykırıdır ve hak ihlalidir.

Üye yargıcın Karşı oy yazısında yer alan bu gerekçeye göre dinleme kayıtları tek başına delil olarak alınamayacağı, yasak delil olduğu açıktır. Çünkü yasak delildir, ispatı gerekmez ve bir zamanlar suç örgütü FETÖ üyeleri tarafından imal edilmiş hukuka aykırı nitelikteki dinleme kayıtları üzerine kurulu bir hüküm hak ihlalidir. Daha önemlisi ise; dinleme kayıtlarını destekleyen somut kanıtlar yoktur. Tek başına dinleme kayıtlarının atılı suçlardan mahkûmiyete yeterli olmadığı anlaşıldığından; **"sanıkların, üzerlerine atılı suçlardan cezalandırılmalarına yeter her türlü kuşkudan uzak, somut, kesin ve inandırıcı başkaca delil de bulunmadığından beraati"** yönünde karar verilmesi görüşü karşı oy görüşünde yazılıdır.

Buna göre, suç isnadına esas teşkil edecek şüphelere dayanak oluşturan olgular ile daha başında delil toplamak için bile tutuklama kararı verilmediği halde daha sonra hükümle tutuklama kararı verilmesi hukuki değildir, adalete aykırıdır. Deliller bakımından sonuçta ceza yargılamasının sonraki aşamalarında tartışılacak olan olgular bakımından ortadan kaldırılacak bir delil olmadığı gibi Mahkemeler verilmiş cezaların infaz makamları değildir. Mahkûmiyete gerekçe oluşturacak olguların aynı düzeyde değerlendirilmemesi ve tutuklama nedeni sayılmamaları gerekir (AİHM kararları için bkz. *Murray/ Birleşik Krallık*, B.No. 14310/88, 28/10/1994, § 55; *Talu/Türkiye* (KE), B.No. 2118/10, 4/12/2012, § 25).

Sonuç olarak "tutuklama" kararı gerekçesinde bir karşı oy görüşü bulunan böyle bir gerekçesiz mahkûmiyet kararı bakımından sadece "kaçma" şüphesine dayandırılması inandırıcı olmadığı gibi hiçbir yararı olmayan tedbir niteliğini çoktan aşmış cezalandırma aracı olarak kullanılamaz.

3.2.CMK 100. MADDESİ UYGULANAMAZ TUTUKLAMANIN AMACINA AYKIRIDIR

Bir başka deyişle; CMK' 100. Maddenin uygulanma kabiliyeti hiç yoktur. 5271 sayılı Kanun'un 100. ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olan tutukluluk; kişi ancak hakkında suç işlediğine dair kuvvetli şüphelerin varlığını gösteren olguların ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde başvurulacak bir tedbirden ibarettir.

Maddede tutuklama nedenlerinin neler olduğu belirtilmiştir. Buna göre,

(a) şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olgular varsa,

(b) şüpheli veya sanığın davranışları;

1) delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme, 2) tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma hususlarında kuvvetli şüphe oluşturuyorsa "tutuklama kararı" verilebilecektir.

CMK 100. Maddede yer alan kuralda ayrıca işlendiği konusunda kuvvetli şüphe bulunması halinde tutuklama nedeninin varsayılabileceği suçlar bir liste halinde belirtilmiştir. Varsayımlara dayalı tutukluluk kabul edilemez.

3.3.TUTUKLAMA KARARI TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN İHLALİ DEMEKTİR.

Anayasa'da yer alan hak ve özgürlükler bakımından kanun veya Anayasa'ya bariz şekilde aykırı yorumlar ile delillerin takdirinde açıkça keyfilik halinde hak ve özgürlük ihlaline sebebiyet veren "tutuklama" kararları Anayasa Mahkemesi tarafından bireysel başvurularda incelenebilir.

