

© Çeviren, Okan TAŞDELEN, AIHM Eski B Hukukçusu, @O_TSDLN, 2019. [Daha önce “https://www.patreon.com/posts/32886781” adresinde yayımlanmıştır] Bu çeviriyi yayımlama izni, HUDOC’a konulması için verilmiştir. Çevirmene atıfta bulunmak kaydıyla ticari olmayan amaçlarla alıntılanabilir.

© Translated by Okan TAŞDELEN, Former B Lawyer of the ECHR, @O_TSDLN, 2019. [Already published on the following website: “https://www.patreon.com/posts/32886781”] Permission to re-publish this translation has been granted for the purpose of its inclusion in HUDOC. It may be reproduced, without any commercial purpose, with a reference to the translator.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

HAKAN BAŞ/TÜRKİYE KARARI

(B. No. 66448/17, 03/03/2020)

M. 5/1 • Kanunla öngörölmüş bir usul • Suçüstü kavramının gayrı makul genişletilmesine dayanılarak bir hâkimin tutuklanması • Hâkimlere sağlanan usulü güvencelerin etkisizleştirilmesi

M. 5/1 (c) • Makul şüphe • Suçlayıcı mahsus delillerin yokluğunda, basit bir yasadışı örgüt üyeliği şüphesine dayalı tutuklama

M. 5/4 • Gözden geçirmenin hızlılığı • Henüz suçlama yöneltilmemiş tutukluya, yaklaşık bir yıl iki ay süren soruşturma boyunca mahkeme önünde bir duruşmanın sağlanmaması

M. 15 • Olağanüstü hâlde askıya alma • “Sıkı sıkıya gerekli” olmama

I – OLAYLAR VE OLGULAR

B. Başvurunun Arka Planı

Bir grup Türk Silahlı Kuvvetleri mensubu, 15’i 16 Temmuz 2016’ya bağlayan gecede, Ulusal Meclisi, Hükümeti ve Türkiye Cumhurbaşkanını ortadan kaldırmayı amaçlayan bir askeri darbe gerçekleştirmeye teşebbüs etmiştir. Askeri darbe teşebbüsünün ertesi günü ulusal makamlar, Birleşik Devletler’de yaşamakta olan ve “FETÖ/PDY” (Gülenci Terör Örgütü/Paralel Devlet Yapılanması) diye anılan bir örgütün lideri kabul edilen Fetullah Gülen’e bağlı ağı suçlamıştır.

Hükümet, 20 Temmuz 2016 tarihinde, üç aylık bir süre için ve müteakiben uzatılmış olan olağanüstü hâl ilan etmiştir. Türk makamları, 21 Temmuz 2016 tarihinde, 15. madde uyarınca Sözleşme’nin askıya alındığına dair Avrupa Konseyi Genel Sekreterine bildirimde bulunmuştur.

Bakanlar Kurulu, olağanüstü hâl süresince birçok kanun hükmünde kararname kabul etmiştir. 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 3. maddesi, Hâkimler ve Savcılar Kurulunun (HSK), terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine zararlı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı bulunduğu değerlendirilen hâkim ve savcılar ihraç etme yetkisine sahip olduğunu öngörmüştür. Olağanüstü hâl, 18 Temmuz 2018 tarihinde kaldırılmıştır.

HSK, 16 Temmuz 2016 tarihinde, darbe teşebbüsünü başlatan terör örgütünün üyesi olduklarına dair kuvvetli şüphenin bulunduğu ve onları görevde tutmanın soruşturmanın gelişimini engelleyeceği ve yargının otorite ve saygınlığına zarar vereceği gerekçesiyle; başvuranın da dâhil olduğu 2.735 hâkim ve savcıyı 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 77/1 ve 81/1 maddeleri uyarınca üç aylık bir süreyle açığa almıştır.

24 Ağustos 2016 tarihinde, 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 3. maddesini tatbik eden HSK Genel Kurulu, tamamı FETÖ/PDY'nin üyesi olduğu veya onunla irtibatı veya iltisakı bulunduğu değerlendirilen başvuruları da içeren 2.847 hâkim ve savcıyı meslekten ihraç etmiştir.

B. Başvuranın Kişisel Durumu

1. Başvuranın Gözaltına Alınması ve Tutuklanması

Kocaeli Cumhuriyet savcısı, 16 Temmuz 2016 tarihinde, Kocaeli'de görev yapan FETÖ/PDY üyesi olduğundan şüphelenilen başvuranın da bulunduğu hâkimler hakkında ceza soruşturması başlatmıştır. Başvuran, 18 Temmuz 2016 tarihinde tedavi için bulunduğu hastanede gözaltına alınmıştır. 19 Temmuz 2016 tarihinde, FETÖ/PDY üyeliği şüphesi nedeniyle HSK'nın 16 Temmuz 2016 tarihli kararı neticesinde görevinden alınmış bulunduğunu ona bildiren Kocaeli Cumhuriyet savcısına ifade vermiştir. O günün ilerleyen saatlerinde Kocaeli 1. Sulh Ceza Hâkimliği önüne çıkartılmıştır.

Sulh Ceza Hâkimi, 20 Temmuz 2016 tarihinde, terör örgütü üyeliği şüphesiyle başvuranın tutukluluk altına alınmasına karar vermiştir. Hâkim, darbe teşebbüsünün hâlen devam ettiğini, bu eyleme girişen örgütün üyesi olduğu gerekçesiyle başvuranın HSK tarafından açığa alındığını ve HSK'nın Ankara Cumhuriyet Başsavcılığından soruşturma açmasını talep ettiğini belirtmiştir. İsnat edilen suçun niteliğinden, delil durumundan ve olası cezadan, darbe teşebbüsüne ilişkin tüm ülkede soruşturmalar yürütüldüğünden, tüm şüphelilerin ifadelerinin henüz alınmamış olduğundan ve suçun katalog suçlar arasında olduğundan bahsedilmiştir. Hâkim, tutuklamanın bu aşamada orantılı bir tedbir olduğunu ve adli kontrolün yetersiz kalacağını belirtmiştir. Karara göre, 2802 sayılı Kanun'un 94. maddesinde düzenlenen bir suçüstü hâlinde yakalanma söz konusudur.

Başvuranın tutukluluk kararına itirazı, 29 Temmuz 2016 tarihinde reddedilmiştir.

2. Başvuranın Tutukluluk Hâlinin Devamına ve İtirazının Reddine Dair Kararlar ile Bireysel Başvurusunun Reddi

19 Ağustos 2016 ve 07 Eylül 2016 tarihlerinde Kocaeli Sulh Ceza Hâkimlikleri, tutukluluk hâlinin gözden geçirilmesi esnasında başvuranın tahliye taleplerini reddetmiş ve tutukluluğun devamına hükmetmiştir. 19 Ağustos tarihli karara yaptığı itirazı 26 Eylül 2016 tarihinde reddedilmiştir.

Ankara Sulh Ceza Hâkimlikleri, 10 ve 14 Ekim, 07 Kasım ve 05 Aralık 2016 ila 06 Ocak 2017 tarihlerinde resen yapılan tutukluluk değerlendirmeleri sonucunda başvuranın tutukluluğunun devamına karar vermiştir.

Başvuran, 26 Aralık 2016 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi (AYM), 27 Aralık 2017 tarihinde, şikâyetlerinin açıkça dayanaktan yoksun olduğuna karar vermiş ve başvuruyu reddetmiştir.

Tutuklamanın hukukiliği bakımından, *Aydın Yavuz ve Diğerleri* (20/06/2017) kararına atıf yapılmıştır. AYM'ye göre, iddianamede başvuranın ByLock kullanıcı olduğunun belirtildiği nedeniyle; soruşturma makamlarının bu hususu FETÖ/PDY üyeliği suçunun işlendiğine dair kuvvetli delil olarak kabul etmelerinin temelsiz ve keyfi olduğu söylenemez. Ayrıca, tutukluğun devamı ve itirazın reddi kararlarında gerekçe yokluğundan bahsedilemeyeceği ifade edilmiştir.

Kararda, incelemelerin dosya üzerinden gerçekleştirilmesinin başvuranın haklarını ihlal etmediği; dosya üzerindeki gizlilik kararına karşı başvuranın tutukluluğunun temelini oluşturan deliller hakkında bilgi sahibi olduğu, içeriğine dair yeterince bilgilendirildiği ve itiraz hakkını kullanabildiği belirtilmiştir.

Sulh ceza hâkimliklerinin bağımsız ve tarafsızlığı yönünden önceki ilke kararlardan farklı bir sonuca ulaşmak için herhangi bir gerekçe görülmemiştir. Hâkim ve savcılara tanınan güvencelere uyulmadığı ve sulh ceza hâkimlerinin tutukluluk hususunda karar vermeye yetkili olmadıkları şikâyetleri önceki kararlara (*Mustafa Başer ve Metin Özçelik*, B. No. 2015/7908, 20/01/2016; *Süleyman Bağrıyanık ve Diğerleri*, B. No. 2015/9756, 16/11/2016) atıf yapılarak reddedilmiştir.

3. Başvuran Hakkındaki Yargılama

09 Haziran 2017 tarihinde, silahlı terör örgütü üyeliği suçundan başvuran hakkında iddianame düzenlenmiştir.

İstanbul 29. Ağır Ceza Mahkemesi, 19 Eylül 2017 tarihinde ilk duruşmasını yapmış ve SEGBİS yoluyla dinlenen başvuranın tutukluluğunun devamına hükmetmiştir.

