



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

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

ŞAHİN ALPAY / TÜRKİYE
(Başvuru No. 16538/17)

KARAR

STRAZBURG

20 Mart 2018

KESİNLEŞME TARİHİ
20 Haziran 2018

İşbu karar Sözleşme'nin 44 § 2 maddesinde belirtilen koşullar çerçevesinde kesinleşecek olup bazı şekli değişikliklere tabi tutulabilir.

© T.C. Adalet Bakanlığı, 2018. Bu gayri resmî çeviri, Adalet Bakanlığı, İnsan Hakları Dairesi Başkanlığı tarafından yapılmış olup, Mahkeme açısından bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Bu çeviri, davanın adının tam olarak belirtilmiş olması ve yukarıdaki telif hakkı bilgisiyle beraber olması koşulu ile Adalet Bakanlığı, İnsan Hakları Dairesi Başkanlığına atıfta bulunmak suretiyle ticari olmayan amaçlarla alıntılanabilir.

Şahin Alpay / Türkiye davasında,*Başkan*

Robert Spano,

Yargıçlar

Paul Lemmens,

Ledi Bianku,

Nebojša Vučinić,

Valeriu Griţco,

Jon Fridrik Kjølbro,

Ergin Ergül, (*juge ad hoc*)

ve İkinci Bölüm Yazı İşleri Müdürü Stanley Naismith'in katılımıyla, Daire olarak toplanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İkinci Bölüm), 20 Şubat 2018 tarihinde gerçekleştirdiği müzakerelerin ardından, aynı tarihte aşağıdaki kararı vermiştir:

USUL

1. Türkiye Cumhuriyeti aleyhine açılan (16538/17 başvuru no.lu) davanın temelinde, Türk vatandaşı olan Şahin Alpay'ın ("başvuran"), 28 Şubat 2017 tarihinde, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına ilişkin Sözleşme'nin ("Sözleşme") 34. maddesi uyarınca Mahkeme'ye yapmış olduğu başvuru bulunmaktadır.

2. Başvuran, Mahkeme önünde İstanbul Barosuna bağlı Avukat F. Çağıl tarafından temsil edilmiştir. Türk Hükümeti ("Hükümet"), kendi yetkilisi tarafından temsil edilmiştir.

3. Başvuran, özellikle, tutukluluğunun Sözleşme'nin 5, 10 ve 18. maddelerini ihlal ettiğini iddia etmiştir.

4. Mahkeme, 3 Mart 2017 tarihinde, davanın öncelikli olarak incelenmesine karar vermiştir (Mahkeme İçtüzüğü'nün 41. maddesi).

5. Sözleşme'nin 5. maddesinin 1, 3, 4 ve 5. fıkraları ile Sözleşme'nin 10. ve 18. maddelerine ilişkin şikâyetler, 13 Haziran 2017 tarihinde, Hükümet'e bildirilmiş ve başvurunun geri kalan kısmının kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir.

6. Hükümet ve başvuran, davanın kabul edilebilirliği ve esası hakkındaki yazılı görüşlerini Mahkeme'ye sunmuştur.

7. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri ("İnsan Hakları Komiseri"), davaya müdahil olma hakkını kullanmış ve yazılı görüşlerini sunmuştur (Sözleşme'nin 36. maddesinin 3. fıkrası ve Mahkeme İçtüzüğü'nün 44. maddesinin 2. fıkrası).

8. Birleşmiş Milletler Düşünce ve İfade Özgürlüğünün Korunması ve Geliştirilmesi Özel Raportörü ("Özel Raportör") ve aşağıda sıralanan sivil toplum kuruluşları tarafından da Mahkeme'ye yazılı görüşler gönderilmiştir. Davaya müştereken, müdahil olarak katılan bu kuruluşlar şunlardır: ARTICLE 19, Avrupa Gazeteciler Birliği, Gazetecileri Koruma Komitesi, Avrupa Basın ve Medya Özgürlüğü Merkezi, Avrupa Gazeteciler Federasyonu, İnsan Hakları İzleme Örgütü (*Human Rights Watch*), Sansür Endeksi (*Index on Censorship*), Uluslararası Gazeteciler Federasyonu, Uluslararası Basın Enstitüsü, Uluslararası PEN Kulübü (*PEN International*), ve Sınır Tanımayan Gazeteciler ("müdahil taraf olan sivil toplum kuruluşları"). Bölüm Başkanı, Sözleşme'nin 36. maddesinin 2. fıkrası ve Mahkeme İçtüzüğü'nün 44. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, Özel Raportörün ve sivil toplum kuruluşlarının davaya müdahil taraf olarak katılmasına izin vermiştir.

9. Hükümet ve başvuran, müdahil tarafların görüşlerine cevaben görüşlerini sunmuştur.

10. Başvuran, 18 Ocak 2018 tarihli yazıyla, Mahkeme'yi, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvurusuna ilişkin kararını verdiğine ve Yüksek Mahkeme'nin ihlal tespitine rağmen, İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi'nin serbest bırakılma talebini reddettiğine dair bilgilendirmiştir. Mahkeme, 19 Ocak 2018 tarihli yazısıyla, Hükümeti, bu konuyla ilgili yorumlarını

sunmaya davet etmiştir. Hükümet, 29 Ocak 2018 tarihinde, ek görüşlerini Mahkeme'ye göndermiştir.

OLAY

I. DAVANIN KOŞULLARI

11. Başvuran, 1944 doğumludur ve halen İstanbul'da tutuklu bulunmaktadır.

A. Başvuranın mesleki geçmişi

12. Başvuran, “Gülen” cemaatinin ana yayın organı olarak değerlendirilen ve olağanüstü hal kapsamında 668 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin kabul edilmesi ve 27 Temmuz 2016 tarihinde yayımlanmasının ardından kapatılan *Zaman* Gazetesi için 2002 yılından beri çalışan bir gazetecidir (bk. aşağıdaki 14-18. paragraflar). Başvuran ayrıca, 2001 yılından beri, İstanbul'da özel bir üniversite bünyesinde karşılaştırmalı siyaset ve Türkiye'nin siyasi tarihi derslerini vermiştir.

13. Başvuran, 15 Temmuz 2016 tarihli darbe girişimi öncesinde son yıllarda, mevcut Hükümetin politikalarına ilişkin eleştirel bakış açısıyla gündemdeydi.

B. 15 Temmuz 2016 tarihli darbe girişimi ve olağanüstü hal ilan edilmesi

14. 15 Temmuz'u 16 Temmuz 2016'ya bağlayan gece, Türk Silahlı Kuvvetleri mensubu olan ve "Yurtta Sulh Konseyi" olarak adlandırılan bir grup, demokratik yolla seçilen Meclisi, Hükümeti ve Cumhurbaşkanını ortadan kaldırmak amacıyla askeri darbe girişiminde bulunmuştur.

15. Darbe girişimi sırasında, darbeciler tarafından kontrol edilen askerler, Meclis ve Cumhurbaşkanlığı Külliyesi de dâhil olmak üzere,

Devlet kurumlarına ait olan stratejik öneme sahip birçok binayı bombalamışlar ve Cumhurbaşkanı'nın bulunduğu otele saldırı düzenlemişler, Genelkurmay Başkanı'nı esir almışlar, televizyon kanallarına saldırmışlar ve göstericiler üzerine ateş açmışlardır. Şiddet eylemlerinin iz bıraktığı bu gece boyunca, 300'den fazla kişi öldürülmüş ve 2.500'den fazla kişi yaralanmıştır.

16. Askeri darbe girişiminin ertesi günü, ulusal makamlar Pensilvanya'da (Amerika Birleşik Devletleri) yaşayan bir Türk vatandaşı olan ve *FETÖ/PDY* ("Fetullahçı Terör Örgütü/Paralel Devlet Yapılanması") denilen bir terör örgütünün lideri olduğu iddia edilen Fetullah Gülen'in cemaatini suçlamışlardır. Ardından yetkili savcılıklar tarafından bu örgütün üyesi olduğu iddia edilen kişiler hakkında birçok ceza soruşturması başlatılmıştır.

17. Hükümet, 20 Temmuz 2016 tarihinde, 21 Temmuz 2016 tarihinden itibaren üç aylık bir süre için olağanüstü hal ilan etmiş, ardından olağanüstü hal, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından üç aylık sürelerle, son olarak 19 Ocak 2018 tarihinden itibaren uzatılmıştır.

18. Türk makamları, 21 Temmuz 2016 tarihinde, Avrupa Konseyi Genel Sekreterine, 15. madde bağlamında Sözleşme'nin aksıya alındığını tebliğ etmiştir.

C. Başvuranın yakalanması ve gözaltına alınması

19. *FETÖ/PDY* üyesi olduğu iddia edilen kişilere karşı başlatılan soruşturmalardan biri kapsamında, söz konusu terör örgütüne üye olmakla suçlanan başvuran, 27 Temmuz 2016 tarihinde, İstanbul'da bulunan evinde yakalanmış ve gözaltına alınmıştır.

20. Başvuran, 30 Temmuz 2016 tarihinde, İstanbul Emniyet Müdürlüğünde, avukatı refakatinde, sorgulanmıştır. İfadesinin alınması sırasında başvuran, yasa dışı bir örgüte üye olduğunu kabul etmemiştir.

İstanbul Cumhuriyet savcısı, aynı tarihte yetkili hâkimden, başvuranın yasa dışı bir örgüte üye olmaktan tutuklanmasına karar verilmesini talep etmiştir.

21. Yine aynı tarihte, başvuranın da aralarında bulunduğu Zaman gazetesinde çalışan birçok kişi, sorumlu ve yazar, İstanbul 4. Sulh Ceza Hâkimi önüne çıkarılmıştır. Sulh ceza hâkimi, başvuranın, kendisine isnat edilen fiillerle ve suçlamalarla ilgili ifadesini almıştır. Başvuran, Zaman gazetesinde görüşlerini açıklayabilmek ve Avrupa standartlarına uygun bir demokratik sistem için çalışmaya başladığını, laik bir insan olduğunu, Fetullah Gülen hareketinin sebep olduğu tehdidin ancak 15 Temmuz 2016 tarihinde gerçekleşen askeri darbe girişiminden sonra farkına vardığını ve demokrasiye karşı yapılan her türlü ihlale karşı olduğunu belirtmiştir.

22. Sulh ceza hâkimi, duruşma sonucunda, başvuran tarafından yazılan – kendisine göre 17 Aralık 2013 tarihinden sonra bile söz konusu terör örgütünü savunur niteliğe sahip olan- makaleleri dikkate alarak, ilgilinin tutuklanmasına karar vermiştir. Hâkim, bu bağlamda askeri darbe girişimi öncesinde E.D. (*Zaman* gazetesi yazı işleri müdürü) hakkında bir ceza davası açılmış olmasına rağmen, başvuranın bu gazete ve söz konusu örgütün medya yapılanması bünyesinde çalışmaya devam ettiğini kaydetmiştir. Hâkim, ilgilinin tutuklanmasına ilişkin kararın gerekçesinde, şu unsurları dikkate almıştır: başvuran hakkında atılı suçları işlediğine dair kuvvetli şüphelerin varlığı, söz konusu suçun niteliği ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 100. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen kuvvetli şüphenin bulunması halinde şüpheli kişinin tutuklanmasının haklı olduğu kabul edilen "katalog" suçlar arasında yer alması, kaçma riski, delil unsurlarının mevcut durumu ve bozulması riski ile tutukluluğa alternatif tedbirlerin, ilgilinin ceza yargılamasına katılmasını sağlamak için yetersiz olması riski.

23. Başvuran, 5 Ağustos 2016 tarihinde, hakkında verilen tutukluluk kararına karşı itirazda bulunmuştur. Başvuran, tutuklanmasını haklı gösteren sebeplerin bulunmadığını ileri sürmüştür. Ayrıca başvuran, sağlık durumunun cezaevi koşullarına uygun olmadığını belirtmiştir. İstanbul 5.

Sulh Ceza Hâkimi, 8 Ağustos 2016 tarihli bir kararla, ilgilinin itirazını reddetmiştir.

24. Başvuran, 17 Ekim 2016 tarihinde, yeniden serbest bırakılmasını talep etmiştir. İstanbul 10. Sulh Ceza Hâkimi, 19 Ekim 2016 tarihli kararıyla, bu talebi reddetmiştir. Hâkim, kararına gerekçe olarak, özellikle darbecilerin, askeri darbeye zemin hazırlamak için, ülke yöneticilerinin diktatör olduğu algısını yaratma ihtiyacının olduğunun tespit edilmiş bir olgu olduğunu belirtmiştir. Hâkime göre, başvuran tarafından yazılan ve Cumhurbaşkanını, görevini bırakması gereken bir diktatör olmakla suçlayan makaleler, bu propagandaya katkıda bulunmuştur.

25. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı, 10 Nisan 2017 tarihinde, başvuranın da aralarında bulunduğu *FETÖ/PDY*'nin medya ağının parçası olmakla ve özellikle Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 309, 311 ve 312. maddeleri ile birlikte aynı kanunun 220. maddesinin 6. fıkrasına dayanılarak suçlanan birçok kişi hakkında cebir ve şiddet kullanarak anayasal düzeni, Türkiye Büyük Millet Meclisini ve Hükümeti ortadan kaldırmaya teşebbüs etme, terör örgütünün üyesi olmaksızın örgüt adına suç işleme suçlarından düzenlediği iddianamesini İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi'ne sunmuştur. Savcılık, başvuranın da aralarında bulunduğu bu kişilerin üç kez ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının yanı sıra on beş yıla kadar hapis cezasına çarptırılmalarını talep etmiştir. Savcılık, delil unsuru olarak, başvuran tarafından 2013 ve 2014 yıllarında yazılmış altı makaleyi sunmuştur.

26. Cumhuriyet savcısı, başvuran ve *FETÖ/PDY* medya sorumlularına karşı açılan aynı ceza soruşturması kapsamında suçlanan diğer kişiler tarafından yazılan makalelerin, yazarlarının Hükümete karşı muhalefet ve eleştirinin ifadesi olarak değerlendirilemeyeceğini ileri sürmüştür. Savcı, başvuranla ilgili olarak, başvuran tarafından kullanılan ifadelerin, resmi makamların haklarını ihlal etmiş olması ve sosyal barış ile kamu düzenini tehdit etmeleri sebebiyle, basın özgürlüğü sınırlarını aştığı kanaatine varmıştır. Cumhuriyet savcısına göre, başvuran, makalelerinde, muhtemel

bir askeri darbeye teşvik etmek konusunda tereddüt etmemiş ve özet olarak, söz konusu terör örgütünün çıkarlarına hizmet eden işlevleri yerine getirmiştir.

27. Başvuran, ceza yargılaması boyunca, suç teşkil eden herhangi bir eylemde bulunduğunu kabul etmemiştir.

28. Ceza davası, İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi önünde halen derdesttir.

D. Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuru

29. Başvuran, 8 Eylül 2016 tarihinde, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuştur. Başvuran, makaleleri sebebiyle tutuklanmasından şikâyet etmiş ve bu bağlamda özgürlük ve güvenlik hakkı ile ifade ve basın özgürlüğü hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvuran ayrıca, iyi huylu prostat büyümesi, hiperlipidemi, hiperürisemi, multinodüler guatr ve uyku apnesi rahatsızlıklarından muzdarip olması sebebiyle, sağlık durumunun cezaevi koşullarına uygun olmadığını ileri sürmüştür. Bu bağlamda başvuran, Anayasa Mahkemesi'nden, tahliyesine imkân verebilecek, tutuklamaya alternatif bir tedbir alınmasına karar vermesini talep etmiştir.

30. Anayasa Mahkemesi, 26 Ekim 2016 tarihli kararla, bu türden bir tedbirin uygulanmasını reddetmiştir. Zira Anayasa Mahkemesi, her şeyden önce, başvuranın tutuklandığı andan itibaren, sağlık durumuyla ilgili olarak düzenli şekilde gözlemlendiği ve kaldığı cezaevi bünyesinde bir devlet hastanesinin bulunduğu kanaatine varmıştır. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi, 4 Ekim 2016 tarihinde ilgilinin, bu anlamda sunmuş olduğu bir talep üzerine, ertesi gün bir doktor tarafından cezaevinde muayene edildiğini ve ardından söz konusu devlet hastanesinin üroloji birimine sevk edildiğini, ilgilinin bu birimde 20 Ekim 2016 tarihinde muayene edildiğini ve bir sonraki muayene tarihi olarak 22 Mart 2017 tarihinin belirlendiğini kaydetmiştir. Anayasa Mahkemesi, bu koşullarda, başvuranın tutukluluk

halinin söz konusu tarihte, hayatı veya sağlığı için herhangi bir tehlike teşkil etmediği kanaatine varmıştır. Anayasa Mahkemesi ayrıca, sağlık durumunda veya tutukluluk koşullarında bir değişiklik olması durumunda, başvuranın serbest bırakılmasını talep etmek için yeniden tedbir talebinde bulunabileceğini belirtmiştir.

31. Anayasa Mahkemesi, 11 Ocak 2018 tarihinde, altıya karşı on bir oyla, özgürlük ve güvenlik hakkı ile ifade ve basın özgürlüğü hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir (no. 2016/16092).

32. Anayasa Mahkemesi, başvuranın tutukluluk kararının yasallığına ilişkin şikâyeti hakkında, öncelikle ilgilinin tutukluluğunun dayandırıldığı delil unsurları arasında şunların bulunduğunu tespit etmiştir: i) 21 Aralık 2013 tarihinde yayımlanan "*Din Savaşımı*" başlıklı makale, ii) 24 Aralık 2013 tarihinde yayımlanan "*Cumhurbaşkanı Seyirci Kalamaz*" başlıklı makale, iii) 28 Aralık 2013 tarihinde yayımlanan "*Erdoğan ile Batı Arasında*" başlıklı makale, iv) 8 Şubat 2014 tarihinde yayımlanan "*Evet Suç da Ceza da Şahsidir*" başlıklı makale, v) 1 Mart 2014 tarihinde yayımlanan "*Bu Millet Bidon Kafalı Değildir*" başlıklı makale ve vi) 29 Mart 2014 tarihinde yayımlanan "*Çıkar Yol Erdoğan'sız Hükümet*" başlıklı makale. Anayasa Mahkemesi, bu unsurların içeriğini inceledikten sonra, söz konusu makalelerde, özellikle "17-25 Aralık [2013]" ceza soruşturmalarıyla ilgili konuların ele alındığı kanaatine varmıştır. Başvuran, makalelerde, söz konusu ceza soruşturmasında isimleri geçen Hükümet üyelerinin, adalet karşısına çıkarılmaları gerektiğine ve Cumhurbaşkanı'nın ve iktidar partisinin yöneticilerinin bu amaçla hareket etmekle yükümlü olduğuna dair görüşlerini belirtmiştir. Başvuran, Hükümetin bu soruşturmaya karşı tepkisinin haksız olduğunu ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi ayrıca, başvuranın, ihtilaf konusu soruşturmanın, *FETÖ/PDY* üyesi olduğu iddia edilen kişilerin talimatı üzerine yürütülmüş olması durumunda, bu kişilere karşı da ceza soruşturması yürütülmesinin gerektiğini yazdığını tespit etmiştir. Bununla birlikte, başvuran, Gülen hareketinin tüm üyelerinin suçlanmasının haksızlık olduğunu ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi

ayrıca, söz konusu makalelerde, başvuranın, Hükümetin cebren devrilmesini savunmadığını kaydetmiştir. Başvuran aksine, iktidar partisinin gelecek seçimlerde kaybedeceğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre, askeri darbe girişiminden bir gün önce gazetede yayımlanan makalesinden de, başvuranın darbelere karşı olduğu anlaşılmıştır. Anayasa Mahkemesi, güncel bir konu hakkında, muhalefet yöneticilerinin düşüncelerine benzer düşüncelerini ifade ettiği kanaatine varmıştır. Anayasa Mahkemesi'ne göre, soruşturmadan sorumlu makamlar, başvuranın *FETÖ/PDY* amaçlarına uygun hareket ettiğini düşündürecek somut bir dayanağın bulunduğunu kanıtlayamamıştır. Anayasa Mahkemesi, başvuranın görüşlerini Zaman gazetesinde açıklamış olmasının, söz konusu örgütün amaçlarından haberdar olduğuna ikna olmak için yeterli sayılamayacağını eklemiştir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi, "bir suçun işlenmiş olduğuna dair kuvvetli bir delilin" bulunduğu, somut olayda yeterince kanıtlanmadığı sonucuna varmıştır. Anayasa Mahkemesi ardından, özgürlük ve güvenlik hakkının ihlal edilip edilmediğini Anayasa'nın 15. maddesi bakımından (bu madde; savaş, genel seferberlik, sıkıyönetim ve olağanüstü hal durumlarında temel hak ve özgürlüklerin kullanımının askıya alınmasını öngörür) incelemiştir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi, öncelikle Anayasa'nın, olağanüstü hal durumunda, Anayasa'nın 19. maddesinden doğan güvencelere karşı tedbirler alınmasına durumun gerektirdiği ölçüde izin verdiğini tespit etmiştir. Bununla birlikte Yüksek Mahkeme, kişilerin, suç işlemiş olduklarına dair haklarında kuvvetli delil bulunmaksızın tutuklanmalarının kabul edilmesi durumunda, özgürlük ve güvenlik hakkı güvencelerinin tamamen anlamını yitireceği kanaatine varmıştır. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi, başvuranın tutukluluğunun, durumun katı gerekleriyle orantılı olmadığına ve Anayasa'nın 19. maddesinin 3. fıkrasında korunduğu şekliyle, ilgilinin özgürlük ve güvenlik hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

33. Anayasa Mahkemesi ardından, ifade ve basın özgürlüğüyle ilgili şikâyetler açısından, başvuranın makaleleri sebebiyle tutuklanmasının ve

tutukluluk halinin devamının, bu hakkın kullanımı açısından bir müdahale olarak değerlendirildiğini tespit etmiştir. Anayasa Mahkemesi, tutukluluğun yasallığına ilişkin tespitlerini dikkate alarak, özgürlükten yoksun bırakma gibi sonuçları olan bu türden ağır bir tedbirin, demokratik bir toplumda gerekli ve orantılı bir müdahale olarak değerlendirilemeyeceği kanaatine varmıştır. Yüksek Mahkeme, ilgilinin tutuklanmasına ve tutukluluk halinin devamına ilişkin kararların gerekçelerinin, bu tedbirin zorunlu bir sosyal ihtiyacı karşılayıp karşılamadığını veya neden gerekli olduğunu tespit etmeye açıkça izin vermediğini kaydetmiştir. Anayasa Mahkemesi, son olarak, başvuranın tutuklanmasının, ilgilinin makalelerinden başka herhangi bir somut unsura dayandırılmamış olması sebebiyle, ifade ve basın özgürlüğü üzerinde caydırıcı bir etkiye sahip olabileceğini belirtmiştir (Anayasa Mahkemesi kararının 140. paragrafı). Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 15. maddesinin uygulanmasıyla ilgili olarak, tutukluluğun yasallığına ilişkin olarak yapmış olduğu tespitlere atıf yapmıştır (Anayasa Mahkemesi kararının 108-110. paragraflarında yer alan tespitler– yukarıdaki 32. paragraf) ve Anayasa'nın 26 ve 28. maddeleri anlamında ifade ve basın özgürlüğünün de ihlal edildiğine karar vermiştir.