Gezi davası sanıkları bakımından verilmiş hükümlerle birlikte "tutuklama" kararı sadece ve sadece "kaçma şüphesi" ile sınırlıdır. CMK 100. Maddenin uygulanma olasılığı yoktur. Daha açıkçası tutuklamadan beklenen bir amaç; bu amaca uygun bir tutuklama gerekçesi yoktur. Keyfi tutukluluk hali kaldırılmalıdır.

Tutukluluk halinin devamı ile kişinin temel hak ve özgürlükleriyle birlikte seçme ve seçilme, bağımsız olarak bir siyasi parti içinde siyasette bulunma hakkı ihlal edilmiş olmaktadır.

Anayasanın 67 maddesinde ifadesini bulan bu temel hak ve özgürlüklerin önüne bir ceza davası nedeniyle verilmiş "tutuklama" kararının devamı ile hak ve özgürlüklerin ihlali sonucunu doğuracak bir yargı kararı verilmek suretiyle sınırlandırma getirilirse; böyle bir durum hak ihlalidir.

Anayasa'nın 67. maddesi seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma haklarını güvence altına alır. Anayasa Madde 67/1'e göre, "*Vatandaşlar, kanunda gösterilen şartlara uygun olarak seçme, seçilme ve bağımsız olarak veya bir siyasi parti içinde siyasi faaliyette bulunma ve halkoylamasına katılma hakkına sahiptir*". Seçimler ve siyasi haklar Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan demokratik devletin vazgeçilmez unsurlarıdır. Siyasi haklar, seçimlerde oy kullanma, aday olma ve seçilme haklarının yanında siyasi faaliyette bulunma hakkını da kapsar. O halde bu hakkın önüne "tutuklama" ve/veya "tutukluluk" gibi bir hal koymak demek; yargı kararıyla hak ihlali demektir, o nedenle tutuklama kaldırılmalıdır.

3.4.HALKIN KANAATLERİNİ AÇIKLAMA HAKKI İHLAL EDİLMEMELİDİR

Tutukluluk hali serbest seçim hakkının ihlalidir. Seçilen milletvekili serbest kalmalıdır.

İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşmeye Ek 1 Nolu Protokolün 3. Maddesinde “serbest seçim hakkı” düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre “**Yüksek Sözleşmeci Taraflar, yasama organının seçilmesinde halkın kanaatlerinin özgürce açıklanmasını sağlayacak şartlar içinde, makul aralıklarla, gizli oyla serbest seçimler yapmayı taahhüt eder**”. Sözleşmenin bütün hükümleri buna göre uygulanır. Bu hakkın uygulanmasında tüm temel haklar korunmalıdır.

Anayasa Mahkemesinin (Başvuru No: 2012/1272) **4.12.2013 tarihli** aşağıda açıklaması verilmiş başvuru kararında:

“**127.** Anayasa’nın 67. maddesinde seçme, seçilme ve bağımsız olarak veya bir siyasi parti içinde siyasî faaliyette bulunma hakkı güvence altına alınmıştır. Çoğulcu demokratik rejimlerin vazgeçilmez unsurları olarak kabul edilen siyasi partiler, milli iradenin oluşumu, anayasal rejimin işleyişi, siyasal düzeninin varlığı için belirleyici rol oynayan kuruluşlardır. Parlamentar demokraside halk ile yönetim arasındaki bağlantıyı ve parlamentonun siyasi meşruiyetini, demokratik usul ve esaslara göre belirlenen seçimler aracılığıyla halkın temsilcisi olarak seçilen milletvekilleri gerçekleştirirler.

128. Yasama yetkisinin sahibi olan parlamento ve onu oluşturan milletvekilleri anayasal sınırlar içinde toplumda var olan farklı siyasi görüşlerin temsilcileridirler. Serbest seçimlerle halkın adına karar alma yetkisi verilen milletvekillerinin asli görev alanı parlamento olup, sahip oldukları görev alanı üstün kamusal yarar ve önem içermektedir.