Başvuran, 19 Mart 2018 tarihinde, silahlı terör örgütü üyeliğinden suçlu bulunmuş ve yedi yıl altı ay hapis cezasına çarptırılmıştır. Mahkeme, tutuklulukta geçen süreyi dikkate alarak tahliyesine hükmetmiştir.

Başvuranın mahkûmiyeti istinaf aşamasında onanmıştır.

Dava, hâlen Yargıtay önünde sürmektedir.

II – AİHM'E BAŞVURU VE ŞİKAYETLER

30 Ocak 2017 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) başvuru yapılmıştır.

Başvuran, ulusal hukuka aykırı şekilde tutuklandığından şikâyet etmiş ve 2802 sayılı Kanun'un 94. maddesi anlamında suçüstü hâlinde yakalanma durumunun olduğuna karşı çıkmıştır. Sulh ceza hâkimliklerinin, tutuklanmasına ve tutukluluk hâlinin devamına karar verme yetkisi yoktur. Başvuran, iddia edilen suçu işlediğine dair makul şüpheyi yol açacak ve böylelikle tutukluluğunu gerektirecek belirli hiçbir delilin bulunmadığını ileri sürmüştür. Ayrıca, tutukluluğuna dair kararlar için yetersiz gerekçe gösterildiğini belirtmiştir.

Öte yandan, tutukluluğunun gözden geçirilmesi esnasında hiçbir duruşma yapılmadığından, Cumhuriyet savcısının mütalaasının bir örneğinin kendisine bildirilmediğinden ve soruşturma dosyasına erişimin kısıtlandığından da şikâyet etmiştir.

Son olarak, tutukluluğu hakkında karar veren sulh ceza hâkimleri bakımından bağımsızlık ve tarafsızlık yoksunluğu ileri sürülmüştür.

III – HUKUKİ DEĞERLENDİRME

A. SÖZLEŞME'NİN 5/1 VE 3 MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

1. Başvuranın Tutuklanmasının Hukukiliği

AİHM, hukukun üstünlüğüne tabi bir devletteki temel bir değer olan adaletin teminatçısı olan ve görevlerini yerine getirmekte başarıya ulaşabilmesi kamu tarafından güvenilmesi gereken yargının toplum nezdindeki özel rolünü hatırlatmıştır (bkz. *Baka/Macaristan* [BD], B. No. 20261/12, 23/06/2016, § 165). Bu husus, bir yargı mensubunun özgürlük hakkını etkileyen bir tedbirin uygulanması durumuyla da ilişkilidir. Görevlerini bağımsız şekilde yerine getirebilmeleri bakımından ulusal hukuk tarafından yargı mensuplarına yargısal koruma sağlanması hâlinde; bu düzenlemelere gereği gibi uyulmalıdır. Demokratik bir toplumda, yargının devlet organları arasında işgal ettiği önemli yer ile güçler ayrılığına ve yargının bağımsızlığının korunması gerekliliğine verilen giderek artan önem (bkz. *Ramos Nunes de Carvalho e Sá/Portekiz* [BD], B. No. 55391/13 ve diğer 2 başvuru, 06/11/2018, § 196) gözetildiğinde; tutuklama kararının uygulanma biçimini Sözleşme hükümlerinin bakış açısından incelerken, yargı mensuplarının korunmasına bilhassa özen göstermesi gerektiği ifade edilmiştir (§ 144; bkz. *Alparslan Altan/Türkiye*, B. No. 12778/17, 16/04/2019, § 75).

Başvuranın tutuklanmasına, tutukluluğa ilişkin olağan kurallar, yani Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 100. ve devamı maddeleri, uyarınca hükmedildiği noktasında

anlaşmazlık yoktur. Somut olaydaki uyuşmazlık, başvuranın bu hükümler uyarınca tutuklanmasının “kanun niteliği” gereğiyle bağdaşıp bağdaşmadığına ilişkindir (§ 147).

AİHM, mevcut davadakine benzer koşullarda, ulusal mahkemelerin suçüstü kavramının kapsamını genişletmelerinin ve iç hukuk uygulamalarının açıkça gayrı makul ve hukuki belirlilik bakımından sorunlu olduğuna karar vermiş bulunduğu işaret etmiştir (bkz. *Alparslan Altan/Türkiye*, yukarıda anılan, § 115). AİHM, mahkemelerin suçüstü kavramını yorumlamalarına ve 2802 sayılı Kanun’un 94. maddesini uygulamalarına ilişkin olarak mevcut davanın şartlarında farklı bir sonuca ulaşmak için hiçbir neden görememektedir (§ 148).

Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı, anayasal düzeni kaldırmaya teşebbüs etme suçundan başlangıçta bahsetmiş olmakla birlikte; AİHM, başvuranın darbe teşebbüsüyle bağlantılı bir suçu işlemesi sırasında yakalandığının ve tutukluluk altına konulduğunun iddia edilmemiş olduğunu gözlemlemiştir. Bu suç, başvuranın tutuklanmasına hükmederken Kocaeli Sulh Ceza Hâkimliği tarafından değerlendirmeye alınmamış; başvuran, FETÖ/PDY üyeliği şüphesiyle özgürlüğünden yoksun kılınmıştır. Kocaeli Sulh Ceza Hâkimliğine göre, 2802 sayılı Kanun’un 94. maddesi anlamında suçüstü hâlinde yakalanma durumu vardı; ancak hâkimlik, bu tespiti dair hiçbir hukuki temel getirmemiştir (§ 149).

AİHM, 26 Eylül 2017 tarihinde kabul edilen ilke kararında Yargıtayın, silahlı örgüt üyeliği suçundan şüphelenilen hâkimlerin yakalanması anında suçüstü hâlinin bulunduğu karar verdiğini kaydetmiştir. İlke karar, suç örgütü üyeliği suçunu içeren suçlarda yargı mensubu bir şüphelinin, suçüstü hâlinin olduğu gerekçesiyle tutukluluk altına alınması için; CMK’nın 100. maddesinde ortaya konan şartların karşılanmasının yeterli olduğuna işaret etmiştir. Başvuranın tutuklanmasından çok sonra kabul edilen suçüstü kavramın bu yeni yorumu, Yargıtay’ın mütemadi suçlara dair yerleşik içtihadına dayandırılmıştı (§ 150).

AİHM, mahkemelerin, kararlarında geçerli yasal hükümlere aykırı düşen istisnalar getirmeleri hâlinde; hukuki belirlilik ilkesinin zarar görebileceğini vurgulamıştır. CMK’nın 2. maddesi, suçun işlendiği esnada ya da işlendikten hemen sonra tespit edilmeye ilişkili olarak suçüstü kavramının klasik bir tanımını öngörmüştür. Ancak Yargıtay içtihadına göre, suç örgütü üyeliği şüphesi, devam eden cezai bir eylemin herhangi bir mevcut olgusal unsurunu ya da herhangi bir diğer belirtisini ortaya koyma ihtiyacı olmaksızın suçüstü unsurunu tanımlamaya yetebilecektir (§ 152).

Bu durum, söz konusu kavramın kapsamını böylelikle bir suç örgütüne ait olduğundan şüphelenilen hâkimlerin Türk kanunlarının yargı mensuplarına sağladığı yargısal korumadan mahrum edilebileceği şekilde genişleten, suçüstü kavramının şümulü bir yorumu derecesine gelmiştir (§ 153; bkz. *Alparslan Altan/Türkiye*, yukarıda anılan, § 112).

Bu tür bir yargısal koruma, hâkimlerin şahsi menfaatleri için değil; onların görevlerini bağımsız biçimde yerine getirmelerini temin etmek için verilmiştir. Böyle bir

korumanın amacı, genelde yargı sisteminin ve özelde onun mensuplarının, adli görevlerini yerine getirirken yargı harici organların ve hatta gözetim ve denetim görevinde bulunan hâkimlerin hukuka aykırı kısıtlamalarına maruz kalmalarına engel olmaktır. Bu bağlamda Türk mevzuatı, Anayasa ve 2802 sayılı Kanun'da sağlanan teminatlara uyulmak kaydıyla, hâkim ve savcılarının resmi görevleriyle ilişkili suçlardan soruşturulmalarını yasaklamamaktadır (§ 154).

Öte yandan, Yargıtayın temadi eden suç kavramı hakkındaki yerleşik içtihadının, CMK'nın 2. maddesinde öngörüldüğü hâliyle mevcut cezai bir eylemin mevcudiyetine ilişkin suçüstü kavramının kapsamının genişletilmesini nasıl haklı kılabilirdiği de anlaşılamamaktadır (§ 155).

AİHM, mevcut davada ulusal mahkemelerin suçüstü hâlinin kapsamını genişletmesinin ve iç hukuk, yani 2802 sayılı Kanun'un 94. maddesi, uygulamalarının sadece hukuki belirlilik bakımından sorunlu olmadığını, aynı zamanda açıkça gayri makul de olduğunu tespit etmiştir (§ 156; bkz. *Alparslan Altan/Türkiye*, yukarıda anılan, § 115).