34. Anayasa Mahkemesi, başvuranın tutukluluk koşullarının insan onuruna saygı ilkesine uygun olmadığına ilişkin şikâyetiyle ilgili olarak, başvuranın, cezaevi bünyesinde sağlık durumunun gerektirdiği tedaviye erişiminin bulunduğunu tespit ederek, bu şikâyetin açıkça dayanaktan yoksun olduğuna karar vermiştir.

35. Başvuran, manevi zarar karşılığında herhangi bir tazminat talebinde bulunmamıştır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi, bu kapsamda ilgiliye herhangi bir miktar ödenmesine karar vermemiştir. Başvuran, maruz kaldığını düşündüğü maddi zarar bağlamında, miktar belirtmeksizin tazminat talep etmiştir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi, tespit edilen ihlal ile iddia edilen zarar arasında illiyet bağı bulunmadığı kanaatine vararak, bu talebi reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi, masraf ve gider olarak

başvurana 2.219,50 Türk lirası (TRY) (yaklaşık olarak 500 avro (EUR)) verilmesinin uygun olduğu kanaatine varmıştır.

36. Başvuranın kararın verildiği tarihte halen tutuklu bulunması sebebiyle, Anayasa Mahkemesi, bu kararın, "gereğini" yapması için İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi'ne tebliğ edilmesine karar vermiştir.

E. İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi'nin, Anayasa Mahkemesi kararının ardından tutumu

37. Başvuranın avukatı, 11 Ocak 2018 tarihinde, müvekkilinin serbest bırakılması için İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi'ne başvurmuştur.

38. İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi kararının henüz kendisine tebliğ edilmediği gerekçesiyle, aynı gün bu talebi reddetmiştir.

39. İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi kararının kendi internet sitesinde yayımlandığını gözlemledikten sonra, 12 Ocak 2018 tarihinde, başvuranın tutukluluğuna ilişkin meseleyi re'sen incelemiştir. Ağır Ceza Mahkemesi, adli bir karara karşı Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel bir başvurunun esasına ilişkin incelemenin, temel hakların ihlal edilip edilmediğinin tespitine ve bir ihlalin sonlandırılmasına imkân veren uygun tedbirlerin belirlenmesine dayandığını belirterek ve ayrıca bu türden bir başvuru kapsamında temyiz yöntemlerinin Anayasa Mahkemesi tarafından incelenemeyeceğini belirterek, Anayasa Mahkemesi'nin dosyada yer alan delil unsurlarını değerlendirme yetkisi olmadığı kanaatine varmıştır. Bu bağlamda Ağır Ceza Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi'nin 2016/16092 sayılı kararının yasaya uygun olmadığını ve görev gaspı oluşturduğunu kaydetmiştir. Ağır Ceza Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi'nin kararlarının etkisiyle ilgili olarak, sadece Anayasa'ya ve yasaya uygun olan kararların nihai ve bağlayıcı olarak değerlendirilebileceğini eklemiştir. Ağır Ceza Mahkemesi ayrıca, başvuranın tutukluluk halinin devamını haklı göstermek için daha kapsamlı

gerekçe göstermenin mümkün olduğunu ve bunun için dosyada ilgili aleyhine yeterince delil bulunduğunu kaydetmiştir. Bununla birlikte, Ağır Ceza Mahkemesi, tutukluluk halinin devamını haklı gösteren gerekçelerin detaylı açıklamasının, hâkimlerin bir davanın esası hakkında karar verilmesinden önce görüşlerini açıklaması olarak değerlendirilebileceğinden, bu durumun *ihsas-ı rey* teşkil edebileceği kanaatinde olduğunu kaydetmiştir. Dolayısıyla Ağır Ceza Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi kararını kabul etmenin imkânsız olduğunu tespit etmiştir. Son olarak Ağır Ceza Mahkemesi, ihtilaf konusu kararın görev gaspı oluşturduğunu hatırlatarak, bire karşı iki oyla, başvuranın tutukluluğu hakkında karar vermeye gerek olmadığı kanaatine varmıştır.

40. Azınlık görüşündeki hâkim, ayrıık görüşünde, çoğunluğun Anayasa Mahkemesi kararının yasaya uygun olmadığına dair görüşüne katıldığını açıklamıştır. Bununla birlikte, söz konusu hâkim, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen kararların nihai niteliğini ve Ağır Ceza Mahkemesi için bağlayıcı olduğunu kaydederek, ilgilinin serbest bırakılmasına karar verilmesi gerektiği kanaatinde olduğunu belirtmiştir.

41. İlgili, 12 Ocak 2018 tarihinde, serbest bırakılması amacıyla bu karara itiraz etmiştir.

42. İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesi, 15 Ocak 2018 tarihinde verdiği kararla, oy birliğiyle, özellikle İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından sunulan aynı gerekçelerle, başvuranın itirazını reddetmiştir.

43. Başvuran, 1 Şubat 2018 tarihinde, Anayasa Mahkemesi'ne yeniden bireysel başvuruda bulunmuştur. Başvuran, Sözleşme'nin 5, 6 ve 18. maddelerini ileri sürerek, esasen Anayasa Mahkemesi tarafından verilen 11 Ocak 2018 tarihli karara rağmen tutukluluk halinin devam etmesinden şikâyet etmiştir.

II. İLGİLİ İÇ HUKUK VE UYGULAMASI

A. İlgili Anayasa hükümleri

44. Anayasa'nın 11. maddesi aşağıdaki gibidir:

"Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.

Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz."

45. Anayasa'nın 15. maddesi aşağıdaki gibidir:

“ Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.

Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler ile, ölüm cezalarının infazı dışında, kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.”

“Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.

(Değişik: 7.5.2004-5170/2 md.) Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.”

46. Anayasa'nın 19. maddesinin somut olayla ilgili kısımları aşağıdaki gibidir:

“Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir.

(...)

Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilir. Hâkim kararı olmadan yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir; bunun şartlarını kanun gösterir. (...)"

47. Anayasa'nın 26. maddesinin 1 ve 2. fıkraları aşağıdaki gibidir:

"Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.

Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir."

48. Anayasa'nın 28. maddesinin somut olayla ilgili kısımları aşağıdaki gibidir:

"Basın hürdür, sansür edilemez. (...)

Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır.

Basın hürriyetinin sınırlanmasında, Anayasanın 26 ve 27 nci maddeleri hükümleri uygulanır. (...)"

49. Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası aşağıdaki gibidir:

"Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7.5.2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır."

50. Anayasa'nın 153. maddesinin 1 ve 6. fıkraları aşağıdaki gibidir:

“Anayasa Mahkemesinin kararları kesindir. İptal kararları gerekçesi yazılmadan açıklanamaz.

(...)

Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar.”

B. Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında 6216 Sayılı Kanun

51. 6216 Sayılı Kanunun 45. maddesinin 1 ve 2. fıkraları aşağıdaki gibidir:

"(1) Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.

(2) İhlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmuş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir."

52. 6216 Sayılı Kanunun 50. maddesinin 1 ve 2. fıkraları aşağıdaki gibidir:

"(1) Esas inceleme sonunda, başvuru hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. Ancak yerindelik denetimi yapılamaz, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez.

(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvuru lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırarak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."

C. Türk Ceza Kanunu ("TCK") hükümleri

53. TCK'nın 309. maddesinin 1. fıkrası aşağıdaki gibidir:

"Cebir ve şiddet kullanarak, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzeni ortadan kaldırmaya veya bu düzen yerine başka bir düzen getirmeye veya bu düzenin fiilen uygulanmasını önlemeye teşebbüs edenler ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılırlar."

54. TCK'nın 311. maddesinin 1. fıkrası aşağıdaki gibidir:

"Cebir ve şiddet kullanarak Türkiye Büyük Millet Meclisini ortadan kaldırmaya veya Türkiye Büyük Millet Meclisinin görevlerini kısmen veya tamamen yapmasını engellemeye teşebbüs edenler ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasıyla cezalandırılırlar."

55. TCK'nın 312. maddesinin 1. fıkrası aşağıdaki gibidir:

"Cebir ve şiddet kullanarak Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ortadan kaldırmaya veya görevlerini yapmasını kısmen veya tamamen engellemeye teşebbüs eden kimseye ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilir. "

56. Diğer taraftan, TCK'nın, yasa dışı bir örgüt adına suç işlemeyi cezalandıran 220. maddesinin 6. fıkrası aşağıdaki gibidir:

" [Yasadışı] Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca örgüte üye olmak suçundan da cezalandırılır. "

57. TCK'nın, yasa dışı bir örgüte üye olmak suçunu öngören 314. maddesinin 1 ve 2. fıkraları aşağıdaki gibidir:

"(1) Bu kısmın dördüncü ve beşinci bölümlerinde yer alan suçları işlemek amacıyla, silahlı örgüt kuran veya yöneten kişi, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Birinci fıkarda tanımlanan örgüte üye olanlara, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir."

D. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun ("CMK") ilgili hükümleri

58. Tutuklama, CMK'nın 100. maddesi ve devamında gelen maddelerde düzenlenmiştir. CMK'nın 100. maddesine göre, bir kimse, ancak hakkında

suç işlediğine dair kuvvetli şüphelerin varlığını gösteren somut olguların bulunması ve tutukluluğun bu maddede sıralanan gerekçelerden biri ile haklı gösterilmesi durumunda tutuklanabilmektedir. Şüphelinin kaçması veya kaçma riski bulunması halinde ya da şüpheli kişinin delilleri yok etme veya gizleme veyahut tanıkları etkileme riski bulunduğu tutukluluk hali haklı kabul edilmektedir. Kişinin, özellikle Devletin güvenliğine ve anayasal düzene karşı olmak üzere, bazı suçları işlediğine dair kuvvetli şüphelerin bulunması, tutukluluk durumunu haklı göstermek için yeterlidir.

59. CMK'nın 101. maddesine göre, tutuklama kararı, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının talebi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından, kovuşturma evresinde ise Cumhuriyet savcısının talebi üzerine veya re'sen yetkili mahkeme tarafından verilmektedir. Tutuklama ya da tutukluluğun devamı ile ilgili kararlara, sulh ceza hâkimi veya başka bir mahkeme önünde itiraz edilmesi mümkün olup, bu kararlarda hukuki ve fiili gerekçelerin bulunması gerekmektedir.

60. CMK'nın 108. maddesi gereğince, soruşturma evresinde en geç otuzar günlük süreler itibarıyla tutukluluk hâlinin devamının gerekip gerekmeyeceği hususunda, sulh ceza hâkimi tarafından inceleme yapılmalıdır. Aynı süre zarfında tutuklu da, serbest bırakılması için başvuruda bulunabilir. Kovuşturma evresinde, tutukluluk, yetkili mahkeme tarafından her duruşma sonunda ve her halükârda 30 günü geçmeyecek bir süre içerisinde incelenir.

61. CMK'nın 141. maddesinin 1. fıkrasının a) ve d) bentleri aşağıdaki gibidir:

"(1) Suç soruşturması veya kovuşturması sırasında;

a) Kanunlarda belirtilen koşullar dışında yakalanan, tutuklanan veya tutukluluğunun devamına karar verilen,

(...)

d) Kanuna uygun olarak tutuklandığı hâlde makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmayan ve bu süre içinde hakkında hüküm verilmeyen,

(...)

Kişiler maddî ve manevî her türlü zararlarını, Devletten isteyebilirler."

62. CMK'nın 142. maddesinin 1. fıkrası aşağıdaki gibidir:

"Karar veya hükümlerin kesinleştiğinin ilgisine tebliğinden itibaren üç ay ve her hâlde karar veya hükümlerin kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içinde tazminat isteminde bulunulabilir. "

63. Yargıtay içtihatlarına göre, tutukluluğun aşırı uzun sürmesi sebebiyle CMK'nın 141. maddesi uyarınca sunulan tazminat talepleri hakkında karar vermek için, davanın esası hakkında nihai bir kararın beklenmesi gerekli değildir (16 Haziran 2015 tarihli, E. 2014/21585 – K. 2015/10868 sayılı ve E. 2014/6167 –K. 2015/10867 sayılı kararlar).

E. Anayasa Mahkemesi içtihatları

64. Anayasa Mahkemesi, kendi bünyesinde görevli iki üyenin görevine son verilmesine ilişkin olarak verdiği 4 Ağustos 2016 tarihli (no. 2016/12) kararında ve bir kişinin tutuklanmasına ilişkin olarak 20 Haziran 2017 tarihli (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, no. 2016/22169) kararında, diğerleri yanında, askeri darbe girişimi ve sonuçları hakkında da bilgiler vermiş ve değerlendirmelerde bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi, olağanüstü hal ilan edilmesine sebep olan olayları detaylı bir şekilde anayasal bir bakış açısıyla incelemiştir. Anayasa Mahkemesi, bu incelemenin ardından, askeri darbe girişiminin anayasal ilkelere karşı açık ve ciddi bir saldırı olduğu kanaatine varmıştır. Bu ilkelere göre; egemenlik, kayıtsız şartsız, bu egemenliği yetkili organları eliyle kullanan Milletindir. Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasa'dan ve yine demokrasi, hukuk devleti ve insan hakları ilkelerinden almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz. Anayasa Mahkemesi'ne göre, askeri darbe girişimi, demokratik anayasal düzene ve insan haklarına karşı olan tehditlerin ağırlığını somut bir şekilde ortaya çıkarmıştır. Anayasa Mahkemesi, 15 Temmuz'u 16 Temmuz 2016'ya bağlayan gece boyunca meydana gelen saldırıları özetledikten sonra, askeri bir darbenin sebep

olabileceği tehdidin ağırlığını değerlendirmek amacıyla, askeri darbe girişiminin engellenmemiş olması halinde ortaya çıkabilecek tehlikelerin de dikkate alınması gerektiğinin altını çizmiştir. Anayasa Mahkemesi, bu girişimin Türkiye'nin birçok terör örgütünün saldırılarına maruz kaldığı bir dönemde gerçekleşmiş olmasının, ülkeyi daha da savunmasız hale getirdiği ve ulusun varlığı ve yaşamına karşı oluşan tehdidin ağırlığını ciddi ölçüde artırdığı kanaatindedir. Anayasa Mahkemesi, bazı durumlarda bir Devletin, demokratik anayasal düzenine, temel haklara ve milli güvenliğe karşı oluşan tehditleri, olağan idari işlemler aracılığıyla yok etmesinin mümkün olamayacağını kaydetmiştir. Anayasa Mahkemesi, bu sebeple, söz konusu tehditler yok edilene kadar, olağanüstü hal rejimi gibi olağan dışı idari işlemlere başvurma gerekliliği olabileceği kanaatine varmıştır. Anayasa Mahkemesi, 15 Temmuz 2016 tarihli askeri darbe girişiminin sebep olduğu tehditleri dikkate alarak, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu'nun resmi olarak, olağanüstü hal ilan edilmesini gerekli kılan konular hakkında kanun hükmünde kararnameler yayınlama yetkisini kabul etmiştir. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi, temel haklara yapılabilecek her türlü müdahalenin öngörülebilir olması gerektiği ve temel hakların korunması için olağan rejime geri dönülmesi amacını taşıyan olağanüstü hal rejiminin geçici yasal bir rejim olduğu hususuna da vurgu yapmıştır.

III. TÜRKİYE'NİN SÖZLEŞME'Yİ AKSIYA ALMA BİLDİRİMİ

65. Avrupa Konseyi nezdinde Türkiye Daimi Temsilcisi, 21 Temmuz 2016 tarihinde, Avrupa Konseyi Genel Sekreterine Sözleşmenin askıya alındığına ilişkin olarak şu bildirimini göndermiştir:

"[Çeviri]

Türkiye Cumhuriyeti Hükümetinin aşağıda yer alan bildirimini iletiyorum.

Türkiye Cumhuriyeti'nde, 15 Temmuz 2016 tarihinde, demokratik yollarla seçilmiş Hükümeti ve anayasal düzeni ortadan kaldırmak amacıyla geniş çaplı bir darbe girişimi düzenlenmiştir. Bu alçak girişim, Türk Devleti ve birlik ve beraberlik

içerisinde davranan kişiler tarafından başarısızlığa uğratılmıştır. Darbe girişimi ile sonuçları ve diğer terör eylemleri, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin 15. maddesi anlamında ulusun varlığına tehdit oluşturarak, güvenlik ve kamu düzeni açısından büyük tehlikelerin doğmasına sebep olmuştur.

Türkiye Cumhuriyeti, ulusal mevzuata ve uluslararası yükümlülüklerine uygun olarak, kanunla öngörülen gerekli bütün tedbirleri almaktadır. Bu bağlamda, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti, 20 Temmuz 2016 tarihinde, Anayasa'ya (120. madde) ve 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu'na (3. maddenin 1. fıkrasının b) bendi) uygun olarak, üç ay süresince olağanüstü hal ilan etmiştir. (...) Karar, 21 Temmuz 2016 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanmış ve Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından onaylanmıştır. Yine olağanüstü hal, bu tarihten itibaren yürürlüğe girmiştir. Bu süreçte alınan tedbirler, Sözleşmenin 15. maddesinde görüldüğü şekliyle, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'den doğan yükümlülüklerin askıya alınmasını içerebilir.

Dolayısıyla, bu yazının Sözleşme'nin 15. maddesi bağlamında bir bilgi teşkil ettiğinin altını çizmek isterim. Sayın Genel Sekreter, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti, bu amaçla alınan her türlü tedbirle ilgili olarak Sizi bilgilendirecektir. Hükümet, tedbirlerin uygulanması sona erdiğinde de sizi haberdar edecektir.

(...) "

HUKUKİ DEĞERLENDİRME

I. TÜRKİYE'NİN SÖZLEŞME'Yİ ASKIYA ALMASINA İLİŞKİN ÖNCELİKLİ MESELE

66. Hükümet öncelikle, başvuranın bütün şikâyetlerinin, Sözleşme'nin 15. maddesi bağlamında, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne 21 Temmuz 2016 tarihinde tebliğ edilen askıya alma bildiriminin dikkate alınarak incelenmesi gerektiğini belirtmek istemektedir. Bu madde aşağıdaki gibidir:

"1. Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşmeci Taraf, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde ve uluslararası

hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek koşuluyla, bu Sözleşme’de öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilir.

2. Yukarıdaki hüküm, meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölüm hali dışında 2. maddeye, 3. ve 4. maddeler (fıkra 1) ile 7. maddeye aykırı tedbirlere cevaz vermez.

3. Aykırı tedbirler alma hakkını kullanan her Yüksek Sözleşmeci Taraf, alınan tedbirler ve bunları gerektiren nedenler hakkında Avrupa Konseyi Genel Sekreteri’ne tam bilgi verir. Bu Yüksek Sözleşmeci Taraf, sözü geçen tedbirlerin yürürlükten kalktığı ve Sözleşme hükümlerinin tekrar tamamen geçerli olduğu tarihi de Avrupa Konseyi Genel Sekreteri’ne bildirir."

A. Tarafların iddiaları

67. Sözleşme’yi askıya alma hakkını kullanmış olan Hükümet, Türkiye’nin, Sözleşme hükümlerini ihlal etmediği kanaatindedir. Bu bağlamda Hükümet, askeri darbe girişiminin doğurduğu tehlikeler sebebiyle, ulusun varlığını tehdit eden kamusal bir tehlikenin bulunduğunu ve bu tehlikeye cevap olarak ulusal makamlar tarafından alınan tedbirlerin, durumun katı gerekliliği olduğunu belirtmektedir.

68. Başvuran, askıya alma bildiriminin, askeri darbe girişiminden önce yazmış olduğu makaleler sebebiyle haklarının ve özgürlüklerinin kısıtlanmasına izin verecek şekilde yorumlanamayacağını ileri sürmektedir.

69. İnsan Hakları Komiseri, müdahil olduğu sırada, Türkiye’nin Sözleşme’yi askıya alma bildirimi hakkında yorumda bulunmamıştır.