129. Siyasi faaliyetlerde her ülkenin kendi koşulları içinde yasalar ile sınırlamalar getirilebileceği söylenebilir de milletvekillerinin yasama faaliyetlerinde anayasal bir koruma alanına sahip olduğu açıktır. Aslolan halkın siyasi iradesinin engellenmemesi ve hakkın özünün etkisiz hale getirilmemesidir. Seçilmiş milletvekillerinin yasama faaliyetlerini yerine getirmelerini engelleyecek ölçüsüz müdahaleler halk iradesiyle oluşan siyasal temsil yetkisini ortadan kaldıracak, seçmen iradesinin parlamentoya yansımalarını önleyecektir.

130. AİHM “serbest seçim hakkı”nı Avrupa kamu düzeninin temel unsuru olan demokrasinin en önemli ilkelerinden biri olarak kabul etmektedir. AİHM, Sözleşme’ye Ek 1 Nolu Protokol’ün 3. maddesinin koruduğu hakların, hukukun üstünlüğüne dayanan etkili ve anlamlı bir demokrasinin temellerinin kurulması ve sürdürülmesi için hayati öneme sahip olduğunu belirtmiştir (bkz. *Mathieu-Mohin ve Clerfayt/Belçika*, B.No. 9267/81, 2/3/1987, § 47; *Ždanoka/Letonya* [BD], B. No. 58278/00, 16/3/2006, § 103; *Yumak ve Sadak/Türkiye* [BD], B.No. 10226/03, 8/7/2008 § 105).”

Hem Anayasanın 67. Maddesi hem Sözleşmenin Ek Protokol 1’in 3’üncü maddesi nedeniyle herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahip olduğundan “hükümle tutuklama” kararı hak ihlalidir. Kişinin Madde 5 de düzenlenen kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı bakımından özgürlüğünden yoksun tutulması Sözleşmenin 5 maddesinin 1. ve 3. Fıkrasına aykırıdır.

Anayasa’nın 19. maddesinin yedinci fıkrasına göre; “*Tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır. Serbest bırakılma ilgilinin yargılama süresince duruşmada hazır bulunmasını veya hükmün yerine getirilmesini sağlamak için bir güvenceye bağlanabilir.*”

Bir ceza davası kapsamında tutuklanan kişilerin, yargılamanın makul sürede bitirilmesini ve davanın devamı süresince her zaman serbest bırakılmayı isteme hakları vardır ve hem AİHS ve hem Anayasanın 19.'uncu maddesi ile güvence altına alınmıştır.

Gezi davası sanıkları için verilmiş tutuklama kararı denetimi ve incelemesi olmayan bir tutuklama kararıdır. Bu nedenle; tedbir değil cezanın infazı demektir.

Tutukluluk süresinin makul olup olmadığı her davanın kendi özelliklerine göre değerlendirilir.

Ancak asıl kural Anayasanın 38. maddesinde “*Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz*” şeklinde ifadesini bulan masumiyet karinesidir. Yargılama sürecinde kişinin hürriyeti esastır, tutukluluk ise istisnadır. Masumiyet karinesine rağmen tutukluluğun devamı, ancak kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına nazaran daha ağır bir kamu yararının mevcut olması durumunda haklı görülebilir (AYM B.No: 2012/237, 2/7/2013, § 61). Bu nedenle bir davada tutukluluğun makul süreyi aşmamasını gözetmek, öncelikle derece mahkemelerinin görevidir.

Bu amaçla, belirtilen kamu yararı gereğini etkileyen tüm olayların derece mahkemeleri tarafından değerlendirilmesi gerekirken; hak ihlaline neden olacak şekilde hükümlerle birlikte 25.4.2022 tarihinde hükümlerle birlikte tutuklama kararı verilmiştir.

Davası devam eden ve masumiyet karinesi ile korunan kişiler bakımından bir yıldan beri tutukluluk halleri devam eden ve tutukluluk halinin devamında yargıya erişemeyen ve tutuklu kalarak davasının sonucunu beklemek Anayasanın 38 inci ve 2. Maddesine aykırıdır.