Hükümet, başvurana isnat edilen suçun 2802 sayılı Kanun'un 93. maddesi kapsamındaki şahsi bir suç olduğu; 94. maddenin uygulanmasının başvuranın sahip olduğu güvencelerden yoksun kılındığı değil, yalnızca tutuklama kararının yetkisiz sulh ceza hâkimliğince verildiği anlamına geldiğini savunmuştur. Hükümet, 2802 sayılı Kanun'un 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'dan farklılık gösterdiğini, görev suçları ile şahsi suçlar arasında ayırım yaptığını ve yalnızca görev suçları bakımından usulü güvenceler sağladığını ileri sürmüştür. Oysa 6216 sayılı Kanun her iki suç tipiyle ilgili olarak yargısal dokunulmazlık getirmektedir (§ 157).

AİHM bununla birlikte, Hükümetin bu yaklaşımını doğru bulmamıştır. Başvuran isnat edilen suçların görev suçuna girdiğini ve suçüstü hâline ilişkin hükümlerin uygulanmasının 2802 sayılı Kanun'un 88. maddesine aykırı olduğunu açıkça dile getirmesine rağmen; 20 Temmuz 2016 tarihli tutuklama kararında, iddia edilen örgüt üyeliği suçunun 2802 sayılı Kanun'un 82-92. maddeleri anlamında görev sırasında işlenen bur suç mu, yoksa Kanun'un 94. maddesi anlamında şahsi suç mu kabul edildiği hususunda bir tutum ortaya konulmamıştır. Oysa hâkimlere tanınan güvenceler bakımından, 2802 sayılı Kanun uyarınca suçun görev suçu mu yoksa şahsi suç mu olduğu hayati önemdedir. Bu itibarla, 94. maddenin uygulanmasının tek sonucunun tutuklamaya yetkisiz sulh ceza mahkemesince hükmedildiği yönündeki Hükümet savunması kabul edilmemiştir. Başvuranın eyleminin hangi suç kapsamına girdiğine karar vermek AİHM'in görevi değildir. Ancak, bir hâkimi özgürlüğünden yoksun kılan tutuklama kararının nasıl yerine getirildiğinin Sözleşme hükümlerinin bakış açısından değerlendirilirken hukuki belirlilik şartının taşıdığı daha da artan önemi ve suçüstü kavramı yorumunun Sözleşmeye aykırı olduğu yönündeki tespit dikkate alındığında; başvuranın 20 Temmuz 2016'daki tutuklanması yönünden, suçüstü kavramının basit bir

uygulamasının ve 2802 sayılı Kanun'un 94. maddesine yapılan atfın, Sözleşme'nin 5/1 maddesi şartlarını yerine getirmediğine hükmedilmiştir (§ 158).

AİHM'in görüşüne göre, suçüstü kavramının geniş kapsamlı bir yorumu kesinlikle, olağanüstü hâle uygun bir karşılık olarak görülemez. Dahası, sadece hukuki belirlilik bakımından sorunlu olmayan, ayrıca onları yürütmenin müdahalesinden korumak için yargı mensuplarına sağlanan usulü güvenceleri etkisizleştiren böyle bir yorum, olağanüstü hâlin gereklerine bir karşılık olarak da kabul edilmemiştir ve bunun, olağanüstü hâlin yasal çerçevesinin çok dışına taşan hukuki sonuçları bulunmaktaydı. Olağanüstü hâlin özel koşullarınca hiçbir şekilde haklı kılınmamıştır (§ 160; bkz. *Alparslan Altan/Türkiye*, yukarıda anılan, § 118).

AİHM, "kanun tarafından öngörülen usule uygun biçimde" alınmamış olan başvuranın tutukluluk altına konulması kararının, durumun gerekleri tarafından sıkı sıkıya zorunlu kılınmış olduğunun söylenemeyeceğine hükmetmiştir (§ 161; bkz., gerekli uyarlamalarla, *Mehmet Hasan Altan/Türkiye*, B. No.113237/17, 20/03/2018, § 140; en yenilerde, *Alparslan Altan/Türkiye*, yukarıda anılan, § 120).

Bu itibarla, başvuranın ilk tutuklanması kararının hukuksuzluğu dolayısıyla Sözleşme'nin 5/1 maddesinin ihlali söz konusudur (§ 162).

2. Başvuranın Suç İşlediğine Dair Makul Şüphenin Yokluğu İddiası

Sözleşme'nin 5/1 (c) maddesi uyarınca, ancak bir ceza soruşturması bağlamında ve suç işlediğine dair makul şüphe üzerine yetkili adli bir merci önüne çıkarılması amacıyla bir kimse tutuklanabilir (bkz. *Jécius/Litvanya*, B. No. 34578/97, § 50, AİHM 2000-IX; *Wloch/Polonya*, B. No. 27785/95, § 108, AİHM 2000-XI; *Poyraz/Türkiye* (kk), B. No. 21235/11, 17/02/2015, § 53). Şüphenin dayandırılması gereken şüphenin "makullüğü", 5/1 (c) maddede ortaya konan güvencenin temel bir unsurunu oluşturmaktadır (§ 170).

Makul şüphenin bulunması, tarafsız bir gözlemciyi ilgili kişinin atılı suçu işlemiş olabileceğine ikna edecek olay, olgu veya bilgilerin varlığını ortaya konulmasını gerektirmektedir. Ancak neyin "makul" görüleceği, durumun tüm koşullarına bağlıdır (§ 171; bkz. *Fox, Campbell ve Hartley/Birleşik Krallık*, 30 Ağustos 1990, § 32, A Serisi No. 182; *O'Hara/Birleşik Krallık*, B. No. 37555/97, § 34, AİHM 2001-X; *Korkmaz ve Diğerleri/Türkiye*, B. No. 35979/97, 21/03/2006, § 24; *Süleyman Erdem/Türkiye*, B. No. 49574/99, 19/09/2006, § 37; *Çiçek/Türkiye* (k.k.), B. No. 72774/10, 03/03/2015, § 62).

Sözleşme'nin 5/1 (c) maddesi, soruşturma makamlarının, yakalandığı anda kişiyi suçla itham etmek için yeterli delilleri ele geçirmiş olmasını gerektirmez. Dolayısıyla, şüpheyi doğuran olguların, ceza soruşturmasının sonraki aşamalarında gündeme gelecek mahkûmiyeti ya da suçlama yöneltilmesini haklı kılacak olanlarla aynı düzeyde olması gerekli değildir (§ 172; bkz. *Murray/Birleşik Krallık*, 28 Ekim 1994, § 55, A Serisi

No. 300-A; *Metin/Türkiye* (k.k.), B. No. 77479/11, 03/03/2015, § 57; *Yüksel ve Diğerleri/Türkiye*, B. No. 55835/09 ve diğer 2 başvuru, 31/05/2016, § 52).

Şüphenin makullüğü değerlendirilmesi bakımından Hükümetin, en azından yakalanan kişinin isnat edilen suçu işlemiş olduğundan makul şekilde şüphelenildiğine AİHM’i ikna edebilecek bazı olgu ve bilgiler sunması gerekmektedir (§ 174; bkz. *Fox, Campbell ve Hartley/Birleşik Krallık*, yukarıda anılan, § 34; *O’Hara/Birleşik Krallık*, yukarıda anılan, § 35; *Ilgar Mammadov/Azerbaycan*, B. No. 15172/13, 22/05/2014, § 89).

Öte yandan, bir kişi hakkındaki şüphe onun yakalanması anında “makul” olmalıdır (bkz. *Fox, Campbell ve Hartley/Birleşik Krallık*, yukarıda anılan, § 33). Bu durum, bir şüpheli tutuklandığında evleviyetle geçerlidir. Makul şüphe, yakalama ve ilk tutuklama anında bulunmalıdır (bkz. *Ilgar Mammadov/Azerbaycan*, yukarıda anılan, § 90). İlave olarak, yakalanan kişinin bir suç işlediğine dair makul şüphenin devamının yansira adli görevlinin ilgili ve yeterli gerekçe gösterme yükümlülüğü, hâlihazırda tutuklanmaya hükmeden ilk karar anında, yani yakalamanın hemen ardından, aranmaktadır (§ 175; bkz. *Buzadji/Moldova Cumhuriyeti* [BD], B. No. 23755/07, 05/07/2016, § 102).

AİHM bu hususta, Anayasa Mahkemesinin incelemesinin başvuran hakkındaki ilk tutuklama kararıyla sınırlı olduğunun ve sonraki incelemelerin değerlendirilmediğinin altını çizmiştir. Başvuranın sonraki kararlara ilişkin şikâyetini muğlak şekilde ve daha çok başvurusunun merkezinde yer alan ilk tutuklama kararıyla ilişkili biçimde dile getirmesi, tutukluluğun devamına dair açık ve ayrı bir şikâyet ileri sürmemesi nedeniyle; Anayasa Mahkemesinin yaklaşımına paralel olarak, incelemenin kapsamı ilk tutuklama anında makul şüphenin olup olmadığıyla sınırlı tutulmuştur (§ 177).

AİHM, mevcut davanın çok özel bağlamının, olayların yüksek seviyede bir incelemesini gerekli kıldığını belirtmiştir. Bu hususta, 15 Temmuz 2016 askeri darbe teşebbüsünün sonrasında Türkiye’nin karşısına çıkan zorlukları dikkate almaya hazırdır (§ 182; bkz. *Mehmet Hasan Altan/Türkiye*, yukarıda anılan, § 210).