70. Özel Raportör, olağanüstü hal ilanını haklı gösteren koşulların ortadan kalkması durumunda, yukarıda belirtilen askıya alma bağlamında kişilerin haklarını kısıtlamanın mümkün olamayacağını belirtmektedir.

71. Davaya müdahil olan sivil toplum kuruluşları, Hükümetin, halen ulusun varlığını tehdit eden kamusal bir tehlikenin bulunduğunu kanıtlamadığını ileri sürmektedirler. Üstelik bu sivil toplum kuruluşları, başvuranın tutuklanmasının ve tutukluluk halinin devamının durumun katı gerekliliği olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmektedirler.

B. Mahkeme'nin değerlendirmesi

72. Mahkeme, istisnai olan askıya alma hakkının kullanımı için, Sözleşme'nin 15. maddesinde sıralanan koşulların somut olayda bir araya gelip gelmediği sorusunun sorulması gerektiği kanaatindedir.

73. Bu konuda Mahkeme, her şeyden önce, askeri darbe girişimiyle ve başka terörist eylemlerle ortaya çıkan ciddi tehlikelerin, ulusun varlığı açısından oluşturduğu tehdide karşılık vermek için olağanüstü hal ilan edildiğini belirten Türkiye'nin askıya alma bildiriminde, Sözleşme'nin hangi maddelerinin askıya alındığının açıkça belirtilmediğini kaydetmektedir. Bunun yerine söz konusu bildirimde, sadece "alınan tedbirlerin, Sözleşme'den doğan yükümlülüklerin askıya alınmasını içerebileceği" açıklanmıştır. Bununla birlikte Mahkeme, taraflardan hiçbirinin, Türkiye'nin askıya alma bildiriminin Sözleşme'nin 15. maddesinin 3. fıkrasının öngördüğü resmi koşulu, yani Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ni, Sözleşme'nin askıya alınması sonucunda alınan tedbirlerle ve bunu haklı gösteren gerekçelerle ilgili olarak tümüyle bilgilendirmiş olma koşulunu karşıladığına itiraz etmediğini gözlemlemektedir. Mahkeme bu sebeple, bu resmi koşula riayet edildiğini kabul etmeye hazırdır.

74. Mahkeme, ardından, Sözleşme'nin 15. maddesi uyarınca, her Yüksek Sözleşmeci Tarafın, savaş halinde veya ulusun varlığını tehdit eden kamusal bir tehlike doğması durumunda, bu hükmün 2. fıkrasında açıklanan tedbirler haricinde, Sözleşme tarafından öngörülen yükümlülükleri askıya alan tedbirler almaya hakkı olduğunu, ancak bu tedbirlerin kesinlikle durumun gerekleriyle orantılı olması ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle çelişki içerisinde olmamaları gerektiğini kaydetmektedir (bk. *Lawless/İrlanda (No. 3)*, 1 Temmuz 1961, § 22, A Serisi no.3).

75. Mahkeme, "ulusun[un] varlığından" sorumlu olan her Sözleşmeci Devletin, ulusun varlığını tehdit eden "kamusal bir tehlikenin" bulunup bulunmadığını; şayet böyle bir tehlike varsa, bunu ortadan kaldırmak için

nereye kadar ileri gitmek gerektiğini belirlemekle yükümlü olduğunu hatırlatmaktadır (bk. *A. ve diğerleri/Birleşik Krallık* [BD], No. 3455/05, § 173, AİHM 2009). Ülkelerinin dinamik kuvvetleriyle ve zamanın zorlayıcı gerçekleriyle doğrudan ve daimi şekilde bağlantı halinde olan ulusal makamlar, kural olarak, böyle bir tehlikenin varlığına, türüne ve atlatılabilmesi için gerekli askıya alımların kapsamına karar verebilmek için uluslararası hâkimden daha iyi bir konumda bulunmaktadır. Dolayısıyla bu konu hakkında, ulusal makamlara bırakılan takdir yetkisinin kapsamı da geniştir. Bununla beraber Mahkeme, Devletlerin bu alanda o kadar da sınırsız bir yetkiye sahip olmadıklarının altını çizmektedir. Takdir yetkisine bir Avrupa denetimi eşlik etmektedir (bk. *Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık*, 26 Mayıs 1993, § 43, A Serisi no. 258-B).

76. Bu durumda Mahkeme, askeri darbe girişiminin ve sonuçlarının, Sözleşmenin 15. maddesi anlamında ulusun varlığı açısından bir tehdit teşkil ederek, demokratik anayasal düzen ve insan hakları için ciddi tehlikeler doğurduğunu ileri süren Hükümetin tutumunu ve başvuran tarafın bu değerlendirmeye itiraz edilmediğini dikkate almaktadır.

77. Mahkeme, Anayasa Mahkemesi'nin, olağanüstü hal ilan edilmesine sebep olan olay ve olguları anayasal bir bakış açısıyla inceledikten sonra, askeri darbe girişiminin ulusun yaşamı ve varlığına karşı ciddi bir tehdit yarattığı sonucuna vardığını gözlemlemektedir (yukarıdaki 64. paragraf). Mahkeme de aynı şekilde, Anayasa Mahkemesi'nin değerlendirmeleri ve kendi incelemesine sunulan unsurların bütünü ışığında, askeri darbe girişiminin, Sözleşme anlamında "ulusun varlığını tehdit eden kamusal bir tehlikenin" varlığını ortaya koyduğu kanaatindedir.

78. Mahkeme, somut olayda alınan tedbirleri, durumun gerektirip gerektirmediği ve bu tedbirlerin uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülöklere uygun olup olmadığı hususuyla ilgili olarak, başvuranın şikâyetlerinin esası hakkında –daha sonra yapacağı- bir incelemenin gerekli olduğu kanaatindedir.

II. HÜKÜMET TARAFINDAN İLERİ SÜRÜLEN İLK İTİRAZLAR HAKKINDA

79. Hükümet, iç hukuk yollarının tüketilmediğine ilişkin olarak iki itiraz ileri sürmektedir.

A. Tazminat başvurusunda bulunulmamasına ilişkin itiraz hakkında

80. Hükümet, başvuranın tutukluluğuna ilişkin şikâyetleriyle ilgili olarak, ilgilinin, CMK'nın 141. maddesinin 1. fıkrasının a) ve d) bentlerinde öngörülen tazminat talep etme imkânı bulunduğunu belirtmektedir. Hükümet, başvuranın yukarıda belirtilen hükme dayanarak tazminat başvurusunda bulunabileceği ve bulunmuş olması gerektiği kanaatindedir.

81. Başvuran, Hükümetin iddiasına itiraz etmektedir. Başvuran, özellikle tazminat davasının, serbest bırakılmasına ilişkin olarak herhangi bir makul başarı perspektifi sunmadığını ileri sürmektedir.

82. Mahkeme, halen devam etmekte olan özgürlükten yoksun bırakmanın yasallığını amaçlayan bir başvurunun etkin olabilmesi için, ilgili kişiye, itiraz edilen özgürlükten yoksun bırakmanın sonlandırılması perspektifini sunması gerektiğini hatırlatmaktadır (bk. *Gavril Yossifov/Bulgaristan*, No.74012/01, § 40, 6 Kasım 2008 ve *Mustafa Avcı/Türkiye*, No.39322/12, § 60, 23 Mayıs 2017). Nitekim Mahkeme, CMK'nın 141. maddesiyle öngörülen başvuru yolunun, başvuranın tutukluluğuna son verebilecek bir hukuk yolu olmadığını tespit etmektedir.

83. Dolayısıyla Mahkeme, Hükümet tarafından bu bağlamda ileri sürülen itirazın reddedilmesi gerektiği sonucuna varmaktadır.

B. Anayasa Mahkemesi önünde bireysel başvuru yolunun tüketilmediğine ilişkin itiraz hakkında

84. Esasen Mahkeme'nin *Uzun/Türkiye* ((k.k.), No. 10755/13, 30 Nisan 2013) ve *Mercan/Türkiye* ((k.k.), No. 56511/16, 8 Kasım 2016) kararlarında

vardığı sonuçlara atıfta bulunan Hükümet, başvuranı, Anayasa Mahkemesi önündeki bireysel başvuru yolunu tüketmemiş olmakla eleştirmektedir.

85. Başvuran, Hükümetin iddiasına itiraz etmektedir.

86. Mahkeme, başvuranın iç hukuk yollarını tüketme yükümlülüğünün, ilke olarak, başvurunun Mahkeme'ye yapılmış olduğu tarihte değerlendirildiğini hatırlatmaktadır (bk. *Baumann/Fransa*, No. 33592/96, § 47, AİHM 2001-V (özetler)). Bununla birlikte Mahkeme, başvuru yapıldıktan sonra ve başvurunun kabul edilebilirliği hakkında karar verilmeden önce, yasal bir yolun son aşamasına gelineen durumları hoş görmektedir (bk. *Karoussiotis/Portekiz*, No. 23205/08, § 57, AİHM 2011 (özetler), *Stanka Mirković ve diğerleri/Monténégro*, No. 33781/15 ve diğer 3 başvuru, § 48, 7 Mart 2017 ve *Azzolina ve diğerleri/İtalya*, No. 28923/09 ve 67599/10, § 105, 26 Ekim 2017).

87. Mahkeme, başvuranın, 8 Eylül 2016 tarihinde, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunduğunu ve Yüksek Mahkemenin başvurunun esası hakkındaki kararını 11 Ocak 2018 tarihinde verdiğini gözlemlemektedir (bk. yukarıdaki 29 ve 31. paragraflar).

88. Sonuç olarak Mahkeme, Hükümetin bu itirazını da reddetmektedir.

III. SÖZLEŞME'NİN 5. MADDESİNİN 1 VE 3. FIKRALARININ İHLAL EDİLDİĞİ HAKKINDA

89. Başvuran, tutuklanmasına ve tutukluluk halinin devamına ilişkin kararların keyfi olduğundan şikâyet etmektedir. Başvuran, tutuklanmasını gerektiren bir suç işlemiş olmakla suçlanması için inandırıcı sebeplerin bulunduğuyla ilgili olarak, herhangi bir delil unsurunun bulunmadığını iddia etmektedir. Başvuran ayrıca, Anayasa Mahkemesi tarafından 11 Ocak 2018 tarihinde verilen kararda özgürlük ve güvenlik hakkının ihlal edildiğine ilişkin tespite rağmen, tutukluluk halinin devamına karar verilmesinden şikâyet etmektedir. Ayrıca başvuran, aşırı olarak nitelendirdiği tutukluluk süresinden yakınmakta ve tutuklanmasına ve tutukluluk halinin devamına

karar verilen adli kararların yeterince gerekçelendirilmediğini ileri sürmektedir. Başvuran, bu bağlamlarda Sözleşme'nin 5. maddesinin 1 ve 3. fıkralarının ihlal edildiğinden şikâyet etmektedir. Söz konusu hükmün somut olayla ilgili kısımları aşağıdaki gibidir:

“1. Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. Aşağıda belirtilen haller dışında ve yasanın 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 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. “

90. Hükümet bu iddiaya itiraz etmektedir.

A. Tarafların iddiaları

1. Hükümet

91. Hükümet, konu hakkındaki Mahkeme içtihatlarına ilişkin ilkelere atıfta bulunarak (*Klass ve diğerleri/Almanya*, 6 Eylül 1978, A Serisi no. 28, *Murray/Birleşik Krallık*, 28 Ekim 1994, A Serisi no. 300-A ve *İpek ve diğerleri/Türkiye*, No. 17019/02 ve 30070/02, 3 Şubat 2009), öncelikle başvuranın, üyelerinin halen Devlet kurumlarından ve medyadan temizlenemediği bir terör örgütüyle mücadele kapsamında açılan bir ceza soruşturması sırasında yakalandığını ve tutuklandığını beyan etmektedir.

92. Hükümet, başvuran tarafından yazılan ve yukarıda belirtilen makalelerin içeriği bakımından, tarafsız olarak, başvuranın atılı suçları

işlediğine dair suçlanması için inandırıcı sebeplerin bulunduğu kanısına varmanın mümkün olduğunu ileri sürmektedir. Hükümet, soruşturma sırasında elde edilen somut delil unsurları dikkate alındığında, başvuranın da aralarında bulunduğu birçok kişi hakkında ceza davası başlatıldığını ve bu davanın İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi önünde halen derdest olduğunu eklemektedir.

93. Son olarak Hükümet, başvuranın şikâyetlerinin, Sözleşme'nin 15. maddesi bağlamında yapılan 21 Temmuz 2016 tarihli askıya alma bildirimi dikkate alınarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatindedir.

2. Başvuran

94. Başvuran, kendisine isnat edilen fiilleri işlemiş olduğuna dair tarafsız bir gözlemciyi ikna edebilecek herhangi bir olgu ve bilginin bulunmadığını ileri sürmektedir. Başvuran, tutukluluğunun haklı gösterilmesi için Cumhuriyet savcısı ve Hükümet tarafından sunulan makalelerin, ifade özgürlüğü hakkı alanına girdiğini ileri sürmektedir.

95. Başvuran ayrıca, Anayasa Mahkemesi'nin özgürlük ve güvenlik hakkı ile ifade ve basın özgürlüğü hakkının ihlal edildiği tespitine varan nihai ve bağlayıcı kararına rağmen, İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi'nin tutukluluk halinin devamına karar verdiğini belirtmektedir. Sonuç olarak, başvuran, 18 Ocak 2018 tarihli bir yazıyla, Anayasa Mahkemesi'ne yapmış olduğu başvurunun serbest bırakılmasını sağlamadığından da şikâyet etmiştir.

3. Müdahil taraflar

a) İnsan Hakları Komiseri

96. İnsan Hakları Komiseri, tutukluluk tedbirine aşırı başvurulmasının, Türkiye'de çok uzun zaman öncesine dayanan bir sorun olduğunun altını çizmektedir. Bu bağlamda İnsan Hakları Komiseri, olağanüstü hal boyunca yakalananlar ve ifadesi alındıktan sonra serbest bırakılanlar hariç olmak üzere, iki yüz on gazetecinin tutuklandığını kaydetmektedir. Çok sayıda

tutuklu gazetecinin bulunmasının; hâkimlerin, diğerleri arasında tutukluluk tedbirinin istisnai niteliğini göz ardı ederek uygulamasıyla açıklandığını ve bu bağlamda, diğer tüm seçeneklerin yetersiz olduğuna hükmedilmesi durumunda, ancak son tahlilde uygulanması gereken bir tedbirin, burada söz konusu olduğunu belirtmektedir. İnsan Hakları Komiseri, gazetecilerin tutuklanmasına ilişkin davaların çoğunluğunda, ilgililerin, terör faaliyetlerine katılımlarını tespit eden delil unsurları bulunmaksızın, teröre bağlı fiillerden suçlandığını eklemektedir. Bu bağlamda İnsan Hakları Komiseri, suçlamaların zayıf niteliğine ve ilgililerin tutuklanmasına ve tutukluluk halinin devamına ilişkin kararların siyasi içeriğine çok şaşırdığını beyan etmektedir.

b) Özel Raportör

97. Özel Raportör, olağanüstü hal ilan edildiğinden beri, çok sayıda gazetecinin, yeterli delil unsuru bulunmaksızın, belirsiz suçlamalarla tutuklandığını belirtmektedir.

c) Davaya müdahil olan sivil toplum kuruluşları

98. Davaya müdahil olan sivil toplum kuruluşları, askeri darbe girişiminin gerçekleştiği tarihten beri, yüz elliden fazla gazetecinin tutuklandığını belirtmektedirler. Söz konusu kuruluşlar, demokratik bir toplumda medyanın oynadığı önemli rolü belirterek, gazetecilerin özgürlükten yoksun bırakılmasıyla sonuçlanan tedbirlerin kullanımını eleştirmektedirler.

B. Mahkeme'nin Değerlendirmesi

1. Kabul Edilebilirlik Hakkında

99. Mahkeme, Hükümet tarafından başvuranın iç hukuk yollarını tüketmediğine ilişkin olarak ileri sürülen itirazları incelediğini ve reddettiğini hatırlatmaktadır (bk. yukarıdaki 82-83 ve 88. paragraflar).

100. Mahkeme, bu şikâyetlerin, Sözleşme'nin 35. maddesinin 3. fıkrasının a) bendi anlamında açıkça dayanaktan yoksun olmadığını ve herhangi bir kabul edilemezlik gerekçesiyle bağdaşmadığını tespit ederek, kabul edilebilir olduğuna karar vermiştir.

2. Esas Hakkında

101. Mahkeme, öncelikle Sözleşme'nin 5. maddesinin, Sözleşme anlamında "demokratik bir toplumda" çok büyük öneme sahip bir hak olan özgürlük ve güvenlik temel hakkı olduğunu hatırlatmaktadır (bk. *Assanidzé/Gürcistan* [BD], No. 71503/01, § 169, AİHM 2004-II).

102. Her bireyin, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının gereklerine riayet edilmesi dışında, bu hakkının korumasına, yani özgürlükten yoksun bırakılmamaya veya özgürlükten yoksun bırakılma halinin devam etmemesine hakkı vardır (bk. *Weeks/Birleşik Krallık*, 2 Mart 1987, § 40, A Serisi No. 114). Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen istisnalar listesi, eksiksiz bir niteliğe sahiptir (*Labita/İtalya* [BD], 26772/95, § 170, AİHM 2000-IV) 've sadece dar bir yorum yapılması, hiç kimsenin keyfi olarak özgürlüğünden yoksun bırakılmamasını sağlama yönündeki bu hükmün amacı ve konusuyla uygun düşmektedir.' (bk. daha önce anılan *Assanidzé*, § 170, *Al-Jedda/Birleşik Krallık* [BD], No. 27021/08, § 99, AİHM 2011 ve *Buzadji/Moldova Cumhuriyeti* [BD], No. 23755/07, §84, AİHM 2016 (özetler)).

103. Mahkeme bunun ardından, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının c) bendinin, bir kimsenin tutuklanmasına ancak suç işlediğine dair şüphelenilmesi için hakkında inandırıcı sebeplerin bulunması durumunda, yetkili adli bir mercii önüne çıkarılması amacıyla başlatılmış bir ceza davası kapsamında izin verdiğini hatırlatmaktadır (bk. *Jécius/Litvanya*, No. 34578/97, § 50, AİHM 2000-IX, *Wloch/Polonya*, No. 27785/95, § 108, AİHM 2000-XI ve *Poyraz/Türkiye* (k.k.), No. 21235/11, § 53, 17 Şubat 2015). Yakalamanın dayandırılması gereken şüphelerin "inandırıcılığı", daha önce anılan 5. maddenin 1. fıkrasının c) bendi tarafından sunulan korumanın temel unsurunu teşkil etmektedir. İnanırıcı şüphelerin bulunması durumunda, bir kimsenin kendisine isnat edilen suçu işlemiş

olabileceğine ilişkin olarak tarafsız bir gözlemciyi ikna etmeye hazır olgu veya bilgilerin bulunduğu önceden varsayılır. Bununla birlikte şüphelerin inandırıcılığının geçerli sayılabilmesi, koşulların tamamına dayanmaktadır (bk. *Fox, Campbell ve Hartley/Birleşik Krallık*, 30 Ağustos 1990, § 32, A Serisi No. 182, *O'Hara/Birleşik Krallık*, No. 37555/97, § 34, AİHM 2001-X, *Korkmaz ve diğerleri/Türkiye*, No. 49574/99, § 37, 19 Eylül 2006 ve *Çiçek/Türkiye* (k.k.), No. 72774/10, § 62, 3 Mart 2015).

104. Mahkeme ayrıca, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının c) bendinin, soruşturma makamlarının, yakalama sırasında suçlamalarda bulunmak için yeterli delil topladığını önceden varsaymadığını hatırlatmaktadır. Bu bent bağlamında bir tutukluluk sırasında yürütülen soruşturmanın amacı, yakalamaya dayanak oluşturan somut şüphelerin onaylanmasıyla veya bertaraf edilmesiyle ceza soruşturmasının tamamlanmasıdır. Yine, şüphelerin doğmasına sebep olaylar, ceza soruşturmasının sonraki aşamasında devreye giren mahkûmiyetin haklı gösterilmesi veya suçlama yapılması için gerekli şüphelerle aynı düzeyde olması gerekmemektedir (daha önce anılan *Murray*, § 55, *Metin/Türkiye* (k.k.), No. 77479/11, § 57, 3 Mart 2015 ve *Yüksek ve diğerleri/Türkiye*, No. 55835/09 ve diğer 2 başvuru, § 52, 31 Mayıs 2016).

105. Mahkeme'nin görevi, meşru bir amacın izlenmesi de dâhil olmak üzere, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının c) bendinde belirlenen koşulların, incelemesine sunulan davada yerine getirilip getirilmediğini belirlemeye dayanır. Bu bağlamda, kendilerine sunulan delilleri değerlendirmek için daha iyi bir konumda bulunan ulusal mahkemelerin olaylarla ilgili değerlendirmesini dikkate almak yerine kendi değerlendirmesini yapması, ilke olarak Mahkeme'nin görevi değildir (bk. *Ersöz/Türkiye* (k.k.), No. 45746/11, § 50, 17 Şubat 2015 ve *Mergen ve diğerleri/Türkiye*, No. 44062/09 ve diğer 4 başvuru, § 48, 31 Mayıs 2016).