Mahkeme neden tutukladığı hakkında sadece bir nedenle, kaçma şüphesi diyerek verdiği gerekçesiz bir tutuklama kararı ile kişileri özgürlüklerinden yoksun ve tutukluluk halinin incelenmesi gibi bir denetimden yoksun bırakmıştır. Hüküm dışında tutuklama kararlarında gerekçenin ne olduğu ortaya konulması gerekirken varsayım tutuklamaya dönmüştür. Gezi Davası sanıklarının tümünün tutukluluk hali kaldırılması gerektiği gibi seçilmiş milletvekilinin içeride tutulması hak ihlali demektir.

3.5.SEÇİLMİŞ OLMAK ve SİYASİ FAALİYETTE BULUNMAK HAKTIR.

Parlamentoda bulunma hakkı önlenemez, milletvekili tahliye edilmelidir.

Nitekim Anayasa Mahkemesinin Başvuru No: 2012/1272 ve 4.12.2013 tarihli Kararında açıklandığı üzere;

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

112. Anayasa'nın 83. maddesi, milletvekillerinin hiçbir baskı ve tehdit altında kalmadan serbestçe yasama faaliyetlerini yürütebilmelerini temin etmek için yasama sorumsuzluğu ve dokunulmazlığı kurumlarına yer vermiştir. Bu bağlamda milletvekillerine yasama faaliyetleri sırasındaki oy ve sözleri nedeniyle mutlak bir sorumsuzluk tanınmıştır. Ayrıca milletvekillerinin işledikleri iddia edilen suçlar nedeniyle tutulma, tutuklanma, sorgulanma ve yargılanmaya karşı, yasama faaliyetlerine aksatmadan katılmalarını temin etmek amacıyla **dokunulmazlık yoluyla koruma altına alınmışlardır. Bu güvenceler, milletvekillerine tanınan bir ayrıcalık ya da imtiyaz olmaktan ziyade, temsil ettikleri seçmenlerinin görüş ve düşüncelerinin siyasal alanda gereği gibi yansıtılmasını sağlamaya dönük koruyucu tedbirlerdir.** Nitekim Anayasa Mahkemesi 30/12/1997 tarihli kararında dokunulmazlığın amacını "yasama organı üyelerini, görevlerini tam olarak yerine getirmelerini engelleyecek gereksiz suçlamalardan korumak" şeklinde ifade etmiştir (AYM, E. 1997/73, K. 1997/73, K.T: 30.12.1997)."

3.6 ANAYASININ 67 İNCİ VE 13. MADDESİ BİRLİKTE DEĞERLENDİRİLMELİDİR

Anayasanın 13. Maddesine göre; temel hak ve hürriyetler özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlandırılabilir. Bu nedenle Anayasa ile vatandaşlara tanınmış olan seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı Anayasa'nın 13. Maddesine göre "ancak kanunla sınırlandırılabilir".

Anayasa'nın 67. maddesinin birinci fıkrasına göre; vatandaşlarca "kanunda gösterilen şartlara uygun olarak" seçme, seçilme ve siyaset yapma hakkı kullanılabilir. Yine 67 madde 4'üncü fıkrasına göre "Bu hakların kullanılması kanunla düzenlenir."

Bu durumda Anayasanın 13. Maddesi ile 67'nci madde birlikte değerlendirilmelidir. Anayasanın 67 inci maddesinde yer alan seçme, seçilme ve siyaset yapma hak ve özgürlüğünün bir sınırı olması gerektiği düşünülecek olursa; sınırlandırmaların da bir sınırı olması gerekir ve sınırlandırma ölçütleri Anayasanın 13. Maddesinde yer alan sınırlandırma ölçütleri gözetilerek yapılmalıdır.

Anayasa'nın, hem 13. hem 67 inci maddesi birlikte sınırlandırma ölçütlerinin belirlenmesinde "kanunilik" şartını aramaktadır.