AİHM, Hükümetin, bahse konu örgütün alışılmamış niteliği ve meşruiyet kılıfı altında etkili devlet kurumlarına ve yargı sistemine yaygın biçimde sızdıklarını şeklindeki iddiasını kaydetmiştir. İddia edilen bu tür koşullar, tutuklamayı haklı kılan şüphenin “makullüğünün” olağan suçlara uygulananlarla aynı ölçütlere göre değerlendirilemeyeceği anlamına gelebilir (§ 183, bkz. *Fox, Campbell ve Hartley/Birleşik Krallık*, yukarıda anılan, § 32).

Ancak, terör suçuyla baş etmenin gereklerinin, “makullük” mefhumunu Sözleşme’nin 5 § 1 (c) maddesinde korunan güvencelerin zarar göreceği bir noktaya kadar genişletmeyi haklı kılamayacağı ifade edilmiştir (§ 184; bkz., karşılaştırma için, *Fox, Campbell ve Hartley/Birleşik Krallık*, yukarıda anılan, § 32). Bu nedenle mevcut davada AİHM, başvuranın ilk tutuklanması kararı anında, soruşturma makamları tarafından ona isnat edilen suçu işlemiş olabileceğine tarafsız bir gözlemciyi ikna etmeye yetecek objektif unsurların olup olmadığına bakacaktır. Bunu yaparken, bahse konu tedbire hükmeden yargısal makamların denetimine sunulan ve o tarihte mevcut bilgi ve olgular

temelinde tedbirin haklı kılınıp kılınmadığını değerlendirecektir. AİHM, bu mülahazaların, yargı mensupları ve somut olayda hâkim olan başvuran bakımından bilhassa önemli olduğunu hatırlatmıştır (§ 184).

AİHM, Anayasa Mahkemesi'nin başvuranın mesajlaşma uygulaması ByLock'u kullanmasına atıf yaptığını gözlemlemiştir. İlgili delilin, başvuranın başlangıçtaki tutukluluğunun çok sonrasına kadar ileri sürülmemiş olduğu kaydedilmelidir. Anayasa Mahkemesi, başvuranın ilk tutuklanması kararından birkaç ay sonra elde edilen delilin, suçlanmış olduğu suçu işlemiş bulunduğu dair makul şüphe için nasıl bir temel oluşturmuş olabileceğini açıklamamıştır (§ 185).

AİHM somut olayda, başvuranın tutuklanması kararından, Kocaeli Sulh Ceza Hâkimliğinin başvuranın iddia edilen suçu işlemiş olduğuna dair makul şüphe tespitini, HSK tarafından 16 Temmuz 2016 tarihinde alınan karara ve Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının onun hakkında soruşturma açılması talebine dayandırmış olduğunu gözlemlemiştir. Bu kararında HSK, darbe teşebbüsünü başlatmış olan terör örgütünün üyeleri oldukları hakkında güçlü şüpheye dayalı biçimde başvuranın da dâhil bulunduğu 2.735 hâkim ve savcuyu açığa almıştır. HSK bunu yaparken, darbe teşebbüsünün öncesinde yürütmüş olduğu soruşturma dosyalarındaki bilgi ve belgeler ile istihbarat teşkilatlarının sonradan yaptığı araştırmalarda elde ettiği bilgileri esas almıştır (§ 187).

HSK kararında, örgütün talimatlarıyla yasadışı eylemlerde bulunduklarından şüphelenilen birçok hâkim ve savcıya ilişkin darbe teşebbüsünden önce başlatılmış olan disiplin ve ceza soruşturmalarına atıfta bulunulmuştur. Karar bununla birlikte, şahsen başvuranla ilişkili herhangi bir olgu veya bilgi içermemektedir. Başvuran, disiplin ve ceza soruşturmalarının öznesi olarak anılan bireyler arasında görünmemektedir. HSK'nın kararında bahsedilen disiplin ve ceza soruşturmaları bu itibarla, başvuranın tutuklanması kararına yol açan şüphe için temel oluşturmuş olamaz (§ 188).

Ayrıca HSK, bu kararında, içeriklerine açıklama getirmeksizin ya da başvuran ve onun durumuyla nasıl ilgili olduğunu açıklamaksızın istihbarat teşkilatlarından gelen bilgiye genel bir atıfta bulunulmuştur. AİHM, bu koşullar altında ve istihbarat teşkilatlarından gelen bilginin tutuklamaya temel alınıp alınamayacağına değinmeksizin; Hükümetin mevcut davada HSK'nın kararı için yeterli olgusal temel sağlamamış olduğu görüşünü benimsemiştir (§ 189).

AİHM, Kocaeli Sulh Ceza Hâkimliği tarafından HSK'nın kararına yapılan basit bir atfın, başvuranın tutuklanmasını haklı kılan makul şüphenin bulunduğu sonucunu desteklemek için yetersiz olduğunu tespit etmiştir. Sulh Ceza Hâkimliği, CMK'nın 100. maddesine ve dosyadaki delillere atıfta bulunarak kararının haklı kılmaya çalışmış; ancak, bahse konu maddenin metnini basitçe aktarmıştır. Dosyadaki bireysel delil unsurlarının veya başvuran hakkındaki şüpheyi haklı kılabilecek herhangi bir bilginin veya teyit edilebilir diğer herhangi bir tür materyal veya olgunun özgü bir değerlendirmesinin yokluğunda; CMK'nın 100. maddesi metnine ve dosyadaki delillere muğlak ve genel atıflar, başvuranın tutukluluğunun dayandırılması beklenen şüphenin

“makullüğünü” haklı göstermek için yeterli olarak görülemez (§ 190; bkz., gerekli uyarlamalarla, *Lazoroski/Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti*, B. No. 4922/04, 08/10/2009, § 48; *Ilgar Mammadov/Azerbaycan*, yukarıda anılan, § 97).

AİHM ayrıca, başvuranın 15 Temmuz 2016 olaylarına karıştığından şüphelenilmediğini gözlemlemiştir. Kabul edilmelidir ki Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı, 16 Temmuz 2016 tarihinde başvurunu FETÖ/PDY üyesi olarak tanımlayan ve tutuklanmasını isteyen talimatlar çıkarmıştır. Ancak Hükümet, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının bu talimatları için olgusal bir temel teşkil edebilecek herhangi bir olgu veya bilgi sunmamıştır (§ 191).

Başvuranın tutukluluk altına alınmadan önce Kocaeli 1. Sulh Ceza Hâkimliği tarafından 19 ve 20 Temmuz 2016 tarihlerinde yasadışı örgüt üyeliği suçuyla bağlantılı şekilde sorgulanmış bulunması olsa olsa, yetkililerin onun bu suçu işlediğinden şüphelenmiş olduklarını ortaya koymuştur. Bu olgu tek başına, tarafsız bir gözlemciyi, başvuranın söz konusu suçu işlemiş olabileceğine ikna etmeye yetmeyecektir (§ 192).

AİHM, önündeki delillerin, ilk tutuklanması kararı anında başvuran hakkında makul bir şüphenin bulunduğu sonucunu haklı göstermediğini tespit etmiştir. Sözleşme’nin, tutuklamayı haklı kılan şüphenin makullüğüne dair 5/1 (c) maddesi koşullarının karşılanmadığını değerlendirmiştir (§ 195).

15. madde, ulusal makamlara, olağanüstü hâlin bertaraf edilmesi için gerekli askıya alma tedbirlerin kapsam ve niteliğine karar verirken geniş bir takdir hakkı vermektedir. Bununla birlikte, bilhassa bir askıya alma tedbirinin özgürlük hakkı gibi temel bir Sözleşme hakkına tecavüz etmesi söz konusu olduğunda; AİHM, bunun olağanüstü hâle hakiki bir karşılık oluşturduğu, olağanüstü hâlin şartlarınca tamamıyla haklı kılındığı ve kötüye kullanmaya karşı yeterli güvencelerin sağlandığına ikna olmalıdır (§ 196; bkz. *A. ve Diğerleri/Birleşik Krallık* [BD], B. No. 3455/05, § 184, AİHM 2009).

AİHM, önüne getirilen delillerin, başvuranın 20 Temmuz 2016 tarihinde tutuklanmasına ilişkin kararı anında makul şüphenin varlığını desteklemeye yetersiz kaldığını tespit ettiğini kaydetmiştir. Bu böyle olmakla, başvuran hakkında o tarihte mevcut şüphe, gerekli kılınan asgari makullük şartını karşılamamaktaydı. Bu koşullar altında, söz konusu tedbirin durumun gereklerince sıkı sıkıya zorunlu kılındığı söylenemez. Aksi bir sonuç, özgürlükten yoksun kılmayı haklı gösteren şüphenin makullüğü hakkındaki 5/1 (c) maddesinin asgari şartlarını etkisiz kılacak ve Sözleşme’nin 5. maddesinin amacını boşa çıkaracaktır. AİHM’e göre, bu mülahazalar, bir hâkimin tutuklanmasını kapması itibarıyla mevcut davada özellikle önemlidir (§ 200).

Bu itibarla, başvuranın ilk tutuklanması kararı anında onun bir suç işlediği hakkında makul şüphenin bulunmaması nedeniyle, Sözleşme’nin 5/1 maddesinin ihlalin söz konusu olduğuna hükmedilmiştir (§ 201).