106. Mahkeme, somut olayda, bir terör örgütüne üye olmakla suçlanan başvuranın, 27 Temmuz 2016 tarihinde gözaltına alındığını ve 30 Temmuz 2016 tarihinde tutuklandığını gözlemlemektedir. Mahkeme ardından,

İstanbul Cumhuriyet savcısının, 10 Nisan 2017 tarihli iddianameyle, ilgilinin, cebir ve şiddet kullanarak anayasal düzeni, Türkiye Büyük Millet Meclisini ve Hükümeti ortadan kaldırmaya teşebbüs etme, terör örgütü adına suç işleme suçlarından mahkûmiyetini talep ettiğini ve bu ceza davasının İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi önünde derdest olduğunu kaydetmektedir. Mahkeme ayrıca, ceza soruşturması ve yargılaması sırasında, başvuranın serbest bırakılması için yapılan başvuruların her seferinde reddedildiğini ve başvuranın halen cezaevinde tutuklu bulunduğunu tespit etmektedir.

107. Mahkeme ayrıca, başvuran tarafından Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunulmasının ardından, Yüksek Mahkeme'nin, 11 Ocak 2018 tarihinde verilen ve 19 Ocak 2018 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan bir kararla, soruşturmadan sorumlu makamların, başvuranın FETÖ/PDY'nin amaçları doğrultusunda hareket ettiğini düşündürebilecek olgusal bir dayanak bulunduğunu kanıtlayamadıkları kanaatine vardığını kaydetmektedir. Anayasa Mahkemesi, savcılık tarafından sunulan delilleri değerlendirerek, başvuranın atılı suçları işlediğine dair kuvvetli bir delil bulunmadığına hükmetmiştir. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 15. maddesinin uygulanmasıyla ilgili olarak (savaş, genel seferberlik, sıkıyönetim ve olağanüstü hal durumlarında temel hak ve özgürlüklerin askıya alınmasını öngören), kişilerin, suç işlediklerine dair haklarında kuvvetli bir delil bulunmaksızın tutuklanabilmelerinin kabul edilmesi durumunda özgürlük ve güvenlik hakkının bütün anlamını yitireceği sonucuna varmıştır. Anayasa Mahkemesi nazarında, ihtilaf konusu özgürlükten yoksun bırakma, dolayısıyla durumun mutlak gereklilikleriyle orantılı değildir.

108. Mahkeme, bu durumda, başvuranın Anayasa'nın 19. maddesinin 3. fıkrası ihlal edilerek tutuklandığının ve tutukluluk haline devam edildiğinin Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edildiğini gözlemlemektedir (bk. Anayasa Mahkemesi kararının 103. paragrafı). Mahkeme, bu sonucun özünde ilgili tarafından maruz kalınan özgürlükten

yoksun bırakmanın Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasını ihlal ettiğinin kabul edildiği anlamına geldiği kanaatindedir. Mahkeme, mevcut davanın kendine özgü koşullarında, Anayasa Mahkemesi'nin derin bir inceleme sonucunda varmış olduğu sonuçlara katılmaktadır.

109. Dolayısıyla Mahkeme'nin incelemesi, ulusal makamların tespit edilen ihlali uygun ve yeterli şekilde telafi edip etmediklerini ve Sözleşme'nin 5. maddesinden doğan yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini belirlemekle sınırlı kalacaktır. Bu bağlamda Mahkeme; Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'nın 19. maddesinin 3. fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmasına rağmen, başvuranın serbest bırakılma talebi hakkında son tahlilde karar vermeleri beklenen İstanbul 13 ve 14. Ağır Ceza Mahkemeleri'nin, İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi'nin, Anayasa Mahkemesi'nin kararının yasaya uygun olmadığı kanaatine varması sebebiyle ilgilinin serbest bırakılma talebini reddettiklerini gözlemlemektedir.

110. Mahkeme, Anayasa'nın ve 6216 sayılı Kanunun, Anayasa Mahkemesi'ne olağan hukuk yollarının tüketilmesinin ardından, Anayasa ile Sözleşme ve Protokolleri tarafından korunan temel hak ve özgürlüklerinden yoksun bırakıldıklarını iddia eden bireyler tarafından yapılan başvuruları inceleme yetkisi verdiğini kaydetmektedir.

111. Mahkeme, Sözleşme'nin 5. maddesi açısından Anayasa Mahkemesi önünde oluşturulan bireysel başvuru yolunu daha önce de özellikle *Koçintar/Türkiye* davası kapsamında incelediğini hatırlatmaktadır ((k.k.), No. 77429/12, 1 Temmuz 2014). Söz konusu davada, bu hukuk yolunun incelenmesi sonucunda, Mahkeme, Anayasa Mahkemesi önünde bireysel başvurunun, başvuruların Sözleşme'nin 5. maddesine ilişkin şikâyetine uygun bir telafi yolu ve makul başarı perspektifleri sunmadığını belirtmeye imkân verecek hiçbir delil unsuruna sahip olmadığına kanaat etmiştir. Bu sebeple Mahkeme, özellikle Anayasa Mahkemesi'nin Sözleşme hükümlerinin ihlal edildiğini tespit etme yetkisi olduğunu ve Yüksek Mahkeme'nin tazminat ödenmesi suretiyle ve/veya ihlalin telafisine ilişkin

yolları belirterek ve gerektiğinde, ilgili yargı makamına tespit edilen hak ihlalinin sürdürülmesini yasaklama ve ilgilinin zararının mümkün olduğunca ihlalden *önceki duruma (statu quo ante)* getirilmesini isteme imkânı veren ve vermesi gereken uygun yetkilerle donatıldığını kaydetmiştir (daha önce anılan *Koçintar*, § 41). Nitekim Mahkeme, Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'nın 19. maddesi tarafından güvence altına alınan bir özgürlük hakkının ihlalini tespit ettiğinde ve başvuranın halen özgürlükten yoksun olduğu durumda, Yüksek Mahkemenin, “gerekenin” yapılması için ihlal kararının ilgili mahkemeye tebliğ edilmesine karar verdiğini gözlemlemiştir. Mahkeme, Anayasa Mahkemesi'nin kararlarının, Anayasa'nın 153. maddesinin 6. fıkrasından doğan bağlayıcı niteliğini dikkate alarak (bu hükme göre, Yüksek Mahkemenin kararları, bütün Devlet organlarını ve gerçek ve tüzel kişileri bağlar), bireysel başvuruya ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi'nin kararlarına uygulamada riayet etme hususunun, *öncelikle (a priori)* Türkiye’de sorgulanmaması gerektiği ve bu Mahkemenin ihlal kararlarının etkin bir şekilde uygulanmasından şüphe duyulmasına yer olmadığı kanaatine varmıştır (daha önce anılan karar *Koçintar*, § 43).

112. Yukarıda belirtildiği gibi (bk. yukarıdaki 37-42. paragraflar), Anayasa Mahkemesi kararının resmi internet sitesinde yayımlanmasının ardından (bk. yukarıdaki 39-40. paragraflar), İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi, başvuranın serbest bırakılmasına ilişkin talebini oy çokluğuyla, Anayasa Mahkemesi'nin dosyada yer alan delil unsurlarını değerlendirmekle yetkili olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Dolayısıyla İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi, söz konusu kararın yasaya uygun olmadığı ve görev gaspı oluşturduğu kanaatine varmıştır. İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesine göre, Anayasa Mahkemesi'nin yasaya uygun olmayan kararlarının, bağlayıcı nitelikte oldukları değerlendirilemez. Ağır Ceza Mahkemesi, ilgilinin tutukluluk halinin devamını haklı gösteren aleyhinde yeterince delil unsurları bulunduğunu, ancak ihsas-ı rey oluşturabileceği sebebiyle tutukluluğun devamına ilişkin kararlarda, bu unsurların detaylı

olarak açıklanmasının mümkün olmadığını eklemiştir. Kısaca, Ağır Ceza Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi kararının görev gaspı teşkil ettiğini değerlendirerek, başvuranın tutukluluğuna ilişkin mesele hakkında karar vermeye yer olmadığına hükmetmiştir.

113. Yukarıda belirtilenler ışığında, iç hukukta görülen davanın gidişatından, başvuranın tutukluluğunun Türk Anayasası ve Sözleşme tarafından güvence altına alındığı şekliyle, özgürlük ve güvenlik hakkı ile gazeteciliğe ilişkin ifade özgürlüğünü ihlal ettiğine dair Anayasa Mahkemesi'nin ihlal tespitine rağmen, Ağır Ceza Mahkemelerinin başvuranın serbest bırakılma talebini reddettikleri anlaşılmaktadır. Dolayısıyla Mahkeme'ye, ulusal düzeydeki bu durumun, başvuranın Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrası bağlamındaki şikâyetine ilişkin olarak kendi değerlendirmesi üzerinde ne ölçüde bir etkisi olacağının incelenmesi için başvurulmuştur.

114. Mahkeme, Türk hukukunda, tutukluluk tedbirinin, esasen Anayasa'nın 19. maddesi ve CMK'nın 100. maddesi tarafından düzenlendiğini gözlemlemektedir. Bu bağlamda Mahkeme, ceza mahkemelerinin bir kimsenin tutukluluğu konusunu öncelikle CMK'nın 100. maddesi bakımından değerlendirdikleri halde, Anayasa Mahkemesi'nin incelemesini özellikle Anayasa'nın 19. maddesi açısından yaptığını tespit etmektedir. Yine Mahkeme, Anayasa Mahkemesi'nin ve İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi'nin kararlarının gerekçelerinden, bu iki yargı organı tarafından izlenen kriterlerin, özellikle dosyada yer alan delil unsurlarını değerlendirme yetkisine ilişkin olarak örtüştüğünün anlaşıldığını gözlemlemektedir. Bu bağlamda Mahkeme, 13. Ağır Ceza Mahkemesi'nin Anayasa Mahkemesi'nin dosyada yer alan unsurları değerlendirmemesi gerektiğine dair gerekçesine katılamamaktadır. Nitekim aksi bir tutum, Anayasa Mahkemesi'nin ilgili aleyhinde sunulan delillerin içeriğini incelemeksizin, ilgilinin tutukluluğuna ve tutukluluk halinin devamına ilişkin kararın yasallığıyla ilgili şikâyeti inceleyebileceğini ileri sürmek anlamına gelecektir.

115. Daha sonra Mahkeme, öncelikle somut olayda, Anayasa Mahkemesi'nin 11 Ocak 2018 tarihli kararından önce, Hükümetin Mahkeme'den, ilgilinin bireysel başvurusunun Anayasa Mahkemesi önünde derdest olması sebebiyle iç hukuk yollarının henüz tüketilmediği gerekçesiyle başvuruyu reddetmesini açıkça talep ettiğini hatırlatmaktadır (bk. yukarıdaki 84. paragraf). Bu gerekçeyle Hükümet, dolayısıyla Anayasa Mahkemesi önünde bireysel başvuru yolunun Sözleşme'nin 5. maddesi anlamında etkin bir başvuru yolu teşkil ettiğine dair görüşünü kuvvetlendirmiştir. Diğer taraftan, bu değerlendirme, Mahkeme'nin (daha önce anılan) *Koçintar/Türkiye* kararında varmış olduğu sonuçlara uygundur. Kısaca, Mahkeme, Hükümetin bu gerekçesinin Türk hukukunda, şayet Anayasa Mahkemesi'nin başvuranın tutukluluğunun Anayasa'ya aykırı olduğuna karar vermesi durumunda, tutukluluk halinin devamını haklı gösteren yeni gerekçe ve delil unsurları sunulmadıkça, ancak tutukluluk hakkında karar vermekle yetkili olan mahkemelerin başvuranın mutlaka serbest bırakılmasına yol açacak şekilde hareket etmelerinin gerektiği şeklinde yorumlanabileceği kanaatindedir. Bununla birlikte, mevcut durumda, 13. Ağır Ceza Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi'nin 11 Ocak 2018 tarihli kararının ardından, iç hukuku Hükümetin Mahkeme'ye sunduğundan farklı bir şekilde yorumlayarak ve uygulayarak başvuranın serbest bırakılma talebini reddetmiştir.

116. Mahkeme'nin de düzenli olarak teyit ettiği gibi, iç hukukun yorumlanması ve uygulanması öncelikle ulusal makamların ve özellikle ulusal mahkemelerin görevi olsa da, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrası bakımından iç hukuka riayet edilmemesi, Sözleşme'nin ihlaline neden olur ve Mahkeme, iç hukuka riayet edilip edilmediğini denetleyebilir ve denetlemelidir (bk. *Mooren/Almanya* [BD], No. 11364/03, § 73, 9 Temmuz 2009). Mahkeme, bununla birlikte içeriğinde bulunan genel ilkeler de dâhil olmak üzere, iç hukukun kendisinin açık veya zımni şekilde Sözleşme'ye uygun olup olmadığını da denetlemelidir. Bu son hususla ilgili olarak, Mahkeme, özgürlükten yoksun bırakma konusunda, hukuki güvenlik genel

ilkesine riayet edilmesinin özellikle önemli olduğunun altını çizmektedir (daha önce anılan *Mooren*, § 76). Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrası, her türlü özgürlükten yoksun bırakmanın "hukuka uygun" olması ve "yasal yollara göre" gerçekleştirilmesi gerektiğini öngörerek, bu türden bir tedbirin sadece iç hukukta yasal bir dayanağının olmasını gerektirmez. Sözleşme'nin 8 ve 11. maddelerinin 2. paragraflarında yer alan "kanunla öngörülen" kelimeleri gibi, bu madde de, kanunun niteliğini amaçlar ve Sözleşme maddelerinin ayrılmaz kavramı olan hukukun üstünlüğü ilkesine uygun olmasını talep eder. Son olarak ve her şeyden önce, hiçbir keyfi tutukluluk, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasına uygun değildir, zira bu bağlamda "keyfi" kavramı ulusal hukuka uygunsuzluğun da ötesine geçmektedir. Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının c) bendi kapsamında, bir kişi tarafından maruz kalınan tutukluluğun keyfi olduğu kanaatine varılıp varılmaması gerektiğini belirlemek söz konusu olduğunda, tutukluluk kararının gerekçesi, ilgili bir unsuru teşkil etmektedir (daha önce anılan *Mooren*, §§ 77 ve 79).

117. Mahkeme, Türk yasa koyucunun, Sözleşme hükümlerinin ihlallerinin tespiti için Anayasa Mahkemesini yetkilendirme ve ihlallerin telafisi için uygun yetkilerle donatma iradesini gösterdiğini (daha önce anılan *Uzun*, §§ 62-64) daha önce de *Uzun ve diğerleri/Türkiye* ((k.k.), No. 10755/13, 30 Nisan 2013) kararında belirttiğini hatırlatmaktadır. Ardından Mahkeme, Sözleşme'nin 5. maddesine ilişkin şikâyetlerle ilgili olarak, *Koçintar/Türkiye* (yukarıda anılan) kararında, Anayasa Mahkemesi tarafından Türk Anayasası uyarınca verilen kararların niteliğini ve sonuçlarını değerlendirmiştir. Anayasa'nın 153. maddesinin 1. fıkrası, Anayasa Mahkemesi kararlarının, "nihai" olduğuna hükmetmektedir. Üstelik Mahkeme'nin daha önce *Koçintar* kararında altını çizdiği gibi, Anayasa'nın 153. maddesinin 6. fıkrası, Anayasa Mahkemesi'nin kararlarının, yasama, yürütme ve yargı kuvvetleri organlarını bağladığına hükmetmektedir (bk. yukarıda anılan *Uzun*, § 66). Dolayısıyla Mahkeme'ye göre, Anayasa Mahkemesi'nin, Türk anayasal yapısı içerisinde yargı erkini

tamamlayan bir unsuru teşkil ettiği ve Mahkeme'nin daha önce *Koçintar* kararında hükmettiği gibi ve Hükümetin mevcut davada Mahkeme önünde açıkça ileri sürdüğü gibi, ceza yargılaması sırasında tutuklanan kişilere etkin bir başvuru yolu sunarak, Anayasa'nın 19. maddesi ve Sözleşme'nin 5. maddesi uyarınca özgürlük ve güvenlik hakkının korunması açısından önemli bir rolü olduğu açıktır (ayrıca bk. daha önce anılan *Mercan/Türkiye*, §§ 17-30).

118. Mahkeme, bu dayanak üzerine, özellikle Hükümetin, Sözleşme'nin 5. maddesi bakımından Mahkeme önünde ileri sürmüş olduğu Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolunun etkinliğiyle ilgili iddiaları dikkate alarak, yüksek anayasal yargı organı tarafından verilen "nihai" ve "bağlayıcı" bir kararın ardından, İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından başvuranın serbest bırakılma talebinin reddine ilişkin olarak ileri sürülen gerekçelerin, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının gereklerine uygun olduğu şeklinde değerlendirilemeyeceğini tespit etmektedir. Bir mahkemenin, bireysel başvurulara ilişkin olarak nihai ve bağlayıcı kararlar verme yetkileriyle donatılmış bir anayasa mahkemesinin yetkilerini sorgulaması, hukuk devleti ve hukuki güvenlik temel ilkelerine aykırıdır. Mahkeme, Sözleşme'nin 5. maddesiyle sunulan korumanın ayrılmaz bir parçası olan bu ilkelerin, keyfiliğe karşı sunulan güvencelerin köşe taşları olduğunu hatırlatmaktadır (bk. yukarıdaki 116. paragraf). Anayasa Mahkemesi'nin kararını, "gereğini" yapması için Ağır Ceza Mahkemesi'ne tebliğ etmesine rağmen, Ağır Ceza Mahkemesi, başvuranın serbest bırakılmasını reddederek, Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edilen ihlalin telafi edilmeyeceği şekilde Yüksek Mahkeme'ye karşı gelmiştir. Mahkeme, daha önce yukarıdaki 108. paragrafta, Anayasa Mahkemesi'nin 11 Ocak 2018 tarihli kararında söz konusu kararın verildiği tarihe kadar incelenen tutukluluk süreci açısından varmış olduğu sonuçlara katıldığını beyan ettiğini hatırlatmaktadır. Mahkeme, dosyanın, Anayasa Mahkemesi'nin kararının ardından tutukluluğun dayanağının değiştiğini

gösteren başka yeni bir gerekçe veya delil unsuru içermediğini tespit etmektedir. Bu bağlamda Mahkeme özellikle, Hükümetin, İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi'nde bulunduğu iddia edilen, ilgili hakkında ileri sürülen kuvvetli şüphelerin haklı gösterilmesi için sunulan delil unsurlarının, aslında Anayasa Mahkemesi tarafından incelenenlerden farklı olduğunu göstermediğini kaydetmektedir. Bu koşullarda Mahkeme, Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa'nın 19. maddesinin 3. fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varan, açık ve belirsizliğe yer vermeyen kararının ardından başvuranın tutukluluk halinin devamına karar verilmesinin, özgürlük ve güvenlik hakkının gerektirdiği şekilde "hukuka uygun" olarak ve "yasal yollara göre" gerçekleştirildiği şeklinde değerlendirilemeyeceği kanaatindedir.

119. Mahkeme ayrıca, Türkiye'nin Sözleşme'yi askıya almasıyla ilgili olarak, Anayasa Mahkemesi'nin Türk Anayasası'nın 15. maddesinin uygulanabilirliği hakkında karar verdiğini ve kişilerin bir suç işlediklerine dair kuvvetli bir delilin bulunmaması durumunda tutuklanabileceklerinin kabul edilmesi durumunda, özgürlük ve güvenlik hakkının güvencelerinin, anlamlarını tamamen kaybedeceği kanaatine vardığını gözlemlemektedir (bk. Anayasa Mahkemesi kararının 109. paragrafı). Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi, ihtilaf konusu özgürlükten yoksun bırakmanın, durumun mutlak gerekliliklerine göre orantılı olmadığına hükmetmiştir. Ayrıca benzer bir sonuç, Mahkeme'nin incelemesi için de geçerlidir. Mahkeme, Sözleşme'nin 15. maddesi ve Türkiye'nin Sözleşme'yi askıya alması bakımından, Anayasa Mahkemesi'nin kararındaki gibi, inandırıcı sebeplerin bulunmaması sebebiyle, "hukuka uygun" olmayan ve "yasal yollara göre" gerçekleştirilmeyen tutukluluk tedbirinin, durumun gerektirdiği sıkı tedbire riayet ettiği şeklinde değerlendirilemeyeceği kanaatindedir (bk. *gerekli değişikliklerin duruma uygulanması koşuluyla (mutatis mutandis)* daha önce anılan *A. ve diğerleri*, §§ 182-190, AİHM 2009). Bu bağlamda Mahkeme ayrıca, Hükümetin kendisine, Anayasa Mahkemesi'nin vardığı sonucu

bertaraf etmeye ikna olması için herhangi uygun bir unsur sunmadığını kaydetmektedir.

120. Yukarıda belirtilenler ışığında, somut olayda Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrası ihlal edilmiştir.

121. Mahkeme, Anayasa Mahkemesi'nin kararından sonra bile, İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi'nin kararları uyarınca başvuranın tutukluluğunun devam etmesinin, tutukluluğa ilişkin davalarda Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolunun etkinliğine ilişkin olarak ciddi şüpheler yarattığının altını çizmek istemektedir. Bununla birlikte Mahkeme, güncel durumda, Anayasa'nın 19. maddesi açısından özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilere verilen Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkının, kişilerin özgürlükten yoksun bırakılma şikâyetleri için etkin bir hukuk yolu olduğuna dair önceki tespitini değiştirmemektedir (daha önce anılan *Koçintar/Türkiye*, § 44). Nitekim Mahkeme, ilk derece mahkemelerinin özellikle ağır ceza mahkemelerinin, Anayasa Mahkemesi kararlarının yetkisi konusundaki içtihatlarında meydana gelen muhtemel gelişmeleri dikkate alarak, Sözleşme'nin 5. maddesine ilişkin başvurularda Anayasa Mahkemesi önünde bireysel başvuru sisteminin etkinliğini inceleme hakkını saklı tutmaktadır. Bu bağlamda, bu başvuru yolunun etkinliğini kanıtlamak, teoride olduğu kadar uygulamada da, Hükümetin görevidir (daha önce anılan *Uzun*, § 71).