O halde Anayasa ile koruma altında bulunan seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkına yapılan herhangi bir müdahalelerin kanuni dayanağının bulunması şarttır. Kanunilik ilkesi gereği kanuni düzenleme bulunması şartı; Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesine uygun olarak **belirli ve öngörülebilir** olmalıdır.¹

Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "Anayasanın 14'üncü maddesindeki durumlar" ibaresi kapsamındaki suçların neler olduğu açıkça belirlenmemiştir. Bu durumların hangi suçları kapsadığı konusunda "kanuni" düzenleme yoktur. Kanun koyucu 14. Madde kapsamına giren söz konusu suçları belirleyen bir kanuni düzenleme yapmamıştır.

Bu nedenle ilk derece mahkemeleri yargılamaya konu edilen suçun Anayasa'nın 14. maddesi kapsamına giren bir suç olup olmadığını Anayasanın 14. Maddesini yorumlayarak karar vermektedir. Dolayısıyla ilk derece mahkemeleri yürürlükte bulunan bir kanun metnini yorumlayarak veya uygulayarak karar vermemekte, doğrudan Anayasa hükmünü yorumlayarak karar vermektedir. Derece mahkemelerinin Anayasa'nın 14. maddesine ilişkin olarak yaptığı

¹ AYM Birinci Bölüm. Sebhat Tuncel Başvurusu. B.B No: 2012/1051, 20.02.2014 tarih. Bölüm 71. Aynı yönde M. Balbay AYM BB. Kararı.

böyle bir “yorumun” öngörülebilirliği ve belirliliğini açıklayan kanunilik ölçütüne uygun olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. Norm denetiminde olduğu gibi bireysel başvuru yolunda da Anayasa maddelerinin nihai yorum yetkisi Anayasa Mahkemesine aittir.²

Daha net bir ifade ile; "Anayasanın 14'üncü maddesindeki durumlar" ibaresi, Anayasa'nın 14. maddesinin birinci fıkrasındaki “yasama dokunulmazlığı dışında bırakılan suçları” sadece yargı organlarının kararlarıyla anlamlı bir şekilde belirlemeye ve böylece **belirlilik ve öngörülebilirliği** sağlayacak şekilde yorumlamaya elverişli değildir.

Dolayısıyla; hangi suçların bu kapsamda görülüp yasama dokunulmazlığı kapsamı dışında tutulacağını Anayasa'nın 14. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan genel ifadeler üzerinden belirlemek de güçtür.

Anayasa'nın 14. maddesi temel hak ve özgürlüklerin hangi amaçlarla kullanılabileceğini düzenlerken, diğer taraftan Anayasa hükümlerinin temel hak ve özgürlükleri Anayasa'nın öngördüğünden daha geniş sınırlandıracak şekilde yorumlanmasını engellemeye ilişkin genel hükümler içermektedir. “Bu maddeyle engellenmek istenilen faaliyetlerin suç teşkil eden eylemlerle sınırlı olmadığı, maddenin suç teşkil etsin ya da etmesin belli amaçlarla yapılacak tüm faaliyetleri içeren geniş bir kapsama sahip olduğu anlaşılmaktadır.” Genel bir düzenleme olan Anayasanın 14'üncü maddesinin asıl amacı yasama dokunulmazlığının kapsamı dışında bırakılan suçları belirlemek değildir. Bu durumda zaten Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "Anayasanın 14'üncü maddesindeki durumlar" ibaresinin yargı organlarınca **belirliliği ve öngörülebilirliği** sağlayarak anlamlı bir şekilde yorumlanması ve buna uygun bir karar verebilmeleri mümkün görünmemektedir.³

Yargıtay kararlarında terörle bağlantılı suçları "Anayasanın 14'üncü maddesindeki durumlar" kapsamında görme eğilimindedir. Oysa Anayasanın 14. maddenin kapsamı terörle bağlantılı suçlardan çok daha geniş yorumlanabilmektedir. Örneğin öğretide tartışmalı olan terör örgütü propagandası suçunu Anayasanın 14. Maddesi kapsamında görmektedir.