3. Başvuranın Tutukluluğu Hususunda Yeterli Gerekçe Gösterilmediği İddiası

Sözleşme'nin 5/1 maddesi altına yukarıda ulaşılan sonucu dikkate alan AİHM, başvuranın tutuklanması için ilgili ve yeterli gerekçe gösterilmediği hususunda şikâyeti ayrıca incelemeye gerek görmemiştir (§ 202).

B. SÖZLEŞME'NİN 5/4 MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİALARI

1. Tutukluluk İncelemeleri Sırasında Duruşma Yapılmadığı İddiası

AİHM, Sözleşme'nin 5/4 maddesinden hasıl olan birincil güvencenin tutukluluğa yapılan itiraza karara bağlayacak mahkeme tarafından etkin şekilde dinlenme hakkı olduğunun altını çizmiştir (bkz. *Nikolova/Bulgaristan* [BD], B. No. 31195/96, § 58, AİHM 1999-II; *Wloch/Polonya*, B. No. 27785/95, § 126, AİHM 2000-XI; *Reinprecht/Avusturya*, B. No. 67175/01, § 31, AİHM 2005-XII). Ayrıca, tutukluluğa karşı yapılan itirazı karara bağlayacak mahkeme tarafından dinlenme hakkının kullanılması “makul aralıklarla” mümkün olması gerekir (§ 212; bkz. *Knebl/Çek Cumhuriyeti*, B. No. 20157/05, 28/10/2010, § 85).

Bay Baş, Kocaeli Sulh Ceza Hâkimliği tarafından dinlenildikten sonra 20 Temmuz 2016 tarihinde tutukluluk altına alınmış ve sonrasında yargılamasının başlamasının ardından 19 Eylül 2017 tarihindeki ilk duruşmada bir mahkeme önüne çıkmıştır. Yaklaşık bir yıl iki aylık tüm bu süre boyunca, tutukluluğu hakkında karar veren herhangi bir mahkeme önüne çıkmamıştır. Tahliye talepleri ve itirazlarının tümü, mahkemeler tarafından duruşma olmaksızın incelenmiştir. Başvuranın yaptığı son itiraz, Ağır Ceza Mahkemesince bir duruşma yapılmaksızın 15 Ağustos 2017 tarihinde reddedilmiştir (§ 215).

Bir kimsenin özgürlüğünün söz konusu ise mevcut davadaki gibi duruşmasız geçen bir yıl iki aylık bir dönemin “makul” olarak tanımlanamayacağı belirtilmiştir (§ 216; bkz., sırasıyla yaklaşık dört, altı ve dokuz aylık süreler için, *Erişen ve Diğerleri/Türkiye*, B. No. 7067/06, 03/04/2012, § 53; *Karaosmanoğlu ve Özden/Türkiye*, B. No. 4807/08, 17/06/2014, § 77; *Gamze Uludağ/Türkiye*, B. No. 21292/07, 10/12/2013, § 44).

Hükümet, başvuran tarafından şikâyetçi olunan durumun, Türk makamlarının Avrupa Konseyi Genel Sekreterine 21 Temmuz 2016 tarihinde sunduğu 15. madde altındaki askıya alma bildirimince kapsandığını iddia etmiştir (§ 217).

Anayasa Mahkemesi *Aydın Yavuz ve Diğerleri* davasında, darbe teşebbüsünün ertesinde başvuranın sekiz ay ve on sekiz günlük bir süre tutuklulukları hakkında karar veren hâkimlerin önüne çıkartılmamış olmasını, olağanüstü hâlin gerekleriyle orantılı olması nedeniyle Anayasa'nın 19/8 maddesine aykırı bulmamıştır (§ 220).

AİHM, 15 Temmuz 2016 askeri darbe teşebbüsünün ertesinde Türkiye'nin karşısına çıkan zorlukların 15. maddesinin yorumlanmasında ve uygulanmasında tam olarak dikkate alınması gereken bağlamsal bir unsur olduğunu yinelemiştir (§ 221; bkz. *Alparslan Altan/Türkiye*, yukarıda anılan, § 147).

AİHM'e göre, *Aydın Yavuz* kararında ana hatlarıyla belirtildiği şekliyle darbe teşebbüsünün sonrasında Türk yargı sistemindeki zorlu durum dikkate alındığında; 667 ve 668 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamelerle tutukluların mahkeme önüne çıkma hakkına getirilen kısıtlama şüphesiz olağanüstü hâle gerçek bir karşılıktı ve olağanüstü hâlin gayet özel koşullarının ışığında haklı kılınmaktaydı. AİHM, mevcut davaya uygulanacak hükmün (CMK m. 108), darbe teşebbüsünün ardından Türkiye'de hüküm süren durumun etkin şekilde ele alınmasında yeterli olmayacağını da kabul etmiştir. Bu itibarla, Anayasa Mahkemesinin *Aydın Yavuz ve Diğerleri* davasında, darbe teşebbüsünün ertesinde uygulanan tedbirlerin ve başvuranın sekiz ay ve on sekiz günlük bir süre tutuklulukları hakkında karar veren hâkimlerin önüne çıkartılmamış olmasının kamu güvenliğinin korunması için kesinlikle gerekli kılınmış bulunduğu söylenebileceği yönünde ulaştığı sonuç uygun bulunmuştur (§ 222).

AİHM bununla birlikte, mevcut davada başvuranın, Anayasa Mahkemesince *Aydın Yavuz ve Diğerleri* kararında değerlendirilen süreden çok daha uzun bir süre olan yaklaşık bir yıl iki ay boyunca hâkim önüne çıkmamış olduğunu gözlemlemiştir. Sürelerdeki bu farklılığa rağmen Anayasa Mahkemesi, *Aydın Yavuz ve Diğerleri* kararındaki sonucundan ayrılmak için bir neden görmemiştir (§ 223).

Ancak AİHM, *Aydın Yavuz ve Diğerleri* kararındaki gerekçenin değişen koşullar dikkate alındığından aradan geçen zamanla kaçınılmaz şekilde daha az alakalı olduğunu değerlendirmiştir. Darbe teşebbüsünün sonrasındaki ilk birkaç ayda ülkenin ve yargının yüzleştiği güçlükler, Sözleşme'nin 15. maddesi altındaki bir askıya almayı haklı kılacak nitelikteydi de; ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü hâl hâlen sürmekle birlikte yoğunluk olarak azaldıkça, aynı mülahazalar daha az zorlayıcı ve ilgili hâle gelmiştir. Gerekliklik ölçütü bu itibarla daha katı uygulanmalıdır (§ 224).

AİHM, bahse konu 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 6/1 (ı) maddesinin ve 668 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 3/1 (ç) maddesinin, yaklaşık iki yıllık bütün olağanüstü hâl süresince yürürlükte kaldığını kaydetmiştir. Kısıtlamalar bu süre boyunca gevşetilmemiş; mevzuat ve uygulama kişi özgürlüğüne giderek artan saygı yönünde gelişmemiştir (§ 225; bkz. *İrlanda/Birleşik Krallık*, 18/01/1978, A Serisi No. 25, § 220).

Tutuklamanın ve tahliye taleplerinin resen gözden geçirilmesi sırasında duruşma yapılması mümkün görünmemekle birlikte; itirazların incelenmesi bakımından (667 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 6/1 (ı) maddesi), bu böyle değildi. Bununla birlikte, tutukluluğunun son aşamalarındakiler de dahil olmak üzere başvuranın tüm itirazları duruşma olmaksızın incelenmiş ve reddedilmiştir. Bir suçlama yöneltilmeksizin tutuklu olmasına karşın; başvuran tek kelimeyle bütün soruşturma süresince hâkim huzuruna çıkmamıştır (§ 226).

AİHM, olağanüstü hâlin sonlanmasından sadece birkaç gün sonra 31 Temmuz 2018'de yürürlüğe giren 7145 sayılı Kanun'un duruşmasız tutukluluk incelemelerine ilişkin olarak 667 ve 668 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamelerdeki benzer hükümler

taşıdığını ayrıca kaydetmiştir. Terörle Mücadele Kanunu'na konulan Geçici 19. madde, CMK'daki duruşmalı incelemeye dair kurallara istisnalar (CMK'daki 30 günde bir duruşmalı incelemeye karşılık, terör suçlarındaki 90 günde bir duruşma yapılması) getirmiştir (§ 227).

AİHM, tutuklamanın hukukiliğinin gözden geçirilebildiği tahliye talepleri ve itirazlar ile otomatik incelemelerinin keyfi tutuklamaya karşı önemli bir koruma tedbir sağladığını belirtmiştir (bkz. *Brogan ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, 29/11/1988, §§ 63-65, A Serisi No. 145-B). Ancak başvuranın durumunda, özellikle ilk aylarda olmak üzere mahkemelerin onun tutukluluğunu inceleme tarzları, tedbirin özünde hukuki olup olmadığını değerlendirdiklerini akla getirmemektedir. Başvuranın tutukluluğu hakkında karar verirken; söz konusu hâkimler, her bir bireysel durumda özel gerekçeler göstermeksizin, düzinelerce diğer tutuklular için de aynısını yapıyordu ve kararlar, başvuranın tahliye taleplerinde ve itirazlarında öne sürülen iddiaların göz önüne alındığına dair herhangi bir emare içermemektedir (§ 228).