122. Mahkeme, başvuranın, suç işlediğinden şüphelenilmesi için inandırıcı sebeplerin bulunmadığına dair şikâyetiyle ilgili olarak, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasına ilişkin tespit bakımından, makamların, başvuranın tutuklanmasına ve tutukluluk halinin devamına ilişkin kararları haklı göstermek için "ilgili" ve "yeterli" sayılabilecek gerekçelerle, tutukluluk halinin devamına karar verip vermediklerini Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrası açısından incelemeye gerek olmadığı kanaatindedir.

IV. ANAYASA MAHKEMESİ ÖNÜNDE KISA SÜRE İÇERİSİNDE YARGISAL DENETİM YAPILMAMASI SEBEBİYLE, SÖZLEŞME’NİN 5. MADDESİNİN 4. FIKRASININ İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

123. Başvuran, tutukluluğunun yasallığına itiraz ettiği Anayasa Mahkemesi önünde yürütülen yargılamanın, Sözleşme gereklerine uygun olmadığı kanaatindedir ve söylediğine göre, Yüksek Mahkeme, “kısa sürede” yargılama gerekliliğine riayet etmemiştir. Başvuran bu bağlamda, Sözleşme’nin 5. maddesinin 4. fıkrasını ileri sürmektedir, bu hüküm aşağıdaki gibidir:

“Yakalama veya tutulma yoluyla özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, tutulma işleminin yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar verilmesi ve, eğer tutulma yasaya aykırı ise, serbest bırakılması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.”

124. Hükümet, başvuranın iddiasına itiraz etmektedir.

A. Tarafların iddiaları

1. Hükümet

125. Hükümet, her şeyden önce, Türk hukukunun, tutuklanan kişiler için özgürlükten yoksun bırakılmalarına etkin olarak itiraz edebilecekleri yeterli hukuki güvenceler içerdiğini ileri sürmektedir. Bu bağlamda Hükümet, tutukluların, soruşturmanın ve yargılamanın her aşamasında serbest bırakılmalarını talep edebileceklerini ve bu anlamdaki taleplerinin reddedildiği kararlara itiraz edilebildiğini belirtmektedir. Hükümet, bir tutuklunun, tutukluluk halinin devamı hususunun, otuz günü aşmamak suretiyle düzenli olarak re’sen incelendiğini eklemektedir. Bu bağlamda Hükümet, Anayasa Mahkemesi’nin Sözleşme’nin 5. maddesinin 4. fıkrası açısından bir temyiz mahkemesi olarak değerlendirilmemesi gerektiği kanaatindedir.

126. Ardından Hükümet, Anayasa Mahkemesi'nin iş yüküne ilişkin istatistiklere dayanarak, Yüksek Mahkeme önünde 2012 yılında 1.342 derdest başvurunun bulunduğunu, 2013 yılında bu sayının 9.897'ye yükseldiğini ve Yüksek Mahkemeye 2014 ve 2015 yıllarında sırasıyla 20.578 ve 20.376 başvuru yapıldığını belirtmektedir. Hükümet, 15 Temmuz 2016 ile 9 Ekim 2017 tarihleri arasında Anayasa Mahkemesi'ne 103.496 başvuru yapıldığını belirterek, askeri darbe girişiminden beri, Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvuruların sayısında ciddi bir artış olduğunu eklemektedir. Hükümet, Anayasa Mahkemesi önünde var olan bu istisnai iş yükü ve 21 Temmuz 2016 tarihli askıya alma bildirimi bakımından, Yüksek Mahkemenin “kısa süre” gerekliliğine riayet etmediği sonucuna varmanın mümkün olmadığı kanaatindedir.

2. Başvuran

127. Başvuran, Anayasa Mahkemesi'nin Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrasının gerektirdiği şekilde kısa süre içerisinde karar vermediğine dair iddiasını yinelemektedir.

3. Müdahil taraflar

a) İnsan Hakları Komiseri

128. İnsan Hakları Komiseri, Sözleşme'nin 5. maddesiyle ilgili olarak, Anayasa Mahkemesi'nin, Mahkeme içtihatlarında yer alan ilkelere uygun içtihatlar oluşturduğunu tespit etmektedir. İnsan Hakları Komiseri, Anayasa Mahkemesi'nin askeri darbe girişiminden beri maruz kaldığı iş yükünü dikkate alarak, yargı sisteminin düzgün işlemesi bakımından kararlarını hızlı şekilde vermesinin gerekli olduğunun altını çizmektedir.

b) Özel Raportör

129. Özel Raportör de, olağanüstü hal ilan edildiğinden beri, Anayasa Mahkemesi'nin benzersiz bir iş yüküyle karşı karşıya kaldığı kanaatindedir.

c) Davaya müdahil olan sivil toplum kuruluşları

130. Müdahil sivil toplum kuruluşları, bu şikâyet hakkında görüş bildirmemektedirler.

B. Mahkeme'nin değerlendirmesi

1. Kabul edilebilirlik hakkında

131. Mahkeme, Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrasının ulusal anayasa mahkemeleri önünde görülen davalara uygulandığına dair içtihadını hatırlatmaktadır (bk. *Smatana/Çek Cumhuriyeti*, No. 18642/04, §§ 119-124, 27 Eylül 2007 ve *Žúbor/Slovakya*, No. 7711/06, §§ 71-77, 6 Aralık 2011). Mahkeme ayrıca, Türk Anayasa Mahkemesi'nin yetkisi bakımından, bu hükmün söz konusu mahkeme önündeki davalara da uygulandığı sonucuna varmaktadır (bu konuyla ilgili örnek olarak bk. daha önce anılan *Koçintar* kararı, §§30-46).

132. Mahkeme, bu şikâyetin Sözleşme'nin 35. maddesinin 3. fıkrasının a) bendi anlamında açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve diğer taraftan herhangi bir kabul edilemezlik gerekçesiyle bağdaşmadığını tespit ederek, kabul edilebilir olduğuna karar vermiştir.

2. Esas hakkında

133. Mahkeme, Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrasının, tutukluların özgürlükten yoksun bırakılmalarına itiraz etmesi için bir başvuru yolu sağlayarak, tutuklular için başvuru tarihinden itibaren kısa süre içerisinde tutukluluklarının yasallığına ilişkin bir karar elde etme ve şayet tutuklulukları hukuka uygun değil ise, özgürlükten yoksun bırakılmalarına son veren bir karar elde etme hakkını da güvence altına aldığını hatırlatmaktadır (daha önce anılan *Mooren*, § 106 ve *Idalov/Rusya* [BD], No. 5826/03, § 154, 22 Mayıs 2012).

134. Kısa sürede karar verilmesine ilişkin hakka riayet edilip edilmediğinin tespiti hususunda, –ki Sözleşme'nin 5. maddesinin 3.

fikrasının ve 6. maddesinin 1. fıkrasının “makul süre” ifadeleri için de aynı durum söz konusu olduğu gibi- somut olayın koşulları ışığında, özellikle ulusal makamlar, başvuran ve başvuran için söz konusu olan tehlike açısından davanın karmaşıklığı göz önüne alınarak değerlendirme yapılmalıdır (daha önce anılan *Mooren*, § 106, diğer atıflarla *S.T.S./Hollandac*, No. 277/05, § 43, AİHM 2011 ve *Shcherbina/Rusya*, No. 41970/11, § 62, 26 Haziran 2014).

135. “Kısa süre” gerekliliğine riayet edilip edilmediğinin belirlenmesi için, davanın çeşitli derecelerdeki mahkemeler önünde görüldüğü sırada, genel değerlendirme yapılması gerekmektedir (bk. *Navarra/Fransa*, 23 Kasım 1993, § 28, A Serisi No. 273-B ve daha önce anılan *Mooren*, § 106). Uygun adli güvenceler sunan bir dava kapsamında, bir mahkeme tarafından, tutukluluğa ilişkin ilk karar veya daha sonra tutukluluğun devamına ilişkin olarak kararlar verildiğinde (yani bağımsız ve tarafsız bir yargı organı tarafından verildiklerinde) ve iç hukukun iki dereceli yargılanma hakkı sunması durumunda, Mahkeme, ikinci derece mahkemesi önündeki denetimin daha çok zaman aldığını hoş görmeye hazırdır (bk. *Lebedev/Rusya*, No. 4493/04, § 96, 25 Ekim 2007 ve daha önce anılan *Shcherbina*, § 65). Bu değerlendirmeler, öncelikle (*a fortiori*) olağan mahkemeler önünde görülen davalardan farklı olan, anayasa mahkemeleri önünde görülen davalara ilişkin olarak Sözleşmenin 5. maddesinin 4. fıkrası alanında ileri sürülen şikâyetler için geçerlidir (daha önce anılan *Žúbor*, § 89). Bu bağlamda Mahkeme, anayasa mahkemeleri önünde takip edilen davaların, Türk Anayasa Mahkemesi önündekiler gibi, spesifik davalar olduğunu kaydetmektedir. Anayasa Mahkemesi’nin bir başvuranın tutukluluğunun ve tutukluluk halinin devamının yasallığını incelediği doğrudur. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi’nin incelemesi sırasında, “dördüncü derece” mahkemesi gibi davranmadığı, ancak sadece tutukluluğa ve tutukluluk halinin devamına hükmeden kararların, Anayasa’ya riayet edip etmediklerini araştırdığı doğrudur.

136. Mahkeme, somut olayda başvuranın Anayasa Mahkemesi'ne 8 Eylül 2016 tarihinde bireysel başvuruda bulunduğunu gözlemlemektedir. Yüksek Mahkeme, 26 Ekim 2016 tarihinde, başvuranın serbest bırakılmasına izin veren geçici bir tedbir uygulanmasına ilişkin talebini reddetmiş ve nihai kararını 11 Ocak 2018 tarihinde vermiştir. Dolayısıyla dikkate alınması gereken süreç, on altı ay üç gündür.

137. Mahkeme, Türk hukuk sisteminde, tutuklanan kişilerin yargılamanın her aşamasında serbest bırakılmalarını talep edebileceklerini ve taleplerinin reddedilmesi durumunda, bu karara karşı itirazda bulunabileceklerini tespit etmektedir. Mahkeme, mevcut durumda, başvuranın birçok defa serbest bırakılma talebi sunduğunu ve bu taleplerin “kısa süre” gerekliliğine uygun olarak değerlendirildiğini kaydetmektedir (bk. yukarıdaki 23-24. paragraflar). Mahkeme, üstelik tutuklulukların, otuz günü aşmamak üzere re’sen düzenli aralıklarla incelendiğini tespit etmektedir (bk. yukarıdaki 60. paragraf). Mahkeme, böyle bir sistemde, Anayasa Mahkemesi önünde yapılan denetimin daha uzun sürmesini hoş görebileceğini belirtmektedir. Nitekim uygun adli güvenceler sunan bir dava kapsamında, bir mahkeme tarafından, tutukluluğa ilişkin veya tutukluluğun devamına ilişkin kararlar verildiğinde, daha sonraki yargılama, keyfiliğe daha az bağlıdır, ancak esasen tutukluluk halinin devamı kararının esasının incelenmesine yönelik ek güvenceler sunmayı amaçlar. Bununla birlikte Mahkeme, bu ilkeler bakımından bile, normal koşullarda, on altı ay üç günlük bir sürenin, “kısa” olarak değerlendirilemeyeceği kanaatindedir (bk. *G.B./İsviçre*, No. 27426/95, §§ 28-39, 30 Kasım 2000, *Khoudobine/Rusya*, No. 59696/00, §§ 115-124, AİHM 2006-XII (özetler) ve daha önce anılan *Shcherbina*, § 62-71). Bununla birlikte, Mahkeme, mevcut durumda, başvuran tarafından Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvurunun, yeni konular içeren türden ilk davalardan ve askeri darbe girişiminin ardından olağanüstü hal rejimi altında özgürlük ve güvenlik hakkı ile ifade özgürlüğüne ilişkin olarak karışık bir dava olması sebebiyle, karmaşık olduğunu gözlemlemektedir. Ayrıca Mahkeme, olağanüstü hal ilan

edilmesinin ardından Anayasa Mahkemesi'nin iş yükünün arttığını dikkate alarak, burada istisnai bir durumun söz konusu olduğunu tespit etmektedir.

138. Bununla birlikte bu sonuç, Anayasa Mahkemesi'nin Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrası açısından sunulan benzer şikâyetler bakımından istediği gibi davranabilme yetkisinin olduğu anlamına gelmemektedir. Mahkeme, Anayasa'nın 19. maddesine uygun olarak, Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuruların sunuldukları tarihten itibaren kısa süre içerisinde tutukluluklarının yasallığı hakkında adli bir karar verilmediğinden şikâyet eden diğer başvuranlar tarafından sunulan şikâyetler için mutlak denetim yetkisini korumaktadır.

139. Yukarıda belirtilenler ışığında, Anayasa Mahkemesi önünde geçmiş olan on altı ay üç günlük sürenin, olağan bir durumda "kısa" bir süre olarak değerlendirilememesine rağmen, davanın kendine özgü koşullarında Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrası ihlal edilmemiştir.

V. SÖZLEŞME'NİN 5. MADDESİNİN 5. FIKRASININ İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

140. Başvuran ayrıca, tutukluluğu sebebiyle maruz kaldığını belirttiği zararın karşılığında tazminat elde edebileceği etkin bir başvuru yolu bulunmadığından şikâyet etmektedir. Başvuran Sözleşme'nin 5. maddesinin 5. fıkrasının ihlal edildiğini iddia etmektedir. Bu hüküm aşağıdaki gibidir:

“5. Bu madde hükümlerine aykırı bir yakalama veya tutma işleminin mağduru olan herkes tazminat hakkına sahiptir. ”

141. Hükümet, başvuranın iddiasına itiraz etmektedir. Hükümet, başvuranın, iki başvuru yoluna sahip olduğunu; bunların birinin CMK'nın 141. maddesine dayanılarak Devlet'e karşı tazminat davası açmaktan, diğerinin Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmaktan geçtiğini belirtmektedir. Hükümete göre, bu başvuru yolları, başvuranın tutukluluğuna ilişkin şikâyeti giderebilecek niteliktedir.

142. Başvuran, Hükümet tarafından tavsiye edilen başvuru yollarının etkin olmadığını ileri sürmektedir.

143. Müdahil taraflar, bu şikâyet hakkında görüş bildirmemektedirler.

144. Mahkeme, Sözleşme'nin 5. maddesinin 5. fıkrasında öngörülen tazminat hakkının, bu hükmün diğer fıkralarından birinin ihlalinin, ulusal bir makam veya Sözleşme organları tarafından tespit edildiğini varsaydığını hatırlatmaktadır (bk. *N.C./İtalya* [BD], No. 24952/94, § 49, AİHM 2002-X). Somut olayda, başvuranın maruz kaldığı zarar karşılığında tazminat talep etme imkânının bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerekmektedir.

145. Mahkeme, bu şikâyetin Sözleşmenin 5. maddesinin 4. fıkrasıyla ilgili olması sebebiyle, yukarıdaki 133-139. paragraflarda yapmış olduğu tespitler ışığında bu hükmün ihlali tespit edilmediğinden, bu şikâyetin Sözleşme'nin 35. maddesinin 3. fıkrasının a) bendi anlamında, Sözleşme hükümlerine *konu yönünden (ratione materiae)* uygun olmadığı ve Sözleşme'nin 35. maddesinin 4. fıkrası uyarınca reddedilmesi gerektiği kanaatindedir.

146. Mahkeme, daha önce Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının ihlal edildiği sonucuna vardığını gözlemlemektedir. Mahkeme, bu ihlalin tazmin edilmesini talep etme imkânıyla ilgili olarak, CMK'nın 141. maddesinin, kişinin bir suç işlemiş olmakla suçlanması için inandırıcı sebeplerin bulunmaması sebebiyle maruz kaldığı zararın tazmin edilmesini talep etme imkânını kesin olarak öngörmediğini kaydetmektedir. Bu bağlamda Mahkeme, CMK'nın bu hükmüne dayanılarak başvuranla benzer durumda bulunan bir kişiye tazminat verilmesine ilişkin herhangi bir yargı kararının kendisine sunulmadığını belirtmektedir.

147. Mahkeme bununla birlikte, durumun Anayasa Mahkemesi önünde tazminat talebinde bulunmak için farklı olduğu kanaatindedir. Mahkeme, Anayasa Mahkemesi'nin tazminat verilmesi yoluyla bir telafi hükmetmeye yetkili olduğunu hatırlatmaktadır (özellikle bk. yukarıdaki 111. paragraf). Mahkeme ayrıca, somut olayda verilen kararlar aynı tarihte, yine bir gazetecinin tutukluluğuna ilişkin olarak verilen bir kararla, Anayasa

Mahkemesi'nin ilgiliye, tespit edilen ihlaller karşılığında tazminat ödenmesine karar verdiğini gözlemlemektedir (Başvuru No. 2016/23672).

148. Dolayısıyla Mahkeme, başvuranın, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasına ilişkin şikâyeti bağlamında tazminat elde edebileceği bir başvuru yolu bulunduğu kanaatindedir. Sonuç olarak bu şikâyet, Sözleşme'nin 35. maddesinin 35. maddesinin 3. fıkrasının a) bendi ve 4. fıkrası uyarınca, açıkça dayanaktan yoksundur ve şikâyetin reddedilmesi gerekmektedir.

VI. SÖZLEŞME'NİN 10. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

149. Başvuran ayrıca, tutuklanması ve tutukluluk halinin devamı sebebiyle, Sözleşme'nin 10. maddesine aykırı olarak ifade özgürlüğü hakkının ihlal edildiğinden şikâyet etmektedir. Bu hüküm aşağıdaki gibidir:

"1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.

2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir."

150. Hükümet başvuranın iddiasına itiraz etmektedir.

A. Tarafların iddiaları

1. Hükümet

151. Hükümet, her şeyden önce, başvuran hakkında açılan ceza davasının halen derdest olması sebebiyle, başvuranın 10. maddeye ilişkin

şikâyetinin, iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerektiğini ileri sürmektedir.

152. Hükümet ardından, başvuranın tutuklanmasının Sözleşme'nin 10. maddesi açısından bir müdahale teşkil etmediğini, zira kendisine göre, başvuran hakkında açılan kovuşturmaların konusunun, başvuranın gazetecilik faaliyetlerini içermediğini ileri sürmektedir. Bu bağlamda Hükümet, başvuranın, cebir ve şiddet kullanarak, anayasal düzeni, Türkiye Büyük Millet Meclisini ve Hükümeti ortadan kaldırmaya teşebbüs etme, terör örgütü üyesi olmaksızın örgüt adına suç işleme suçları sebebiyle tutuklanmasına ve tutukluluk halinin devamına karar verildiğini belirtmektedir.

153. Hükümet, Mahkeme'nin yine de bir müdahalenin bulunduğu sonucuna varması durumunda, her halükârda bu müdahalenin, “kanunla öngörülen”, meşru bir amacı olan ve bu amaca ulaşılması için “demokratik bir toplumda gerekli” ve dolayısıyla haklı bir müdahale olarak değerlendirilmesinin uygun olacağı kanaatindedir.

154. Hükümet, bu konuda, başvuran hakkında başlatılan ceza kovuşturmalarının, TCK'nın 309/1, 311/1 ve 314/1 ve 2 maddeleriyle öngörüldüğünü ifade etmektedir. Ayrıca Hükümet, ihtilaf konusu müdahalenin, Sözleşmenin 10. maddesinin 2. fıkrası anlamında birçok amaç taşıdığını belirtmektedir: milli güvenliğin ve kamu düzeninin korunması ile düzensizliğin ve suçun önlenmesi.

155. Hükümet, müdahalenin demokratik bir toplumda gerekliliğiyle ilgili olarak, terör örgütlerinin, demokratik sistemlerle sunulan fırsatlara başvurarak, amaçlarına ulaşmak için yasal görünümlü birçok yapı oluşturduklarını açıklamaktadır. Hükümete göre, bu yapıların bünyesinde aktif görev alan kişilere karşı yürütülen ceza soruşturmalarının, bu kişilerin mesleki faaliyetlerini amaçladığı ileri sürülemez. Bu anlamda Hükümet, *FETÖ/PDY*'nin karmaşık ve *sui generis* (kendine özgü) yapıya sahip olan ve faaliyetlerini yasal bir görünüm altında yürüten bir terör örgütü olduğunu belirtmektedir. Bu bağlamda hükümet, *FETÖ/PDY*'nin medya

yapılanmasının, kamuoyunu manipüle ederek bu örgütün faaliyetlerini meşrulaştırma amacı taşıdığını ileri sürmektedir. Hükümete göre, başvuran da böyle bir soruşturma kapsamında tutuklanmıştır.

156. Hükümet ayrıca, hak ve özgürlüklerin başkalarının hak ve özgürlüklerine zarar vermek için kullanılamayacağını iddia etmektedir. Bu bağlamda Hükümet, başvuran tarafından yazılan ihtilaf konusu makalelerin, silahlı bir terör örgütünü övdüğünü ve şiddete teşvik ettiğini ileri sürerek, medyanın temel özgürlükleri ortadan kaldırmak için kullanılmasının hoş görülemeyeceği kanaatindedir. Sonuç olarak Hükümet, ihtilaf konusu müdahalenin, orantılı olduğu ve demokratik bir toplumda gerekli olduğu görüşündedir.