Anayasa koyucu "Anayasanın 14'üncü maddesindeki durumlar" ibaresinin belirliliğini sağlama görevini kanun koyucuya vermiştir. Yorum yoluyla 14. madde kapsamına giren suçları belirlemek için yargı organına açık bir yetki vermemiştir. Kaldı ki yargı organı kural koyucu bir organ değildir. Yorum yoluyla yasama dokunulmazlığının ve dolayısıyla seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının kapsamını belirleyemez. Bir başka anlatımla yorum yoluyla Anayasanın 83. Maddesindeki düzenleme bakımından bir istisna getirerek Anayasanın 14. Maddesindeki durumları genişletmek hukuka aykırılıktır (AYM Genel Kurul Kararı BB. 2018/30030).

Kısaca; Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtildiği üzere, Anayasa'nın 83. Maddesine göre TBMM'nin rızası olmadıkça seçilmiş bir milletvekili görevi süresince hiçbir şekilde tutulamaz, tutuklanamaz, sorgulanamaz ve yargılanamaz. Seçilmiş milletvekilinin yasama dokunulmazlığının bulunmadığı yargı organlarınca tespit edilebileceğine dair kanuni ve Anayasal bir düzenleme yoktur. Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "Anayasanın 14'üncü maddesindeki durumlar" ibaresinin kapsamına hangi suçların girdiği

² AYM Genel Kurul Kararı Kadri Enis Berberoğlu Başvurusu (2). B.B. No: 2018/30030. Karar tarihi 17.09.2020

³ AYM Genel Kurul Kararı. Ömer Faruk Gergerlioğlu. B. B. No: 2019/10634. Karar Tarihi 1.7.2021

hakkında yargı organları tarafından yapılan ve/veya yapılacak yorumlarla kanunilik ilkesi gereği hukuken **belirlilik ve öngörülebilirliği** sağlamak mümkün değildir.

Aksine bir durumda ise seçilmiş milletvekilinin Anayasa'nın 83. maddesinde koruma altına alınan yasama dokunulmazlığından faydalanamaması nedeniyle milletvekillerinin aynı zamanda Anayasa'nın 67. maddesinde yer alan seçilme ve siyasi faaliyette bulunma haklarına müdahale oluşturduğu ve temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmiş olacağı açıktır.

3.7 ANAYASANIN 83/2 VE 67. MADDELERİ VARDIR VE UYGULANMALIDIR

Temel hak ve özgürlükler kullanılmak için vardır. Anayasadaki kurallar uygulanmak için yazılmıştır. Yargı kararı ile Anayasal kuralların uygulanması önlenemez; aksi takdirde haklar ihlal edilmiş olur.

Anayasa Madde 83/2 ve 67 madde uygulanmalıdır. Bu maddelerin uygulanmasında herhangi bir sınırlandırma veya uygulanması için bir engel, bir sınırlandırma yoktur. Yorum hak ve özgürlüklerden yana yapılmalıdır.

Anayasanın 83. maddesinde yasama dokunulmazlığına bazı istisna ve sınırlamalar getirilmiştir ve örneğin dokunulmazlık kural olarak milletvekilliği süresiyle sınırlıdır. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ile seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasa'nın 14. maddesindeki **durumlar** dokunulmazlık kapsamı dışındadır.

Anayasa'nın 83. maddesinde 14. maddeye yapılan atıfla getirilen istisna durumları, Anayasa'nın 67. maddesindeki seçilme hakkı da dikkate alınarak **dar ve özgürlük lehine** yorumlanmalıdır.