Örneğin özgürlük hakkı gibi temel bir Sözleşme hakkına müdahaleyi gerektiren bir durumda ve suçlama olmaksızın tutuklamanın olası kötü etkileri gözetildiğinde (bkz. *A. ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, yukarıda anılan, § 186); başvuranın böylesine uzun bir süre tutukluluğu hakkında karar veren mahkeme huzuruna çıkmamasının Sözleşme'nin 5/4 maddesindeki hakkın tam da özüne halel getirdiği ve bu duruşma yokluğunun yukarıda anlatıldığı bir durumda dâhi kamu güvenliğinin korunması için kesinlikle gerekli olduğunun söylenemeyeceği değerlendirilmiştir. AİHM dolayısıyla, Anayasa Mahkemesinin başvuranın bu şikayetini incelerken ulaştığı sonucu kabul edememektedir (§ 230).

AİHM bu nedenle, başvuranın şahsen bir hâkim önüne çıkmamış bulunduğu sürenin uzunluğu dolayısıyla 5/4 maddesinin ihlalinin söz konusu olduğuna hükmetmiştir (§ 231).

2. Soruşturma Dosyasına Erişimin Kısıtlanması

AİHM, HSK kararının tutuklama anında makul şüphenin bulunduğu sonucunu desteklemeyeceğine karar vermiş olması (§ 235) ve ilk tutuklama anından çok sonra elde edilen ByLock bağlamındaki fiziksel delillerin bu tutuklama kararı açısından hiçbir sonuç taşımaması nedeniyle başvuranın bu şikayetlerini ayrıca incelemeye gerek görmemiştir (§ 236).

3. Cumhuriyet Savcısının CMK'nın 108. Maddesi Uyarınca Tutuklamanın Gözden Geçirilmesi Talebinin Başvurana veya Müdafisine Bildirilmemesi

Ankara 2. Sulh Ceza Hâkimliğinin 10 Ekim 2016 tarihli kararı, başvuranın tutukluluğunun resen gözden geçirilmesinin bir sonucuydu (§ 242).

AİHM, Sözleşme'nin 5/4 maddesinin mahkemenin resen tutukluluğun devamına dair bir karar alındığında değil; tahliye talebi veya tutukluluğun devamına itiraz gibi tutuklamanın hukukiliğine karşı çıkılmasını izleyen yargılamalara uygulandığını

belirtmiştir (bkz. *Knebl/Çek Cumhuriyeti*, yukarıda anılan, § 76; *Hebat Aslan ve Firas Aslan/Türkiye*, B. No. 15048/09, 28/11/2014, § 60). Dolayısıyla başvurunun bu kısmı, Sözleşme'yle konu bakımından bağdaşmaması nedeniyle, Sözleşme'nin 35/4 maddesi uyarınca reddedilmiştir (§ 243).

Kocaeli 1. Sulh Ceza Hâkimliğinin 19 Ağustos 2016, Kocaeli 2. Sulh Ceza Hâkimliğinin 07 Eylül 2016 ve Ankara 8. Sulh Ceza Hâkimliğinin 14 Ekim 2016 tarihli kararlarında başvuranın tahliye talepleri de incelenmiştir. Cumhuriyet savcının talebine uygun olarak başvuranın tutukluluğunun devamına hükmedilmiştir (§ 244).

Cumhuriyet savcısının taleplerinin, başvuranın dikkatine sunulmamış ve onun yorumda bulunmasını gerektirecek herhangi bir yeni olguya işaret ettiği ortaya konulmamıştır (bkz., Danıştay savcısının görüşünün tebliğ edilmemesi bağlamında, *Kılıç ve Diğerleri/Türkiye* (k.k.), B. No. 33162/10, 03/12/2013, § 32). En azından tutuklamanın ilk birkaç ayındaki tutuklamanın gözden geçirilmesi talepleri birkaç düzine tutukluyu ilgilendirmektedir ve sonuç itibarıyla başvuranın kişisel durumuna dair belirli bir iddia içermesi olası değildir. Başvuran da Cumhuriyet savcısının taleplerine karşı durumun değerlendirilmesi bakımından yeni herhangi bir delil ileri sürebileceğini iddia etmemiştir (§ 246).

Bu itibarla, bu şikâyetin açıkça dayanaktan yoksun olduğuna ve Sözleşme'nin 35/3 (a) ve 4 maddesi uyarınca reddedilmesine karar verilmiştir (§ 247).

4. Sulh Ceza Hâkimliklerinin Bağımsız ve Tarafsız Olmadığı İddiası

Başvuran, suç işlediğine dair belirli bir delil olmaksızın tutukluluğuna hükmetmeleri, tutuklama için ilgisiz ve anlamsız gerekçe göstermeleri ve Ankara Cumhuriyet savcısının talimatına göre davranarak ve sadece HSK'nın kararına dayanarak 2.735 hâkim ve savcının darbenin ertesi günü tutuklanmalarına karar vermeleri nedeniyle sulh ceza hâkimliklerinin bağımsız olmadığını ileri sürmüştür (§ 248).

Başvuran ayrıca, doğruluğunu kontrol etmeksizin polisin onun ByLock kullanımı hususunda hazırladığı belgeler temelinde tutukluluğuna hükmetmelerini nedeniyle sulh ceza hâkimliklerine ve ağır ceza mahkemesine eleştiride bulunmuştur. Tüm sulh ceza hâkimlikleri ve diğer yargı organları, ByLock hususunda polisten, istihbarat teşkilatlarından, BTK'dan veya soruşturma makamlarından gelen bilgilerin doğruluğunu sorgulamadıklarından dolayı bağımsızlıklarını kaybetmişlerdir. Başvuran, gazete yazılarına atıfta bulunarak ByLock'un delil olarak kullanılamayacağını açıklayan hâkimlerin görevlerinden ihraç edildiklerini öne sürmüştür. Böylelikle yürütme organı, tüm yargıya bu delilin hukuki kabul edilmesi gerektiği mesajını vermiş ve yargıyı ByLock'u hukuki ve belirleyici delil kabul etmeye zorlamıştır. Basındaki yazılardan, istihbarat görevlilerin adliyelere giderek hâkim ve savcılara ByLock konusunda açıklamalar yaptığı ortaya çıkmaktadır. Başvuran son olarak, HSK başkanının 06 Ekim 2016 tarihli beyanatında ByLock'un münhasıran FETÖ/PDY üyeleri tarafından kullanıldığını ve bunun en önemli delil kalemini oluşturduğunu söylemiş olmasından şikâyetçi olmuştur. HSK başkanının bu ifadesinin, hâkimler üzerinde oldukça büyük etkisi olmuştur (§ 249).

Başvuran iddialarını desteklemek için Barış ve Adalet Platformunun 2018’de yayımlanan “Türk Sulh Ceza Hâkimlikleri, Kapsamlı Bir Analiz” ve Uluslararası Hukukçular Birliğinin aynı yıl yayımlanan “Türk Sulh Ceza Hâkimlikleri ve Uluslararası Hukuk” başlıklı raporlarına (§ 251); Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi İzleme Komitesinin 08 Mart 2017 tarihli raporunun içeriğine (§ 252); Avrupa Komisyonunun “2018 Türkiye İlerleme Raporu”na, Avrupa Parlamentosunun 08 Şubat 2018 tarihli Türkiye’deki mevcut insan hakları durumuna dair kararına (2018/2527(RSP)) ve Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserinin “Türkiye’deki İfade Özgürlüğü ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Memorandumu” (§ 253) ile Venedik Komisyonunun “Sulh Ceza Hâkimliklerinin Görev, Yetki ve İşleyişleri Hakkında Görüşü”ne de dayanmıştır (§ 254).

Davaya üçüncü taraf olarak katılan Uluslararası Hukukçular Birliği, sulh ceza hâkimlerinin bağımsızlığını ve özgürlük hakkı üzerindeki kısıtlamaların yargısal denetimini yerine getirme yeteneklerini sorgulayan “Askıya Alınan Adalet: Adalet Erimiş ve Türkiye’de Olağanüstü Hâl” başlıklı raporunu sunmuştur (§§ 261-264).

AİHM, bağımsızlık ve tarafsızlığın Sözleşme’nin 5/4 maddesi anlamında bir mahkeme kavramının önemli kurucu unsurları olduğunu belirtmiştir. Bir mahkeme daima bir kanunla kurulmalıdır ve bunun olmaması hâlinde, davaları görmeleri için demokratik bir toplumda aranan meşruiyetten mahrum kalacaktır (§ 266; bkz. *Lavents/Letonya*, B. No. 58442/00, 28/11/2002, § 81).

Sözleşme’nin 6. maddesi anlamında mahkemelerin bağımsızlık ve tarafsızlığına ilişkin genel ilkeler *Ramos Nunes de Carvalho e Sá/Portekiz* ([BD], B. No. 55391/13 ve diğer 2 başvuru, 06/11/2018, §§ 144-150) kararında ortaya konulmuştur (§ 267).

AİHM son olarak, bir mahkemenin bağımsız ve tarafsız olmadığından endişe etmek için meşru gerekçelerin bulunup bulunmadığına karar verirken, ilgili kişinin bakış açısının önemli olduğuna fakat belirleyici olmadığına işaret etmiştir. Belirleyici olan, böyle endişelerin objektif olarak haklı kılınıp kılınamayacağıdır (§ 268; bkz. *Ferrantelli ve Santangelo/İtalya*, 07/08/1996, § 58, *Raporlar* 1996-III; *Incal/Türkiye*, 09/06/1998, § 71, *Raporlar* 1998-IV).