2. Başvuran

157. Başvuran, kendisine isnat edilen suçları işlemiş olduğuna dair somut deliller bulunmaksızın tutuklanmasının, ifade özgürlüğüne yapılan haksız bir müdahale teşkil ettiğini ileri sürmektedir.

3. Müdahil taraflar

a) İnsan Hakları Komiseri

158. İnsan Hakları Komiseri, esasen 2016 yılının Nisan ve Eylül aylarında Türkiye'ye yaptığı ziyaretleri sırasında bulunduğu tespitlere dayanarak, her şeyden önce, Türkiye'de ifade özgürlüğü ve basın özgürlüğü alanında yapılan ağır ihlallerin birçok defa altını çizdiğini ifade etmektedir. Bu bağlamda İnsan Hakları Komiseri, Türkiye'de Cumhuriyet savcılarının ve yetkili hâkimlerin terörle mücadeleyle ilişkin mevzuatı çok geniş anlamda yorumladıkları kanaatindedir. İnsan Hakları Komiserine göre, Hükümet çevreleri hakkında anlaşmazlıklarını ve eleştirilerini açıklayan birçok gazeteci, suç işlediklerine dair haklarında somut delil unsuru bulunmaksızın, gazetecilik faaliyetleri dolayısıyla tutuklanmıştır. Ayrıca, İnsan Hakları Komiseri, ilgililer hakkında soruşturma dosyalarında yer alan tek delil unsurunun, sıklıkla söz konusu gazetecilerin gazetecilik faaliyetlerine

dayandığını tespit ettikten sonra, Hükümetin gazeteciler hakkında açılan ceza davalarının, bu faaliyetleri kapsamadığına dair iddiasına, inandırıcılıktan yoksun olması sebebiyle itiraz etmektedir.

159. İnsan Hakları Komiseri, diğer taraftan, ne darbe girişiminin ne de diğer terör örgütlerinin teşkil ettiği tehlikelerin, medya özgürlüğünü ciddi şekilde ihlal eden tedbirleri, Hükümetin ileri sürdüğü gibi, haklı gösteremeyeceği kanaatine varmaktadır.

b) Özel Raportör

160. Özel Raportör, Türkiye’de terörle mücadele mevzuatının, Hükümetin politikalarına karşı eleştirel görüşlerini açıklayan gazetecilere karşı uzun zamandır kullanıldığı kanaatindedir. Özel Raportör, olağanüstü hal ilan edildiğinden beri, ifade özgürlüğü hakkının zayıflatıldığının altını çizmektedir. Bu bağlamda Özel Raportör, 15 Temmuz 2016 tarihinden beri, iki yüz otuz bir gazetecinin yakalandığını ve yüz elliden fazla gazetecinin halen cezaevinde tutuklu bulunduğunu belirtmektedir.

161. Özel Raportör, bir müdahalenin, “kanunla öngörülmediği” sürece, Sözleşme’nin 10. maddesine aykırı olduğunu ifade etmektedir. Özel Raportör, bir müdahalenin, yalnızca iç hukukta kanuni dayanağının olmasının yeterli olmadığını, aynı zamanda söz konusu kanunun niteliğini de göz önüne almak gerektiğini eklemektedir. Yine Özel Raportör nazarında, ilgili kişilerin, özellikle kanunun kendileri için doğuracağı sonuçları öngörebilmeleri ve iç hukukun ifade özgürlüğü açısından keyfi müdahalelere karşı belirli bir koruma sunması gerekmektedir.

162. Özel Raportöre göre, gazeteciler hakkında yürütülen kovuşturmalara ilişkin kümülatif olgular, ulusal makamların, terörle mücadele bahanesi altında, ifade özgürlüğünü, ceza davalarıyla ve tutukluluk tedbirleriyle, geniş ölçüde ve keyfi olarak engellediğini düşündürmektedir.

c) Davaya müdahil olan sivil toplum kuruluşları

163. Müdahil sivil toplum kuruluşları, basın özgürlüğüne getirilen kısıtlamaların, askeri darbe girişiminden beri çok fazla uygulandığını ve yaygınlaştığını ileri sürmektedir. Söz konusu kuruluşlar, demokratik bir toplumda medyanın oynadığı önemli rolün altını çizerek, gazetecilerin, genel menfaate ilişkin konuları ele almaları sebebiyle sıklıkla tutukluluk tedbirine tabi tutulduklarını belirtmektedirler. Müdahil sivil toplum kuruluşları bu bağlamda, gazetecilere karşı uygulanan tutukluluk tedbirinin keyfi bir yol olduğunu ileri sürmektedirler. Bu kuruluşlar nazarında, teröre ve şiddete teşvik etmeyen görüşlerini açıklaması dolayısıyla bir gazetecinin tutuklanması, ilgilinin ifade özgürlüğünün kullanımına yapılmış bir müdahale olarak incelenir.

B. Mahkeme'nin değerlendirmesi*1. Kabul edilebilirlik hakkında*

164. Hükümet tarafından, başvuran hakkında açılan ceza davasının ulusal mahkemeler önünde halen derdest olduğu gerekçesiyle ileri sürülen iç hukuk yollarının tüketilmediğine ilişkin itirazla ilgili olarak, Mahkeme, bu itirazın, başvuranın ifade özgürlüğünün kullanımına müdahalede bulunulup bulunulmadığı hakkında yapılan incelemeyle, dolayısıyla Sözleşme'nin 10. maddesi alanında ileri sürülen şikâyetin esasının incelenmesiyle oldukça bağlantılı hususlar içerdiği kanaatindedir. Mahkeme sonuç olarak, bu konuyu, şikâyetin esası hakkında yapacağı inceleme kapsamında ele alacaktır.

165. Mahkeme, mevcut durumda, Anayasa Mahkemesi'nin, başvuranın tutuklanmasına ve tutukluluk halinin devamına karar verilmesi sebebiyle, Türk Anayasası'nın 26 ve 28. maddelerinin ihlal edildiği tespitinde bulunduğunu ve ihlal edilen tespitlerin telafisi bağlamında tazminat ödenmesine karar verdiğini saptamaktadır. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi'nin kararına rağmen, yetkili ağır ceza mahkemeleri

başvuranın serbest bırakılma talebini reddetmiştir. Dolayısıyla Mahkeme, söz konusu kararın başvuran için uygun ve yeterli bir telafi teşkil etmediği ve başvuranı, “mağdur” sıfatından yoksun bırakmadığı kanaatindedir.

166. Mahkeme, diğer taraftan, bu şikâyetin, Sözleşme’nin 35. maddesinin 3. fıkrası anlamında açıkça dayanaktan yoksun olmadığını ve herhangi bir kabul edilemezlik gerekçesiyle bağdaşmadığını tespit ederek, kabul edilebilir olduğuna karar vermiştir.

2. Esas hakkında

a) Müdahalenin varlığı hakkında

167. Mahkeme öncelikle, ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı etkisi olan bazı koşulların, söz konusu özgürlüğe yapılan bir müdahale sebebiyle, - henüz kesinleşmiş bir yargı kararıyla mahkûm edilmemiş- kişilerin, mağdur sıfatına sahip olmasını sağladığına dair içtihadına atıfta bulunmaktadır (bk. *Dink/Türkiye*, no. 2668/07 ve 4 diğer başvuru, § 105, 14 Eylül 2010, *Altuğ Taner Akçam/Türkiye*, no. 27520/07, §§ 70-75, 25 Ekim 2011 ve *Nedim Şener/Türkiye*, no. 38270/11, § 94, 8 Temmuz 2014).

168. Mahkeme, mevcut davada, başvuran hakkında, cebir ve şiddet kullanarak anayasal düzeni, Türkiye Büyük Millet Meclisini ve Hükümeti ortadan kaldırmaya teşebbüs etme ve üye olmaksızın terör örgütü adına suç işleme şüphelerinin bulunması sebebiyle, ceza kovuşturmaları başlatıldığını gözlemlemektedir. Bu bağlamda başvurana karşı açılan ceza davası, halen derdesttir ve ilgili, bir yıl altı aydan daha uzun bir süreden beri halen tutuklu bulunmaktadır.

169. Mahkeme ayrıca, Anayasa Mahkemesi’nin, 11 Ocak 2018 tarihli kararında, başvuranın yazdığı makaleler sebebiyle tutuklanmasının, ilgilinin ifade ve basın özgürlüğü hakkının kullanımına bir müdahale teşkil ettiği kanaatine vardığını kaydetmektedir. Bu durumda Mahkeme, Yüksek Mahkemenin değerlendirmesine katılmaktadır.

170. Mahkeme, Anayasa Mahkemesi'nin kararı ışığında, başvuranın tutukluluğunun, dolayısıyla ilgilinin ifade özgürlüğü hakkına Sözleşme'nin 10. maddesi anlamında “müdahale” oluşturduğu kanaatindedir (bk. *Şık/Türkiye*, no. 53413/11, § 85, 8 Temmuz 2014).

171. Mahkeme, yine aynı gerekçelerle, Hükümet tarafından Sözleşme'nin 10. maddesine ilişkin şikâyetle ilgili olarak ileri sürülen, iç hukuk yollarının tüketilmediğine dair itirazın reddedilmesine karar vermiştir.

b) Müdahalenin haklı ya da haksız niteliği hakkında

172. Mahkeme, bir müdahalenin, Sözleşme'nin 10. maddesinin ikinci fıkrasının gereklerini karşılamaması halinde, bu hükmü ihlal ettiği sonucuna varılabileceğini hatırlatmaktadır. Dolayısıyla somut olayda tespit edilen müdahalenin, “kanunla öngörülüp öngörülmediğinin”, bu fıkra bakımından bir veya daha fazla meşru amaç taşıyıp taşımadığının ve bu amaçlara ulaşmak için “demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığının” belirlenmesi gerekmektedir.

173. Bu bağlamda Mahkeme, “kanunla öngörülen” ifadesinin, Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrası anlamında, öncelikle, ihtilaf konusu tedbirin iç hukukta bir dayanağı olması gerektiği anlamını içerdiğini, ancak söz konusu kanunun niteliğiyle de ilgili olduğunu hatırlatmaktadır: bu ifade, kanunun, ilgili kişi için erişilebilir olmasını, hatta ilgili kişinin kendisi için doğacak sonuçları öngörebilmesini sağlamasını ve hukukun üstünlüğü ilkesine uygun olmasını gerektirmektedir (bk. *Müller ve diğerleri/İsviçre*, 24 Mayıs 1988, § 29, A Serisi, no. 133).

174. Bu durumda, tutukluluk tedbirinin yasal bir dayanağı olduğuna, yani TCK ve CMK hükümlerine dayandığına taraflarca itiraz edilmemektedir.

175. O halde, TCK hükümlerinin yorumlanması ve uygulanmasının, söz konusu hukuki normların erişilebilirliğini ve öngörülebilirliğini azaltıp

azaltamayacağı sorusu sorulur. Somut olayda, hem savcılığın, başvuran hakkında yapılan suçlamaları ileri sürerek, hem de hâkimlerin, başvuranın tutukluluğunun devamına karar vererek, bu ifadeleri, ilgili tarafından yazılan makaleleri içerdiği şeklinde yorumlamış olmaları sebebiyle, Mahkeme, başvuranın, TCK'nın 309, 311 ve 312. maddeleriyle birlikte 220. maddesinin 6. fıkrasına dayanılarak tutuklanmasının ve tutukluluk halinin devamına karar verilmesinin öngörülebilirliğine ilişkin olarak başvuran için ciddi şüphelerin ortaya çıkabileceği kanaatine varmaktadır. Bununla birlikte, Mahkeme, müdahalenin gerekliliğiyle ilgili olarak, daha sonra varacağı sonuç bakımından, bu hususu burada incelemenin gerekli olmadığına hükmetmektedir.

176. Mahkeme, bu müdahalenin “meşru amacıyla” ilgili olarak, kamu düzeninin korunması ve suçun önlenmesini amaçladığını kabul etmeye hazırdır. Dolayısıyla belirtilen amaçlara ulaşmak için bu müdahalenin “gerekli” olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir.

177. Mahkeme, somut olayda, Anayasa Mahkemesi'nin, başvuranın görüşlerini ifade etmesinin sonucu olarak başvuranın tutuklanmasına ve tutukluluk halinin devamına karar verilmesinin, Anayasa'nın 26. ve 28. maddeleri anlamında demokratik bir toplumda gerekli ve orantılı bir tedbir olarak değerlendirilemeyecek ağır bir tedbir olduğu sonucuna vardığını gözlemlemektedir. Yüksek Mahkeme, yetkili hâkim ve savcılarının ilgilinin özgürlükten yoksun bırakılmasının zorunlu bir sosyal ihtiyacı karşıladığını kanıtlamadıkları kanaatine vararak, başvuranın tutuklanmasının, bu makalelerinden başka herhangi bir somut unsura dayandırılmamış olması sebebiyle, ifade ve basın özgürlüğü üzerinde caydırıcı bir etkiye sahip olabileceğini belirtmiştir (yukarıdaki 33. paragraf).

178. Mahkeme, bu durumda, Anayasa Mahkemesi'nin varmış olduğu sonuçtan başka bir sonuca varmak için hiçbir sebep bulunmadığı kanaatindedir. Bu bağlamda Mahkeme, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrası açısından varmış olduğu sonuçları yinelemektedir (yukarıdaki 106-120. paragraflar).

179. Bu bağlamda Mahkeme, müdahil tarafların; Cumhuriyet savcılarının ve yetkili hâkimlerin terörle mücadeleyle ilişkin mevzuatı yorumlamasıyla ilgili olarak Türkiye’de genel nitelikte bir sorun bulunduğu altını çizdiğini kaydetmektedir. Müdahil taraflar, gazetecilerin sıklıkla, genel menfaate ilişkin konuları ele almaları sebebiyle, tutukluluk gibi ağır tedbirlere tabi tutulduklarını ileri sürmektedirler. Bu açıdan Mahkeme, düşüncelerin şiddete teşvik etmediği durumlarda, -yani şiddete başvuru veya kanlı intikam yollarını övmediği, yandaşlarının amaçlarını gerçekleştirme doğrultusunda terör eylemlerinin işlenmesini haklı göstermediği ve kimliği belirli şahıslara karşı telkin ettikleri derin ve mantıksız nefretle şiddete teşvik edebilecekleri şeklinde yorumlanamadıkları takdirde-, Sözleşmecî Devletlerin, Sözleşme’nin 10. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen amaçları, yani toprak bütünlüğünün korunmasını, milli güvenliği, kamu düzeninin korunmasını ve suçun önlenmesini ileri sürerek bile, halkın haber alma hakkını kısıtlayamayacağına dair yerleşik içtihadını hatırlatmaktadır (bk. *Sürek/Türkiye (no. 4)* [BD], no. 24762/94, § 60, 8 Temmuz 1999 ve daha önce anılan *Şık*, § 85).

180. Mahkeme, incelemesine sunulan vakaları çevreleyen koşulları, özellikle Türkiye’nin askeri darbe girişiminin ertesi gününde üstesinden gelmesi gereken zorlukları dikkate almaya hazırdır. Bu girişimin ve diğer terör eylemlerinin, Türkiye’de demokrasiye büyük bir tehdit oluşturduğu açıktır. Bu bağlamda Mahkeme, diğerleri arasında bu girişimin ülkenin birçok terör örgütünün şiddet içeren saldırılarına karşı koyduğu bir dönemde meydana gelmiş olmasının ülkeyi daha hassas bir hale getirdiği hususunu kaydeden Anayasa Mahkemesi’nin vardığı sonuçlara oldukça fazla önem vermektedir (yukarıdaki 64. paragraf). Bununla birlikte Mahkeme, demokrasinin başlıca özelliklerinden birinin, sorunları bir kamu tartışma tartışmasıyla çözme imkânı sunması olduğu kanaatindedir. Mahkeme, daha önce birçok defa, demokrasinin ifade özgürlüğünden beslendiğinin altını çizmiştir (özellikle bk. *Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve*

diğerleri/Türkiye, 30 Ocak 1998, § 57, *Karar ve hükümler derlemesi 1998-I, Centro Europa 7 S.r.l. ve Di Stefano/İtalya* [BD], no. 38433/09, § 129, AİHM 2012 ve *Demokratik Toplum Partisi ve diğerleri/Türkiye*, no. 3840/10 ve diğer 6 başvuru, § 74, 12 Ocak 2016). Bu bağlamda, “milletin yaşamını tehdit eden kamusal bir tehlikenin” varlığı, demokratik toplum kavramının kalbinde yer alan serbest siyasi tartışmanın kısıtlanması için bahanesi olmamalıdır. Mahkeme’ye göre, Anayasa Mahkemesi’nin altını çizdiği gibi, temel hakları güvence altına alarak, olağan rejime geri dönülmesi amacını taşıyan yasal bir rejim olan olağanüstü halde bile (bk. yukarıdaki 80. paragraf), Sözleşmeciler Devletler, alınacak tedbirlerin, tehdit altında olan demokratik düzenin korunmasını amaçlaması gerektiğini göz önünde bulundurmalı ve demokratik toplumun çoğulculuk, hoşgörü ve açık görüşlülük gibi değerlerini korumak için her şeyi yapmalıdırlar.

181. Bu bağlamda Mahkeme, hükümetlere karşı eleştiriler yapılmasının ve bir ülkenin liderleri ve yöneticileri tarafından, milli menfaatler için tehlikeli olarak değerlendirilen bilgilerin yayımlanmasının, özellikle terör örgütüne mensup olma veya yardım etme, hükümeti veya anayasal düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs etme ya da terör örgütü propagandası yapma gibi cezai sonuçları olan ağır suçlamalara kadar vardırılmaması gerektiği kanaatindedir. Yine, bu türden ağır suçlamaların olduğu durumlarda, tutukluluk sadece istisnai bir şekilde, son tahlilde, diğer tedbirlerin, yargılamanın gerçekten doğru bir şekilde yürütülmesini güvence altına almaya yeterli olmadığı hallerde kullanılmalıdır. Aksi halde, ulusal yargı makamları tarafından yapılan yorum kabul edilebilir olarak değerlendirilemez.

182. Mahkeme ayrıca, eleştirel seslerin tutuklanmasının, tutuklanan kişi için olduğu kadar toplumun tamamı için de birçok olumsuz sonuç doğurduğunu, zira somut olayda olduğu gibi, özgürlükten yoksun bırakmayla sonuçlanan bir tedbir uygulamanın, sivil topluma gözdağı vererek ve muhalif sesleri sessizleştirerek, ifade özgürlüğü açısından mutlaka caydırıcı bir etki doğuracağını kaydetmektedir (bu anlamda bk.

Anayasa Mahkemesi kararının 140. paragrafı). Mahkeme ayrıca, bu caydırıcı etkinin, tutuklunun daha sonra beraat ettirildiğinde de ortaya çıkabileceğini kaydetmektedir (daha önce anılan *Şık*, § 83).

183. Mahkeme, son olarak, Türkiye'nin Sözleşme'yi askıya almasıyla ilgili olarak, bu kararın 119. paragrafında yaptığı tespitlere başvurmaktadır. Mahkeme, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasıyla ilgili olarak Sözleşme'nin 15. maddesinin uygulanmasına ilişkin değerlendirmesinden uzaklaşması için ciddi bir neden bulunmaması sebebiyle, vardığı sonuçların aynı zamanda Sözleşme'nin 10. maddesi açısından yapılan inceleme kapsamında da geçerli olduğu kanaatindedir.

184. Mahkeme, yukarıda belirtilenler ışığında, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmaktadır.

VII. SÖZLEŞME'NİN 18. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

185. Başvuran, aynı olay ve olgulara dayanarak ve Sözleşme'nin 18. maddesini ileri sürerek, Hükümet makamlarıyla ilgili eleştirel düşüncelerini ifade etmesi sebebiyle tutuklandığından şikâyet etmektedir.

Sözleşme'nin 18. maddesi aşağıdaki gibidir:

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

186. Mahkeme, daha önce Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrası ve 10. maddesi açısından vardığı sonuçların tamamını dikkate alarak, bu şikâyetin ayrıca incelenmesine gerek olmadığı kanaatindedir.

VIII. SÖZLEŞMENİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI HAKKINDA

187. Sözleşme'nin 41. maddesi gereğince,

“Eğer Mahkeme bu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeciler Tarafından iç hukuk bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldırıyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören taraf lehine adil bir tazmin verilmesine hükmeder.”

A. Tazminat

188. Başvuran, maruz kaldığı kanaatine vardığı manevi zarar bağlamında, tutuklu geçirdiği her gün için 1.000 avro (EUR) talep etmektedir.

189. Hükümet, bu talebin dayanaktan yoksun olduğu ve talep edilen miktarın aşırı olduğu kanaatindedir.

190. Mahkeme, bir kararın Sözleşme’nin 46. maddesi uyarınca icrası kapsamında, ihlal tespitinde bulunan bir kararın, davalı Devlete, hukuki olarak, ihlale son verme ve mağdurun konumunu ihlalden önceki duruma getirecek şekilde mümkün olduğunca ihlalin neden olduğu sonuçları ortadan kaldırma yükümlülüğü getirdiğini hatırlatmaktadır. Şayet, buna karşın, ulusal hukuk, ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırmaya imkân vermiyorsa veya kusurlu şekilde kaldırmaya imkân veriyorsa, Sözleşme’nin 41. maddesi, Mahkemeye, gerekiyorsa, karşı tarafa, kendisine uygun görünen bir tazminat miktarının ödenmesine karar verme yetkisi verir. Dolayısıyla Sözleşme ve Protokollerinin ihlalinden sorumlu bulunan davalı Devletin, sadece adil tazmin bağlamında karar verilen miktarları ilgililere ödemesi değil, aynı zamanda Bakanlar Komitesi’nin denetimi altında, iç hukuk düzeninde, Mahkeme tarafından tespit edilen ihlali ortadan kaldırması ve mağdurun konumunu mümkün olduğunca ihlalden önceki duruma getirecek şekilde ihlalin neden olduğu sonuçları ortadan kaldırması için, genel ve/veya gerektiği takdirde bireysel tedbirler seçmesi istenir (bk. *Maestri/İtalya* [BD], no. 39748/98, § 47, AİHM 2004-I, daha önce anılan *Assanidzé*, § 198, *İlaşcu ve diğerleri/Moldova ve Rusya* [BD], no. 48787/99,

§ 487, AİHM 2004-VII ve *Fatullayev/Azərbaycan*, no. 40984/07, § 172, 22 Nisan 2010).