Bu nedenle **hükmen hakkında tutukluluk kararı verilmiş kişi olarak** Ş. Can Atalay 28. Dönem Genel Milletvekili seçimlerinde 14 Mayıs 2023 tarihi itibariyle milletvekili seçilmiş olduğundan bir yıl bir aydan beri "**tutuklu**" olması ve seçildiği tarihten itibaren yaklaşık bir aydan beri salıverilmemiş olması yüzünden yasama faaliyetine katılamaması sonucunda mahrum kalınan siyasi faaliyet hakkı ve daha önemlisi asıl kamu yararının da dikkate alınması şarttır. Dolayısıyla, milletvekili seçilmiş kişinin siyasi faaliyette bulunma ve temsil hakkı ile davasının halen Yargıtay'da incelemede bulunduğu bu aşamada tutuklu sürdürülmesindeki kamu yararı arasında ölçülü bir denge kurulamamaktadır. Temsil ettiği kişilerin ona oy verenlerin temel haklarını kullanamamakta onları temsilen siyaset yapamamaktadır. Oysa seçilmiş milletvekili olarak siyaset yapma isteği sürekli var olan ve bunu kullanmak isteyen milletvekilinin bu hakkı elinden alınmış olmakta ve tutukluk halinin sürmesi nedeniyle halkın temsili yönünden engellenmektedir.

Gezi Davası tutukluları bakımından olsun seçilmiş Milletvekili Can Atalay yönünden olsun gezi davasında verilmiş hükümlerle birlikte verilmiş tutuklama kararları esastan hukuka aykırıdır.

Bu nedenle, tutuklama kararı Can Atalay bakımından koruma tedbiri olmaktan çıkmış ve cezalandırmaya dönüşmüş olmakla Anayasanın 83. Maddesindeki dokunulmazlık korumasına "infaza dönüştüğü için" zaten hukuka aykırıdır. Anayasa ve AİHS deki seçilme hakkını işlevsiz hale getirmiştir.

Bütün Milleti temsil etmek üzere 28. Dönem için, yani belli bir süre için seçilen milletvekilinin, siyaset hakkını kullanmasına engel olmayacak koruma tedbirlerinin uygulanabilirliği üzerinde özenle durulmalıdır. Nitekim CMK'nin 109. Maddesine 6352 sayılı yasa değişikliğiyle 109. maddesinin (3) numaralı fıkrasına yapılan eklemelerle koruma tedbirlerinin yani adli kontrol mekanizmalarının çoğaltıldığı ve tutuklamanın mümkün olduğunca azaltıldığı bir eğilim benimsenmiştir.

Yasa koyucunun tutuklama yerine adli kontrol hükümlerini özgürlüklerden yana çoğaltırken; yargının aksine kararlarıyla tutukluluk halinin sürdürülmesini tercih etmesi kuvvetler ayrılığı ilkesini ortadan kaldırır özgürlükleri sınırlandırır.

Hükümle birlikte verilen tutuklama kararı hiçbir sanık için kişiselleştirilmemiştir. Sanıkların hükmen tutukluluk halleri incelenmemektedir. Mahkeme az yukarıda açıklandığı üzere neden kaçacaklarının gerekçelendirip açıklayamadığı gibi yeterince kişiselleştirilmemiş varsayımlarla milletvekili seçilmiş olan Can Atalay'ın kaçacağına dair inandırıcı somut olgular ortaya koyamamıştır.

Dava kapsamında yargılanan sanıklardan hiçbirisi kaçmaz. Hiçbir sanık kaçmaya teşebbüs etmez. Varsayım veya verilen hükümdeki ceza miktarı nedeniyle kaçmaya karine olarak değerlendirilmesi hukuka aykırı olduğu gibi; böyle bir karine CMK 100'üncü maddeyle bile kabul edilmemiştir. Aksi takdirde masumiyet karinesi ve bununla bağlantılı olarak kişi özgürlüğü hakkındaki ilkeler zedelenir. Asıl olan özgürlüğün esas, tutukluluğun istisna olduğu yönündeki anlayışla "tutukluluk" kararları kaldırılmalıdır.

Anayasa'nın 67. maddesinin birinci fıkrasıyla bağlantılı olarak Anayasanın 19. maddesinin yedinci fıkrasının ihlal edildiği açıktır ve milletvekili seçilen sanığın salıverilmesi gerekir.

Tutukluluk bakımından Gezi Davası sanıklarının tutukluluk hali gayri hukukidir. Seçilmiş Milletvekili olarak Can Atalay hakkındaki tutuklama kararı açıklanan nedenlerle kaldırılmalıdır.