AİHM, Anayasa Mahkemesinin birkaç vesileyle sulh ceza hâkimliklerinin bağımsızlık ve tarafsızlığını incelediğini ve onlara tanınan anayasal güvencelere işaret ederek bağımsızlık ve tarafsızlık yokluğu iddialarının temelsiz olduğuna hükmettiğini belirtmiştir (§ 269).

AİHM ilk olarak, sulh ceza hâkimliklerinin Anayasa’nın 142. maddesine uygun olarak kanunla kurulduğunu, görev ve yetkilerinin 5235 sayılı Kanun’da tanımlandığını ve yargılamalarının CMK tarafından düzenlendiğini kaydetmiştir. Sulh ceza hâkimliği bu nedenle, tutuklamaya karar vermek bakımından kanuni bir yargısal makamdır (§ 270).

AİHM, başvuranın tutukluluğu hakkında karar veren hâkimlerin ona karşı şahsi önyargı veya yanlılık sahibi olmadıklarını kaydetmiş ve bu nedenle objektif tarafsızlık testine yoğunlaşacağını belirtmiştir. Bu bağlamda, bağımsızlık ve objektif tarafsızlık kavramlarının çok yakından ilişkili olması nedeniyle, her iki meselenin birlikte

değerlendireceğinin altı çizilmiştir (§ 272; bkz. *Grieves/Birleşik Krallık* [BD], B. No. 57067/00, § 69, AİHM 2003-XII (alıntılar)).

AİHM, sulh ceza hâkimlerinin görevlerini yerine getirirken görev teminatını da kapsayan anayasal güvencelere sahip olduğunu kaydetmiştir. Anayasaya, bağımsız olduklarını ve hiçbir kamusal makamın yargısal faaliyetleri hususunda onlara talimat veremeyeceğini ya da görevlerini yerine getirirken onlara etkide bulunamayacağını belirtmektedir. Bağımsızlığa dair bu anayasal ilkeler yasalarda tekrarlanmıştır (§ 273).

AİHM'e göre, HSK'da üye olan Adalet Bakanının görevlerini yerine getirirken hâkimlere talimat verebileceğine ya da görevler ve kurumsal yapı bakımından herhangi bir astlık üstlük ilişkisinin olduğuna dair hiçbir emare yoktur (bkz. *İmrek/Türkiye* (k.k.), B. No. 57175/00, 28/01/2003; *Erol Gültekin ve Diğerleri/Türkiye* (k.k.), B. No. 52941/99, 13/05/2004). 15 Şubat 2014 tarihli 6524 sayılı Kanun'un Adalet Bakanı'na HSK'da baskın bir konum sağladığı iddiasına ilişkin olarak Bakana yeni yetkiler veren yeni kanuni hükümlerin herhangi bir şekilde yargısal görevlerini yerine getirirken hâkimlere talimat verme yetkisi tanımadığını ve görevleri ve kurumsal yapı bakımından astlık üstlük ilişkisi oluşturmadığı değerlendirilmiştir. Dahası, söz konusu hükümler bu Kanun'un yürürlüğe girmesinden birkaç ay sonra Anayasa Mahkemesince 10 Nisan 2014 tarihinde iptal edilmiştir (§ 274).

Yürütmenin beyanlarıyla benzer yönde karar vermeleri veya belirli bir şekilde karar verdikleri ya da YARSAV'ı destekledikleri için cezalandırıldıkları için yürütmenin genel olarak yargıyı kontrol ettiği iddiası açısından ise bunun özelde sulh ceza hâkimliklerinin değil, yargının genel bir eleştirisi olduğu söylenmiştir. AİHM, bu davadaki görevinin başvuranın ilkindeki ve devam eden tutukluluğuna hükmeden, tahliye talepleri ile itirazlarını inceleyen hâkimlerin bağımsız ve tarafsız olmadığını incelemek olduğunu açıklamıştır (§ 275).

AİHM her hâlükârda, elinde bulunan malzemelerin temelinde, yürütmenin beyanlarıyla sulh ceza hâkimliklerinin kararları ya da hâkimlerin tayinleriyle bu kararlar arasında herhangi bir bağlantı kurmadığını belirtmiştir. Bahse konu tayinler, kanunen böyle kararlar vermeye yetkili HSK tarafından alınmıştır. Başvuran da tutukluluğu hakkında karar veren hâkimlerin görev süreleri dolmadan başka görevlere atandıklarını iddia etmemiştir (§ 276).

Başvuranın dayandığı görüş ve raporların, HSK'nın yapısıyla ve darbe teşebbüsünü takiben hâkim ve savcılarının toplu ihracına bağlı şekilde genel olarak Türk yargı sistemindeki bağımsızlık ve tarafsızlık yokluğunu öne sürdükleri ifade edilmiştir. AİHM, görevinin HSK'nın yapısının genel bir değerlendirmesini yapmak değil; başvuranın tutukluluğuna karar veren hâkimlerin bağımsızlık ve tarafsızlığının ne ölçüde etkilenmiş olabileceğini karar vermek olduğunu hatırlatmıştır. Sulh ceza hâkimliklerinin kuruluşu, HSK'nın yapısını değiştiren 2017 anayasa değişikliğinden çok önceye, 18 Haziran 2014 tarihine dayanmaktadır. Ayrıca, sulh ceza hâkimliklerinin başvuranın tutukluluğuna dair kararlarının neredeyse tümü anayasa değişikliğinin yürürlüğe girmesinden önce verilmiştir. Darbe teşebbüsü sonrasındaki ihraçlar bakımından ise AİHM, vermiş olduğu kararda HSK'nın yasadışı bir örgüte bağlılık

yemin eden ve örgütün talimatları doğrultusunda hareket eden hâkim ve savcılarının yargı sisteminde bulunmasının bağımsızlık ve tarafsızlık ilkesine bağdaşmayacağını ve yargı sisteminin saygınlık ve otoritesini zedeleyeceğini belirttiğini kaydetmiştir. Çatal/Türkiye ((k.k.), B. No. 2873/17, 07/03/2017) davasında, bu tedbire maruz kalan hâkimlerin esastan incelemek üzere ilk derece mahkemesi olarak Danıştaya başvurabilecekleri gözlemlenmiştir.

Uluslararası Hukukçular Birliğinin raporu ve Venedik Komisyonunun görüşündeki bilhassa sulh ceza hâkimliklerinin uzmanlaşmasına ve iş yüküne ilişkin tespit ve sonuçların, hâkimlerin her bir bireysel olaydaki bağımsızlık ve tarafsızlığına dair herhangi bir endişeyi haklı kılacak şekilde anlaşılamayacağı değerlendirilmiştir. AİHM, sulh ceza hâkimlerine tanınan anayasal ve yasal güvenceler dikkate alındığında ve başvuranın durumundaki bağımsızlık ve tarafsızlığından şüphelenilmesine yol açan ilgili herhangi bir iddianın yokluğunda, sulh ceza hâkimlerinin bağımsızlık ve tarafsızlık yokluğunu ileri süren şikâyetin açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle Sözleşme'nin 35/3 ve 4 maddesi uyarınca reddedilmesi gerektiğini belirtmiştir (§ 278).

Sulh ceza hâkimliklerinin kararlarının üst dereceli mahkeme tarafından (dikey inceleme) değil de başka bir sulh ceza hâkimliği tarafından (yatay inceleme) incelenmesi hususunda, Sözleşme'nin 5/4 maddesinin itirazın üst dereceli mahkeme tarafından inceleneyeceği gibi bir zorunluluğu barındırmadığı ifade edilmiştir. Ayrıca, itirazı takiben gerçekleştirilen incelemenin Sözleşme'nin 5/4 maddesinin gerektirdiği gibi tutuklamanın hukukiliğini inceleme (karşılaştırma için bkz. *R.T./Yunanistan*, B. No. 5124/11, 11/02/2016, § 98) ve gerekiyorsa tutuklunun tahliyesini sağlama (bkz., gerekli uyarlamalarla, *M.M./Bulgaristan*, B. No. 75832/13, 08/06/2017, § 58; aksi yönde, *Suso Musa/Malta*, B. No. 42337/12, 23/07/2013, § 59) olanağı sunmaktadır. AİHM, sulh ceza hâkimliğine yapılan itirazın Sözleşme'nin 5/4 maddesi anlamında bir yargılama oluşturmaya yeterli olduğundan şüphelenmek için hiçbir neden görmemektedir (karşılaştırma için bkz. *Gavril Yosifov/Bulgaristan*, B. No. 74012/01, 06/11/2008, § 60). İtirazı inceleyen sulh ceza hâkimliği, tutuklamayı haklı kılan gerekçe yoksa tahliyeye hükmetmeye kanunen yetkilidir ve itirazı inceleyen hâkim ile kararına itiraz edilen hâkim arasında hiyerarşik veya yapısal bir bağ bulunmamaktadır. Bu bağlamda, bahse konu hâkimlerin mutlak mesleki alanının dışına çıkan şahsi arkadaşlıklar geliştirdikleri ortaya konulamadığı sürece; aralarında mesleki ilişkinin mevcudiyeti tek başına, itirazı inceleyen hâkimlerin bağımsızlık ve tarafsızlığına dair endişeleri haklı kılamaz (bkz., gerekli uyarlamalarla, *Hajdučeková/Slovakya* (k.k.), B. No. 47806/99, 08/10/2002). Başvuranın sulh ceza hâkimliklerinin “kapalı devre” işleyişinin itirazı etkisiz kıldığı iddiası yönünden AİHM, uygun bulunmuş itiraz sayısına ilişkin Hükümetin verdiği bilgiye işaret etmiştir (§ 280).