191. Ayrıca, Sözleşme'den ve özellikle 1. maddesinden, Sözleşmeci Devletlerin, Sözleşme'yi onaylarken, iç hukuklarının Sözleşme ile uyumlu hale getirileceğini taahhüt ettikleri anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, iç hukuk düzeninde başvuranın zararının telafi edilmesi açısından ortaya çıkabilecek her türlü engeli ortadan kaldırmak, davalı Devletin yükümlülüğündedir (daha önce anılan *Maestri*, § 47 ve daha önce anılan *Assanidzé*, § 199).

192. Mahkeme, bu durumda, maruz kalınan manevi zararlarla ilgili olarak, Sözleşme'nin ihlalinin, başvuran açısından belirli ve oldukça fazla bir zarara sebep olduğu kanaatindedir. Sonuç olarak Mahkeme, hakkaniyete uygun olarak, manevi zarar karşılığında başvurana 21.500 avro ödemenin uygun olduğuna karar vermiştir.

193. Mahkeme, tespit edilen ihlallere son verilmesi için davalı Devlet tarafından Bakanlar Komitesi'nin denetimi altında alınacak tedbirlerle ilgili olarak (yukarıdaki 189. paragraf), verdiği kararların esasen deklarasyon niteliğinde olduğunu ve genellikle, Sözleşme'nin 46. maddesiyle ilgili yükümlülüğünü yerine getirmek amacıyla iç hukuk düzeninde kullanacağı ve Mahkeme kararında varılan sonuçlara uygun olması gereken bu yöntemleri seçmenin, öncelikle söz konusu devletin yükümlülüğünde olduğunu hatırlatmaktadır. Bir kararın icra yöntemlerine ilişkin bu takdir yetkisi, Sözleşmeci Devletlere, Sözleşme ile öncelikle zorunlu koşulan güvence altına alınan hak ve özgürlüklere saygı gösterilmesi yükümlülüğü ile uyumlu olan seçme özgürlüğü olarak değerlendirilmektedir (diğerleri arasında bk. daha önce anılan *Fatullayev*, § 173 ve bu kararda anılan içtihatlar).

194. Bu, tespit edilen ihlalin kendi niteliğinin, gerçekten ihlali telafi edebilecek farklı tedbir çeşitleri arasında gerçekten bir seçenek sunmaya imkân vermemesi durumunda, Mahkeme'nin, *Assanidzé* (daha önce anılan, §§ 202-203), *İlaşçu ve diğerleri* (daha önce anılan, § 490), *Alexanian/Rusya* (no. 46468/06, §§ 239-240, 22 Aralık 2008), *Fatullayev* (daha önce anılan,

§§ 176-177) ve *Del Rio Prada/İspanya* ([BD], no. 42750/09, §§ 138-139, AİHM 2013) davalarında yaptığı gibi, sadece tek bir bireysel tedbir belirtilmesine karar verebileceği anlamına gelmektedir. Mahkeme, bu içtihatlar ışığında, somut olayda başvuranın tutukluluk halinin devam etmesinin, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının ihlalinin uzamasına ve davalı Devletler için Sözleşme'nin 46. maddesinden doğan, Mahkeme kararına uyma yükümlülüklerinin yerine getirilmemesine sebep olacağı kanaatine varmaktadır.

195. Bu koşullarda, davanın kendine özgü koşulları, ihlal tespitinin dayandırıldığı gerekçeler ve Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının ihlaline acil olarak son verilmesi gerekliliği bakımından, Mahkeme, davalı Devletin en kısa süre içerisinde başvuranın tutukluluğunun sonlandırılmasını sağlamakla yükümlü olduğu kanaatindedir.

B. Masraf ve Giderler

196. Başvuran, Sözleşme organları ve/veya ulusal yargı makamları önünde yapmış olduğu masraf ve giderlerin kendisine geri ödenmesini talep etmemektedir. Mahkeme, bu koşullarda başvurana herhangi bir meblağ ödenmesinin gerekmediği kanaatindedir.

C. Gecikme Faizi

197. Mahkeme, gecikme faizi olarak, Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal kredi faizlerine uyguladığı faiz oranına üç puan eklenerek elde edilecek oranın uygulanmasının uygun olduğu sonucuna varmaktadır.

BU GEREKÇELERLE, MAHKEME,

1. Oy çokluğuyla, Sözleşme'nin 10. maddesine ilişkin şikâyetle ilgili olarak iç hukuk yollarının tüketilmediğine dair ileri sürülen ilk itirazın *esasla birleştirilmesine* ve reddedilmesine;
2. Oy çokluğuyla, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1, 3 ve 4. fıkraları ile Sözleşme'nin 10. maddesine ilişkin şikâyetlerle ilgili olarak, başvurunun kabul edilebilir olduğuna;
3. Oy birliğiyle, Sözleşme'nin 5. maddesinin 5. fıkrasına ilişkin şikâyetin kabul edilemez olduğuna;
4. Bire karşı altı oyla, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının ihlal edildiğine;
5. Oy birliğiyle, Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrasına ilişkin şikâyetin ayrıca incelenmesine gerek olmadığına;
6. Oy birliğiyle, Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrasının ihlal edilmediğine;
7. Bire karşı altı oyla, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine;
8. Oy birliğiyle, Sözleşme'nin 18. maddesine ilişkin şikâyetin ayrıca incelenmesine gerek olmadığına;
9. Bire karşı altı oyla,
 - a) Davalı Devletin, başvuranın tutukluluğunun sonlandırılması için tüm gerekli tedbirleri alması gerektiğine,

b) Sözleşme'nin 44. maddesinin 2. fıkrasına uygun olarak, davalı Devletin başvurana, manevi zarar olarak, kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç ay içerisinde, ödeme tarihinde geçerli olan döviz kuru üzerinden Türk lirasına çevrilmek üzere, her türlü vergiden hariç olarak 21.500 avro (EUR) (yirmi bir bin beş yüz avro) ödemekle yükümlü olduğuna,

c) Söz konusu miktarlara, belirtilen sürenin bittiği tarihten itibaren ödemenin yapıldığı tarihe kadar, Avrupa Merkez Bankası'nın o dönem için geçerli olan faiz oranının üç puan fazlasına eşit oranda basit faiz uygulanmasına;

10. Oy birliğiyle, davanın geri kalan kısmıyla ilgili olarak, adil tazmin taleplerinin reddedilmesine

karar vermiştir.

İşbu karar, Fransızca dilinde tanzim edilmiş olup, Mahkeme İçtüzüğü'nün 77. maddesinin 2. ve 3. fıkraları uyarınca 20 Mart 2018 tarihinde yazılı olarak bildirilmiştir.

Stanley Naismith
Yazı İşleri Müdürü

Robert Spano
Başkan

İşbu kararın ekinde, Sözleşme'nin 45. maddesinin 2. fıkrasına ve İçtüzüğü'nün 74. maddesinin 2. fıkrasına uygun olarak, aşağıda belirtilen ayrık görüşler yer almaktadır:

- Yargıç Bianku, Yargıç Vučinić, Yargıç Lemmens ve Yargıç Gričco'nun katıldığı, Yargıç Spano tarafından sunulan mutabakat şerhi
- Yargıç Ergül tarafından sunulan kısmi muhalefet şerhi

R.S.

S.H.N.

YARGIÇLAR BIANKU, VUČINIĆ, LEMMENS VE
GRİTÇO'NUN DA KATILDIĞI YARGIÇ SPANO'NUN
MUTABAKAT ŞERHİ

(Çeviri)

1. Mahkeme bugün, 15 Temmuz 2016 tarihli darbe girişiminden bu yana Türkiye’de tutuklu bulunan ve tanınmış iki gazetecinin davalarıyla ilgili olarak, esas hakkında önemli kararlar vermektedir. Mahkeme’nin güçlü muhakemesinin her kelimesine katılıyorum. Ancak, *ad hoc* ulusal hâkimin muhalif görüşünde yer alan ve bilhassa ikincillik ilkesi anlayışıyla ilgili olarak, tasvip etmediğim argümanları konusunda görüş beyan etmek amacıyla bu ayrik görüşü yazmaya karar verdim (bk. bilhassa, bu hâkimin görüşünün 2, 21, 23 ve 24. paragrafları).

2. Nihai amaç, bir Devletin yargı alanındaki herkese, Sözleşme’de belirtilen hak ve özgürlükleri tanımak olduğundan, ikincillik ilkesi, Mahkeme ve üye Devletler arasındaki yetki paylaşımı konusundaki bir kuralın özünü temsil etmektedir. Sözleşme’den doğan hakların güvence altına alınması hususunda mevcut sorumluluğa sahip olanın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi değil de üye Devletler olduğunun altını çizmek önem arz etmektedir. Başka bir ifadeyle, ulusal makamlar, Sözleşme’nin 1. maddesi gereğince, Mahkeme’nin gözetimi altında, insan haklarının başlıca garantörleridir. Üye Devletler, Mahkeme’nin içtihadından kaynaklanan genel ilkeleri iyi niyetle uygulamak suretiyle Sözleşme tarafından kendilerine tanınan rolü yerine getirdiklerinde, ikincillik ilkesi, Mahkeme’nin, herhangi bir davada vardıkları sonuçları kabul edebileceği anlamına gelmektedir. Dolayısıyla Mahkeme’nin amacı, ulusal makamları, Sözleşme’den doğan hakları güvence altına alma yükümlülüklerini yerine getirmeye ve böylece Avrupa hukuk alanında insan haklarının korumasının genel düzeyini yükseltmeye teşvik etmektir.

3. Mahkeme'nin gücü ve yargılama yetkisi, Sözleşme'nin 19 ve 23. maddelerinde kesin bir şekilde belirlenmiştir. Sözleşme'nin kapsamı ve içeriği bakımından nihai hakem Mahkeme'dir. Üye Devletler, eylemleriyle, bilhassa ulusal mahkemelerin muhakemeleriyle, ikincillik ilkesi gereğince kendilerine güvenilmesinin uygun olup olmadığını göstermektedirler. İlkenin uygulanması, ulusal karar alma süreci üzerine daha fazla yoğunlaşan bir denetime doğru kayması, takdir yetkisi doktrininin kavramsal çerçevesinde, iç hukuk düzenlerine dahil edilen Sözleşme'nin ilkelerinin uygulanması aşamasında ulusal düzeyde ifade edilen başlıca tespitlerin eninde sonunda yeniden incelenmesi için Mahkeme'nin yetkisini hiçbir şekilde kısıtlamamaktadır. Kısacası, açık olmak gerekirse, Mahkeme tarafından ikincillik ilkesinin sağlam ve tutarlı bir şekilde uygulanmasının, Mahkeme'den yetkinin bir kısmının alınmasıyla ilgisi bulunmamaktadır.

4. Ayrıca, Sözleşme'nin 15. maddesindeki ifadelerden doğrudan anlaşıldığı üzere, bu ilkeler, bir Devlet, ulusun varlığını tehdit eden bir kamu tehlikesiyle karşılaştığında da uygulanmaktadır. Böyle bir durum, Devletlere istedikleri gibi davranma hakkı tanımamaktadır. Başka bir ifadeyle, olağanüstü hal, üye Devletler için, hukukun üstünlüğü ve insan haklarının korunması temelinde demokratik bir toplumun temellerini zayıflatmaya açık bir davet değildir. Yalnızca durumun gerekliliklerine sıkı sıkıya bağlı olarak alınan tedbirler, Sözleşme kapsamında haklı gösterilebilir ve olay ve olguların, söz konusu tedbirlerin geçerli bir nedeni olduğunun yeterli derecede kanıtlanıp kanıtlanmadığı hususunda Avrupa düzeyinde karar vermek nihai olarak Mahkeme'nin görevidir.

5. Son olarak, üye Devletler, Mahkeme tarafından verilen kararları icra etmek üzere, Sözleşme'nin 46. maddesinde ifade edilen uluslararası hukuk yükümlülüğüne tabidirler. Bir Devlet, yargı yetkisi dâhilindeki herkese, Sözleşme'yle güvence altına alınan hak ve özgürlükleri tanımaya ve aynı zamanda, Mahkeme'nin yetkisini kabul etmeye karar verdiğinde, Mahkeme'nin kararlarını uygulama yükümlülüğü zorunludur ve bu konuda herhangi bir istisna tanınmaz. Netice itibarıyla, bugün verilen kararları,

Sözleşme bakımından Türkiye'nin yükümlölüklerine uygun olacak şekilde ve Bakanlar Komitesinin gözetiminde, sadakatle ve derhal icra etme görevi, yetkili Türk makamlarına aittir.

YARGIÇ ERGÜL'ÜN KISMİ MUHALEFET ŞERHİ

I

1. Meslektaşlarımın, Sözleşme'nin 5. maddesinin 3, 4 ve 5. fıkraları ile 18. maddesinin ihlal edildiği iddiası bağlamındaki şikâyetlerin kabul edilemezlik ya da ihlal bulunmama nedeniyle veyahut kararda belirtilen başkaca nedenlerden ötürü reddedilmesi gerektiği yönünde vardıkları sonuca tamamen katılıyorum. Buna karşın, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrası ve 10. maddesinin ihlali ve kabul edilebilirliği ile ilgili olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin çoğunluğunun vardığı sonucuna katılamayacağımı üzülererek belirtmek isterim. Dolayısıyla, çoğunluğun vardığı ihlal tespitlerine, biri kabul edilebilirlik, diğeri ise esasla ilgili olmak üzere iki nedenden ötürü katılmıyorum.

2. Kabul edilebilirlikle ilgili olarak, öncelikle konuya ilişkin yerleşik içtihatları ve ilkeleri hatırlatmak istiyorum. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 35. maddesi uyarınca "Mahkeme'ye ancak (...) iç hukuk yollarının tüketilmesinin sonra (...) başvurulabilir (...)". Sözleşme'nin sisteminde, ulusal yargıcın, Sözleşme'nin kamu hukuku yargıcı olduğu sonucu çıkmaktadır. Her şeyden önce, bu Sözleşme ile güvence altına alınan hakkın onaylanmasını sağlamak onun görevidir. Bu, Sözleşme'nin ekonomisini destekleyen ikincilik ilkesine eş değerdedir (Frédéric Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 9. Baskı, PUF, Paris 2008, s. 204). Mahkeme birçok defa şunu ifade etmiştir: "Sözleşme ile kurulan güvenlik mekanizması, insan haklarının korunmasına ilişkin ulusal sistemlere nazaran ikincil nitelik taşımaktadır." (bk. *Handyside/Birleşik Krallık*, 7 Aralık 1976, seri A n° 24, *Vučković ve diğerleri/Sırbistan* (ilk itiraz) [BD], No. 17153/11 ve diğer 29, §§ 69-70, 25 Mart 2014 ve *Brusco/İtalya* (kabul edilebilirlik hakkında karar), No. 69789/01, AİHM 2001-IX). Sözleşme öncelikle ulusal makamlara -bilhassa, Sözleşme'nin doğal hâkimine- tahsis ettiği hak ve özgürlüklerden yararlanmanın sağlanmasına özen gösterilmesi konusunda güvenmektedir. Dolayısıyla,

Sözleşme, esasa ilişkin kuralları, hiçbir şekilde, iç hukuk kurallarının yerini almayı amaçlamadığından, ulusal haklara nazaran ikincil bir nitelik taşımaktadır. Sözleşme'nin 13. maddesinin konusu olan -ve bu madde ile sıkı bağlantı içinde olan- bu kural, iç hukukun, Sözleşme'nin ihlalinin iddia edilmesi durumunda, etkin bir iç hukuk yolu sunulacağı varsayımına dayanmaktadır. Dolayısıyla söz konusu varsayım, Sözleşme tarafından kurulan koruma mekanizmasının, insan haklarını güvence altına alma konusunda, ulusal sistemlere göre ikincil bir nitelik taşımasını öngören ilkenin önemli bir görünümünü teşkil etmektedir (yukarıda anılan, *Vučković ve diğerleri*, §§ 69-70 ve yukarıda anılan *Brusco* kararı).

3. Mahkeme'nin içtihadına göre, temel hak ve özgürlüklerin korunması için öngörülen bir hukuk sistemi söz konusu olduğunda, mağdur edildiğini düşünen birey bu koruma ile ilgili başvuru yollarını kullanmakla yükümlüdür (bk. *Mirazović/Bosna Hersek* (kabul edilebilirlik hakkında karar), No. 13628/03, 16 Mayıs 2006 ve *Independent News and Media and Independent Newspapers Ireland Limited/İrlanda* (kabul edilebilirlik hakkında karar), No. 55120/00, 19 Haziran 2003). Öte yandan, başvuran için iç hukuk yollarını tüketme yükümlülüğü, ilke olarak, başvurunun Mahkeme'ye sunulduğu tarihte değerlendirilir (bk. *Baumann/Fransa*, No. 33592/96, § 47, AİHM 2001-V (özetler)). Bunun yanı sıra, bazı istisnai durumlarda, "Mahkeme, kendisine başvuruda bulunulmasından kısa bir süre sonra, ama başvurunun kabul edilebilirliği hakkında kararını vermeden önce, iç hukukta bir hukuk yolunda son aşamaya gelinmiş olmasına müsamaha göstermektedir (bk. *Karoussiotis/Portekiz*, No. 23205/08, § 57, AİHM 2011 (özetler)". Öte yandan, Mahkeme'nin içtihadına göre, açık şekilde sonuçsuz kalacağı kesin olmayan belli bir başvuru yolunun sonuca ulaşmayacağına dair duyulan şüphe, iç hukuk yollarının kullanılmamasını haklı göstermek için geçerli bir gerekçe teşkil etmemektedir (yukarıda anılan *Vučković ve diğerleri* kararı, § 74). Bu son ilkenin, *mutatis mutandis* (gerekli değişiklikler yapılması koşuluyla), başvurusu halen, kendisine etkin hukuk yolu sunan ulusal bir mahkeme önünde derdest iken Mahkeme'ye

başvuruda bulunan başvuranın durumuna uygulanması gerektiği kanaatindeyim.

4. Anayasa Mahkemesi önündeki bireysel başvuru yoluyla ilgili olarak, Mahkeme daha önce şu sonuca varmıştır: "-Anayasa değişiklikleri ile ilgili gerekçelerde ifade edilen- (...) Sözleşme ile kurulan sistemin koruma mekanizması ile aynı koruma mekanizmasının hayata geçirme konusundaki yasa koyucunun iradesinden şüpheyi gerektirecek herhangi bir neden görmemektedir: 6216 sayılı Kanunda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Protokolleri tarafından güvence altına alınan temel hak ve özgürlükler ile bizzat Türk Anayasası'nda yer alan hak ve özgürlüklerin de, [Türk Anayasa Mahkemesi'nin] *ratione materiae* (konu bakımından) yetki alanına girdiği açık olarak belirtilmektedir." (bk. *Uzun/Türkiye* (kabul edilebilirlik hakkında karar), No. 10755/13, 30 Nisan 2013, § 62).

5. Somut olayda, başvuran 8 Eylül 2016 tarihinde Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur. Başvuran aynı zamanda, 28 Şubat 2017 tarihinde, başvurusu halen Anayasa Mahkemesi önünde derdest olduğu sırada, Sözleşme'nin 34. maddesi gereğince, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne de başvuruda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi 11 Ocak 2018 tarihinde kararını vermiş ve altıya karşı on bir oyla, özgürlük ve güvenlik hakkı ile ifade ve basın özgürlüğü hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Dolayısıyla başvuran, Anayasa Mahkemesi önünde yapmış olduğu bireysel başvurunun sonucunu beklememiştir.

II

6. Yukarıda belirtilen ilkeler ışığında, dava incelendiğinde, öncelikle, iç hukuk yollarının tüketilmesi koşulunun yerine getirilmediği görülmektedir. Kanaatimce, *Karoussiotis/Portekiz* davasının yanı sıra, kararda belirtilen diğer davalardan doğan içtihat somut olayda uygulanamaz. Temel hak ve özgürlüklerin korunması için öngörülen spesifik hukuki sistem ve Türk Anayasa Mahkemesi önündeki bireysel başvuru yolları, yerleşik içtihadı

uyarınca, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuruda bulunmadan önce kullanılması gereken her zaman etkin hukuk yolları olarak değerlendirilmektedir (yukarıda anılan *Uzun* kararı ve *Mercan/Türkiye* (kabul edilebilirlik hakkında karar), No. 56511/16, 8 Kasım 2016).

7. Öte yandan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi'nin kararını vermiş olduğu ve dolayısıyla iç hukuk yollarının tüketildiği değerlendirmesinde bulunarak davayı inceleyemez. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin kararının başvuranın lehine olması sebebiyle, ilgili, bu davada, Sözleşme'nin 34. maddesi anlamında artık "mağdur" olduğu iddiasında bulunamaz. Mahkeme'nin yerleşik içtihadı uyarınca, "ulusal makamlar bir ihlal tespitinde bulunduklarında ve verdikleri karar, uygun ve yeterli bir telafi teşkil ettiğinde, ilgili taraf, Sözleşme'nin 34. maddesi anlamında artık mağdur olduğu iddiasında bulunamaz" ve "bu iki koşul yerine getirildiği takdirde, Sözleşme'nin güvence mekanizmasının ikincil niteliği, Mahkeme'nin inceleme yapmasına engel olmaktadır" (bk. *Eckle/Almanya*, 15 Temmuz 1982, §§ 64-70, A Serisi No. 51, *Caraher/Birleşik Krallık* (kabul edilebilirlik hakkında karar), No. 24520/94, CEDH 2000-I, *Hay/Birleşik Krallık* (kabul edilebilirlik hakkında karar), No. 41894/98, AİHM 2000-XI, *Cataldo/İtalya* (kabul edilebilirlik hakkında karar), No. 45656/99, AİHM 2004-VI, *Göktepe/Türkiye* (kabul edilebilirlik hakkında karar), No. 64731/01, 26 Nisan 2005 ve *Yüksel/Türkiye* (kabul edilebilirlik hakkında karar), No. 51902/08, § 46, 9 Nisan 2013).

8. Anayasa Mahkemesi'nin kararı sonrasında başvuranın tahliye edilme talebini reddeden ağır ceza mahkemelerinin kararlarına gelince, şüphesiz, ilgili, İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi'nin ret kararlarına ilişkin başvuruya ilgili olarak Anayasa Mahkemesi'nin kararından sonra yeniden Mahkeme'ye başvuruda bulunabilirdi. Nitekim başvuran, 30 Ocak 2018 tarihinde, Sözleşme'nin 5, 6 ve 18. maddelerini ileri sürerek ve bilhassa Anayasa Mahkemesi'nin 11 Ocak 2018 tarihli kararına rağmen tutukluluk halinin devamından şikâyet ederek Anayasa Mahkemesi'ne yeni bir bireysel

başvuruda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi, başvuranın başvurusunu öncelikli olarak incelemeye karar vermiştir.

9. Dolayısıyla, söz konusu yerleşik içtihat ve ilkeler ışığında, somut olayda, çoğunluğun gerekçeleri, beni, bunlardan ayrılmanın gerekli olduğu hususunda ikna edememiştir. Bu yüzden, somut olayda, ifade edilen genel ilkeler ve içtihatlardan ayrılmak için herhangi bir neden göremiyorum.

10. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın başlangıç bölümü, "(...) Millet iradesinin mutlak üstünlüğü, egemenliğin kayıtsız şartsız Türk Milletine ait olduğu ve bunu millet adına kullanmaya yetkili kılınan hiçbir kişi ve kuruluşun, bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkamayacağı" şeklindedir. Başlangıç bölümünde belirtilen ilkeler, Türkiye'nin de kurucu üyelerinden biri olduğu Avrupa Konseyi Statüsü'nün başlangıç bölümünde yer alan demokrasi, hukuk devleti, insan haklarının korunması ilkeleriyle uyumludur. Ne yazık ki, 15 Temmuz 2016 tarihinde Türkiye'de bu ilkeleri hiçe sayan, temel hak ve özgürlükleri ortadan kaldırmaya çalışan ve milli iradeyi görmezden gelen bir darbe girişimi yaşanmıştır.

III

11. Esasla ilgili olarak, öncelikle, 15 Temmuz 2016 gecesi, Türkiye'yi bunaltan tehdidin kapsamını ve tehlikesini hatırlatmak istiyorum. Bu, hem toplumun hem de devletin tüm mekanizmalarına sızmış bir *sui generis* (*kendine özgü*) terör örgütünün üyeleri tarafından kanlı bir askeri darbe teşebbüsüydü. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf hiçbir Devlette, millete, demokrasiye ve temel haklara karşı bu denli ciddi bir tehdit yaşanmamıştır.

12. 15 Temmuz'u 16 Temmuz 2016'ya bağlayan gece, Türk Silahlı Kuvvetlerinin, *FETÖ/PDY* ("Fetullahçı Terör Örgütü/Paralel Devlet Yapılanması") isimli terör örgütü ile bağlantısı olan bir hizibi, demokratik yolla seçilen Cumhurbaşkanı ve Hükümeti ortadan kaldırmak ve demokrasiye son vermek amacıyla askeri darbe girişiminde bulunmuştur.

Bu örgüt, daha önce Milli Güvenlik Kurulu'nun tavsiye kararında ve mahkeme tarafından terör örgütü olarak açıklanmıştır. Darbeciler, yurt genelinde sokağa çıkma yasağı uygulanmasından ve sıkıyönetim ilanından bahseden "Yurtta Sulh Konseyi" tarafından imzalanmış bir bildiri dağıtmışlardır. Öte yandan, darbeciler, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin ortadan kaldırıldığını, siyasi partilerin tüm faaliyetlerinin sona erdirildiğini ve tüm polislerin sıkıyönetim komutanlarının denetimi altına alındığını ifade etmişlerdir.

13. Darbeciler, helikopterler ve avcı uçakları yardımıyla, aralarında Türkiye Büyük Millet Meclisi, Cumhurbaşkanlığı Külliyesi, Emniyet Müdürlüğü, Polis Özel Harekât Daire Başkanlığı ve başkent Ankara'da bulunan Milli İstihbarat Teşkilatı'nın merkez binasının da bulunduğu çok sayıda yere saldırmışlar ve bombalamışlardır. Öte yandan, Cumhurbaşkanının bulunduğu otele de saldırmışlardır. Genelkurmay Başkanı ve silahlı kuvvetler komutanlarının da aralarında bulunduğu çok sayıda üst düzey askeri yetkili rehin alınmıştır. Ayrıca, Avrupa'yı Asya'ya bağlayan Boğaziçi Köprüsü ve İstanbul Havalimanları, savaş tankları ve zırhlı araçlarla trafiğe kapatılmıştır. Ülkenin farklı yerlerindeki çok sayıda kamu binası işgal edilmiş ya da işgal teşebbüslerine konu olmuştur. Teşebbüs sırasında, ilgili kurumlar ve teşkilatlar, bilhassa uydu, haberleşme, kablo televizyon ve işletme anonim şirketi TÜRKSAT'a, tüm yurtta internet erişimini ve televizyon yayınlarını kesmek amacıyla saldırılmıştır. Bazı özel televizyon kanallarının binaları işgal edilmiş ve yayının kesilmesi teşebbüslerine konu olmuşlardır.

14. Darbe teşebbüsü tüm anayasal organ temsilcileri tarafından, bilhassa ve ilk olarak Cumhurbaşkanı ve sonrasında Başbakan ve Anayasa Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Cumhurbaşkanının çağrısı üzerine, halk sokaklara ve meydanlara çıkmış ve darbecilere karşı tepki göstermişlerdir. Meşru makamların emirleri ve talimatları altında hareket eden güvenlik güçleri, darbe girişimine karşı tedbirler almışlardır. Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde temsil edilen tüm siyasi partiler ve sivil toplum

örgütleri bu alçak teşebbüsü kınamışlar ve hiçbir anti-demokratik hükümeti kabul etmeyeceklerini ifade etmişlerdir. Avcı uçakları, helikopterler, tanklar, diğer zırhlı araçlar ve darbecilerin silahlarıyla yürütülen saldırılara rağmen, meydanlara ve sokaklara giden siviller, güvenlik memurlarının yanında darbecilere karşı durmuşlardır. Kararda belirtildiği gibi, bu saldırıların sonucu olarak, yüzlerce sivil hayatını kaybetmiş ve çoğunluğu sivil olmak üzere binlerce kişi yaralanmıştır.

15. Cumhuriyet savcılıkları, darbe girişimine katılanlar hakkında ceza soruşturmaları başlatmıştır - ki bu durum dikkate alınmaya değerdir, zira söz konusu anda darbe henüz başarısızlığa uğratılmamıştı. Sonuç olarak, darbe girişimi, meşru anayasal kurumların çabaları ve milli birlik sayesinde, 16 Temmuz'da püskürtülmüştür. Diğer taraftan, milyonlarca vatandaş tarafından, darbe girişimini protesto etmek amacıyla, şehirlerin meydanlarında sabahlara kadar demokrasi nöbetleri düzenlenmiştir.

IV

16. Avrupa Konseyi Statüsü'nün başlangıç bölümünde, üye Devletlerin “adalet ve milletlerarası işbirliği üzerine kurulu barışın güçlendirilmesinin insan topluluğunun ve uygarlığın korunması için hayati bir önemi olduğu” inancının belirtildiğini hatırlatmak gerekmektedir. Büyük düşünür, hukukçu, tarih filozofu ve sosyolog ve ayrıca uygarlık biliminin kurucusu (*umran*) olan İbn Haldun (1332-1406), başyapıtı olan *Mukaddime* kitabında “medeniyetsiz bir devletin tasavvur edilemeyeceğini ve devletsiz ve güçsüz bir medeniyetin mümkün olmadığını” (İbn Haldun, *Le Livre des Exemples, I, Autobiographie, Muqaddima*, Abdesselam Cheddadi tarafından tercüme edilen, sunulan ve yorumlanan metin, Gallimard, Paris 2002, s.752) ve insan hakları ihlallerinin (haksızlığın) medeniyeti yıktığını ve medeniyet yıkımının da Devlet'in yıkımına ve tahrip edilmesine sebep olduğunu (*ibidem*, s. 614) açıklamaktadır. Metinde farklı bir çağın söz konusu olmasına rağmen, iki perspektif arasında dikkat çekici benzerlikler tespit edilmektedir. Bu sözler ve ilkeler, bir askeri darbe girişimi sonrasında ilan edilen olağanüstü hal dönemlerinde tam olarak anlam kazanmaktadır.

Askeri darbe girişiminin sebep olduğu tehdidin ciddiyetini değerlendirmek için, askeri darbe girişiminin engellenmemiş olması durumunda ortaya çıkabilecek risklerin de dikkate alınması gerekmektedir. Uygulama, temel haklara ilişkin en ciddi ihlallerin askeri darbe dönemlerinde meydana gelme eğiliminde olduğunu göstermiştir. Diğer taraftan, askeri darbe rejimi tarafından yönetilen birçok devlette hâkim olan kaygı verici şartlar ve söz konusu devletlerin toplumlarının durumu, günümüzde ve dünyanın her yerinde, yukarıda anılan büyük düşünürün tespitlerini ve Avrupa Konseyi'nin kurucu ilkelerini kuvvetlendirmektedir. Türk halkı, ulusun varlığını tehdit eden bu büyük kamusal tehlikeyi engelleyerek, bir halkın demokrasiyi, hukuk devletini ve medeniyeti nasıl koruyabileceğini ve ulusun geleceğine nasıl sahip çıkabileceğini göstermiştir.

17. Türkiye'nin, olağanüstü hal ilan edilmesinin ardından Sözleşme'nin 15. maddesi bağlamında yapmış olduğu, 21 Temmuz 2016 tarihli Sözleşme'yi askıya alma bildirimini dikkate almak gerekmektedir. Bu bildirimle ilgili olarak, birinci şartın herhangi bir zorluk yaşanmaksızın yerine getirildiğine ve ardından bu alanda ulusal makamlara bırakılan büyük takdir yetkisi ışığında, askeri darbe girişiminin, Sözleşme'nin 15. maddesi anlamında, şüphesiz “ulusun varlığını tehdit eden kamusal bir tehlike” yarattığına ilişkin olarak çoğunluğun görüşünü paylaşmaktayım. Diğer taraftan, başvuranın şikâyetleri, Sözleşme'nin askıya alınmasına yer vermeyen haklarla ilgili değildir. Askıya alma kapsamında alınan tedbirlerin orantılılığıyla ilgili olarak, çoğunluğun görüşünden ayrılmaktayım, zira bu konuyla ilgili görüşümün, Türkiye'de ulusun varlığı ile hukuk devletine, demokrasiye, anayasal düzene ve insan haklarına karşı oluşan tehdit ışığında, dikkatlice incelenmeyi hak ettiği kanaatindeyim.

18. Türk yargısı, darbe girişiminden önce vermiş olduğu bir kararla, FETÖ/PDY'nin silahlı bir terör örgütü olduğuna hükmetmiştir (Erzincan Ağır Ceza Mahkemesi'nin 16 Haziran 2016 tarihli kararı). Ayrıca, 15 Temmuz 2016 tarihinden sonra verilen kararlarla da, darbe girişimi ile bu terör örgütü arasındaki bağ tespit edilmiştir. Konu hakkında, Yargıtay Ceza

Genel Kurulu tarafından varılan sonuçlar oldukça örnek vericidir: “Örgütün kurulduğu ilk yıllardan itibaren (...) daha önce örgüt bünyesinde aktif görevli kişilerin ifadelerinden, amaçlarının Türkiye Cumhuriyeti’nin tüm anayasal kurumlarını (yargı, yasama ve yürütme erklerini) ele geçirmek ve aynı zamanda “himmet” adı altında toplanan paralar sayesinde Türkiye’de ve yurt dışında kurulan okullarda, ilkeleri ve amaçlarına uygun şekilde eğitilen öğrencilerden faydalanarak ve örgütsel çıkarları ve ideolojileri kapsamında elde ettikleri siyasi ve ekonomik gücü kullanarak, uluslararası düzeyde önemli ve etkin bir siyasi/ekonomik güce dönüşmek olduğu anlaşılmaktadır.” Yine aynı Daire, kararında, “FETÖ/PDY’nin devletin tasarrufunda bulunması gereken kamu gücünü, kendi örgütsel çıkarları lehine kullanmakta olduğu anlaşılmaktadır. Çeşitli aşamalardan geçirildikten sonra güçlü örgütsel bağlarla bağlandığı FETÖ/PDY’nin bir neferi olarak TSK, Emniyet Teşkilatı ve Milli İstihbarat Teşkilatında meslek hayatlarına başlayan örgüt mensupları, sahip oldukları silah ve zor kullanma yetkilerini FETÖ/PDY’deki hiyerarşik üstünden gelen emir doğrultusunda seferber etmeye hazır olacak şekilde bir ideolojik eğitimden geçirilmektedir. Bu durum, örgüt lideri tarafından hizmet insanı başlığı altında “örgüte bağlı kişinin azimli, kararlı, hizmete karşı itaatkâr, her şeyin sorumluluğunu alması gereken, darbe yediğinde azmi bozulmayan, yüksek rütbelere geldiğinde kendi rütbesi değil de hizmetin rütbesini ön planda tutan, hizmet içerisinde yapacağı görevlerin zor olabileceğine inanan ve bütün varlığını, canını, sevdiklerini hizmet [yani terör örgütü] için feda etmeye hazır olması” şeklinde tespitlerde bulunulmuştur. Yargı makamlarının tespitlerine göre, FETÖ’nün çalışma prensiplerinde üç ilke öne çıkmıştır: gizlilik, örgüt içi birlik ve katı hiyerarşik ilişki yapısı. Karmaşık bir yapılanması olan FETÖ, kurulduğundan beri en düşük hücrelerden en yüksek birimlere kadar sadık bir şekilde izlediği gizlilik ilkesine dayanmaktadır.

19. Olağanüstü hal, 20 Temmuz 2016 tarihinde, demokrasinin, insan haklarının, hukuk devletinin korunması ve Devlet’ten henüz temizlenememiş unsurlarının bertaraf edilmesi ve gelecekte ortaya

çıkabilecek muhtemel tehditlerin tamamen ortadan kaldırılması amacıyla, 21 Temmuz 2016 tarihinden itibaren üç aylık bir süre için ilan edilmiştir. Daha sonra da Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından, en son 19 Ocak 2018 tarihinde olmak üzere birçok defa uzatılmıştır. Her defasında, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne Sözleşme'nin 15. maddesi bağlamında, askıya alma bildirimi gönderilmiştir.

20. Aslında adli soruşturmalar ve davalar ile mahkeme kararları, FETÖ/PDY'nin karmaşık yapıya sahip ve *sui generis* ve faaliyetlerini yasallık görünümü altında sürdüren silahlı bir terör örgütü olduğunu göstermiştir. Bu bağlamda, FETÖ/PDY'nin medya yapılanması, kamuoyunu manipüle etmek suretiyle, bu örgütün, alçak askeri darbe girişimine sebep olan faaliyetlerinin meşrulaştırılmasında önemli bir rol almıştır. Başvuran, söz konusu örgütün medya yapılanmasına ilişkin olarak yürütülen bir soruşturma kapsamında tutuklanmıştır.

V

21. Askeri darbe teşebbüsü ve sonuçları ile diğer terör eylemleri, Sözleşme'nin 15. maddesi anlamında ulusun varlığı açısından bir tehdit teşkil ederek, demokratik anayasal düzen ve insan hakları ile kamu güvenliği ve düzeni açısından ciddi tehlikeler oluşturmuştur. Dolayısıyla, başvuranın şikâyetleri, Sözleşme'nin 15. maddesi uyarınca 21 Temmuz 2016 tarihli Sözleşme'yi askıya alma bildirimi (daha sonra tekrarlanan) dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Mahkeme, askeri darbe girişiminin Sözleşme anlamında "ulusun varlığını tehdit eden kamusal bir tehlike" yarattığı kanısına varmaktadır. Mahkeme, bununla birlikte, gerekçelerini derinleştirmeksizin tedbirlerin orantılılığına ilişkin bir başka sonuca varmıştır. Orantılılığa ilişkin olarak, iki boyutu dikkate almak gerekmektedir. Öncelikle, başvuranın şikâyetlerinin yalnızca askıya alınabilecek haklarla ilgili olduğunu göz önünde bulundurmak gerekmektedir. Bu nedenle, Devletin daha fazla bir takdir yetkisine sahip

olması ve Mahkeme'nin davalı Devlet tarafından karşılaşılan risk ve zorlukları dikkate alması gerekmektedir.

22. Ardından, Mahkeme'nin değerlendirmesi, askıya alınabilecek haklar arasında hukuki bir sıralamaya yol açmamalıdır. 171 Devletin temsilcileri tarafından 25 Haziran 1993 tarihinde Dünya İnsan Hakları Konferansı sırasında oybirliğiyle kabul edilen Viyana Eylem Programı ve Deklarasyonu'nda vurgulandığı gibi, ilke olarak, insan hakları arasında hukuki bir sıralamanın kabul edilmemesi gerekmektedir: "Bütün insan hakları evrenseldir, bölünmezdir, birbiriyle bağımlıdır ve birbiriyle ilişkilidir. Uluslararası toplum, insan haklarını genel olarak, adil ve dengeli bir şekilde, eşit koşullarda ve bu haklara aynı önemi vererek incelemelidir." Bununla birlikte, Sözleşme'nin 15. maddesi, bu hakları askıya alınabilecek ya da alınamayacak haklar olarak sınıflandırarak, bir tür haklar hiyerarşisini öngörmektedir. Sözleşme'nin 15. maddesi metninin açıklığına rağmen, askıya alınabilecek haklar arasında hukuki bir sıralamaya yol açan bir sonuç, Sözleşme'nin yazarlarının gerçekçilik kaygısına aykırı olacaktır. Bu askıya alma mekanizması gerçekte, Devletlerin insan haklarına saygı ile uluslarının varlığının korunması arasında kurmaları gereken dengeyi desteklemeyi amaçlamaktadır.

23. Diğer taraftan, askıya alma kapsamında kalan bir hakkın konu edildiği tutuklama tedbirini tamamen, ulusun varlığını tehdit eden kamusal bir tehlike durumunun gerektirdiği sonucuna varmak için yeterli unsurların bulunup bulunmadığını incelemek gerekmektedir. Bu konuda, Mahkeme'nin önünde, ulusun varlığına yönelik tehdidin ciddiyeti, şikâyetin ileri sürülebilir bir adli tedbirle ilgili olması, bu ciddi tehdidin arkasında olan terör örgütünün medya yapılanmasına ilişkin olarak davanın son derece karmaşık olması, örgütün yasadışı faaliyetlerinin gizlenmesinde ve bu alçak askeri darbe girişimine yol açan eylemlerinin meşrulaştırılmasında FETÖ/PDY'nin medya yapılanmasının önemli rolü ve darbe teşebbüsü nedeniyle olağanüstü halin ilan edilmesi ve her defasında Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onayıyla, 21 Temmuz 2016 tarihinden beri olağanüstü

halin uzatılması gibi birçok unsur bulunmaktadır. Bu unsurlar uyarınca ve davanın olağanüstü hale ve Sözleşme'nin askıya alınmasına yol açan olaylarla yakından ilişkili olması nedeniyle, somut olayda alınan tedbirlerin durumun gerektirdiği sıkı ölçüde alındığını değerlendirmek gerekmektedir. Bu nedenle, somut olayda, son derece ciddi bir tehdide bağlı olarak Sözleşme'nin askıya alınmasının, davanın esası açısından ağır basması gerekmektedir.

24. Sonuç olarak, davanın kendine özgü koşullarında, Sözleşme'nin 5 ve 10. maddeleri söz konusu olsa bile, ikincillik ilkesinin kabul edilebilirlik açısından ağır basması gerektiği kanaatindeyim. Ayrıca, son derece ciddi bir tehdide bağlı olarak Sözleşme'nin askıya alınmasının davanın esası açısından ağır basması gerekmektedir. Daha önce belirtilen değerlendirmelerin tamamını dikkate alarak ve çoğunluğun aksine, Sözleşme'nin hükümlerine ilişkin herhangi bir ihlalin bulunmadığı sonucuna varmaktayım.