Yukarıdaki hususları dikkate alan ve başvuranın tutukluluğuna hükmeden sulh ceza hâkimliklerinin bağımsız ve tarafsız olmadığının incelendiği ölçüde AİHM, başvurunun bu kısmının açıkça dayanaktan yoksun olduğunu ve Sözleşme'nin 35/3 (a) ve 4 maddesi uyarınca reddedilmesi gerektiğini değerlendirmiştir. Bununla birlikte, bu sonucun sulh

ceza hâkimliklerinin bağımsızlık ve tarafsızlığı meselesinin daha sonrada incelenmesini hiçbir şekilde incelemeyeceğine de işaret edilmiştir (§ 281).

5. Başvuran Tarafından Sunulan Materyallerin İncelenmediği İddiası

Başvuranın, tahliye taleplerinde ve itirazlarında dile getirdiği olgu ve iddiaların dikkate alınmadığı şikâyetinin (§ 282), 5/4 altında ulaşılan sonuç ve bu bağlamdaki değerlendirmeler (bkz. §§ 231 ve 228) itibariyle ayrıca incelenmesine gerek görülmemiştir (§ 283).

C. DİĞER İHLAL İDDİALARI

Başvuran, davanın kabul edilebilirliğine ve esasına ilişkin görüşlerinde, Eylül 2016 ilâ Şubat 2017 arasındaki tutukluluk değerlendirmelerinde otuz günlük süreye uyulmadığından, tutukluluğa dair kararların kendisine gönderilmediğin veya bunun geç yapıldığından ve bazı tahliye taleplerinin incelenmediğinden de şikâyet etmiştir (§ 284). Bu hususların Anayasa Mahkemesi önünde dile getirilmemesi ve hatta bazı kararlarının Anayasa Mahkemesine başvurusundan sonra verilmesi dolayısıyla, bu şikâyetler başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle Sözleşme'nin 35/1 ve 4 maddesi uyarınca reddedilmiştir (§ 285).

IV – Adil Tatmin (41. Madde)

Başvuran, hâkim olarak alacağı maaşa kaybına karşılık olarak 4.461 avro (EUR), manevi tazminat için 250.000 EUR ve yaptığı masraflar bakımından 15.368 EUR talep etmiştir. Masraflara ilişkin, saatlik fiyat döküm cetveli ile 6.000 EUR'luk avukatlık anlaşmasını sunmuştur (§ 287).

AİHM, kararın başvuranın meslekten ihracına ilişkin değil de ilk tutuklama kararına ilişkin olduğu ve ihlal ile maddi tazminat arasında olağan bir bağ bulunmadığı gerekçesiyle bu başlık altındaki talebi reddetmiştir (§ 287).

Bununla birlikte, Türkiye'nin başvurana manevi zararlara ilişkin olarak 6.000 EUR ve masraf ve giderlere ilişkin olarak 4.000 EUR ödemesine hükmetmiştir (§§ 290 ve 291).

Ayrıksı Görüşler

Yargıç Bårdsen kısmi mutabık ve yargıç Yüksel kısmi muhalif görüş açıklamıştır. Bu görüşler karara eklidir.

YARGIÇ BÅRDSSEN'İN KISMİ MUTABIK GÖRÜŞÜ

Yargıç Bårdsen, Sözleşme'nin 5/1 maddesi altındaki sorunun, suçüstü hâli kavramının makulün ötesinde genişletilmesiyle ve sulh ceza hâkimlerinin başvurana isnat edilen suçun görev suçu ya da şahsi suç olduğu hususunda bir tutum ortaya koymaksızın 2802 sayılı Kanun'un 94. maddesine atıfta bulunmasıyla sınırlı olmadığını belirtmiştir. Yargıca göre bu dava, Türkiye'de hâkimlerin yakalanması ve tutuklanmasına ilişkin olarak ilave bir sistematik hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik eksikliğini ortaya koymaktadır.

Yargıç Bårdsen ilk olarak, 2802 sayılı Kanun'un 88. maddesinin suçun kişisel suça değil, görev suçuna uygulanmaktadır; ancak, bu ikisi arasındaki sınırı belirleyen ölçütün 2802 sayılı Kanun'da çizilmediğini ifade etmiştir. Yargıtay içtihatlarındaki görev suçunun tanımı şaşırtıcı biçimde dar görünmesine ve muhtemelen bir hâkimin yasadışı örgüt üyeliği iddiasını kapsamamakla birlikte; başvuran hakkında soruşturma başlatan HSK, görünüşe göre suçun fiilen başvuranın hâkimlik mesleğiyle ilişkili bulunduğu varsayımından hareket etmiştir.

İkinci husus, görev suçu işlemekle suçlanan bir hâkimin suçüstü hâlinde yakalanmadığında, 2802 sayılı Kanun altındaki korumanın asıl niteliğinin açık olmamasıdır. 88 madde de dahil olmak üzere bu Kanun'un tutuklamaya karşı değil, dar ve teknik anlamda yakalamaya karşı belirli bir güvence sağlayacak bir güvence sağlayacak şekilde anlaşılacağına dair göstergeler vardır. Bununla birlikte, AİHM önündeki beyanlarında Hükümet tarafından da desteklendiği gibi, bu Kanun'un ilkinde kapsamayı amaçladığı hususunda aksi görüşler vardır.

Üçüncüsü, Kanun'daki belirsizlik hâli Hükümetin, isnat edilen suç görev suçu olsa dahi 2802 sayılı Kanun'un başvuranın durumunda uygulanmayacağı yönündeki beyanlarıyla da belirginleştirilmektedir. Hükümete göre, hâkimlerin yakalama ve tutuklamaya karşı korunmasına dair hiçbir hüküm içermeyen CMK'nın 161/8 maddesinde terör örgütü üyeliği suçunun soruşturulmasına ilişkin özel usuller, 2802 sayılı Kanun'a üstün gelmektedir.

Yargıç Bårdsen, yukarıda açıkladığı hukuki belirlilik eksikliği çerçevesinde, bir hâkimin Türk hukuku uyarınca ne zaman yakalanabileceğinin ve tutuklanabileceğinin, Sözleşme'ni 5/1 maddesi uyarında bir tutuklamanın AİHM içtihatlarında yorumlandığı ve geliştirildiği anlamda “hukuki” olması (bkz. *Mooren/Almanya* [BD], yukarıda anılan, §§ 72-79) şartıyla bağdaşmadığı sonucuna ulaşmıştır.

YARGIÇ YÜKSEL’İN KISMI MUHALİF GÖRÜŞÜ

Yargıç Yüksel, makul şüphenin bulunmaması nedeniyle Sözleşme’nin 5/1 maddesinin ihlal edildiği hususunda çoğunlukla aynı fikirde olduğunu fakat başvuranın tutukluluğunun hukuksuz olduğu sonucuna katılmadığını belirtmiştir.

Yargıç Yüksel, aşağıdaki gerekçelerle, tutukluluğun ağır ve açık bir usulsüzlükten mustarip olup olmadığına karar vermek için AIHM içtihatlarının ulusal mahkemelerin yorumlarının ve olası hataların bir analizini gerektirdiği (bkz. *Mooren/Almanya* [BD], yukarıda anılan, § 84; *Hammerton/Birleşik Krallık*, B. No. 6287/10, 17/03/2016, §§ 107-117; *Čalovskis/Letonya*, B. No. 22205/13, 24/07/2014, §§ 155-163; *Marturana/İtalya*, B. No. 63154/00, 04/03/2008, §§ 78-82; *Riccardi/Romanya*, B. No. 3048/04, 03/04/2012, § 54) görüşündedir.

İlk olarak, başvuranın tutuklanmasının ağır ve açık bir usulsüzlükten mustarip olup olmadığına karar vermek için, bu davanın koşullarının (suçüstü kavramına getirilen yorum, başvuranın suçunun kişisel suç mu yoksa görev suçu mu olduğun vurgulanmaması, 2802 sayılı Kanun’un 94. maddesinin uygulanması) başvurunu geçerli usulü güvencelerden mahrum edilmesi sonucuna yol açıp açmadığı ele alınmalıdır.

Yargıç Yüksek ikinci olarak, başvuranın durumunun *Alparslan Altan* kararındakinden farklı olduğunu söylemiştir. 2802 sayılı Kanun, kişisel suç ile görev suçu arasında ayrım yapmakla ve göreve ilişkin suçlar bakımından usulü güvenceler sağlamakla birlikte; 6216 sayılı Kanun hem kişisel suç hem de görev suçu için yargısal dokunulmazlık öngörmektedir. Ayrıca, 2802 sayılı Kanun’un 94. maddesi kural itibarıyla, her iki suç tipine de hükmetmekte ve suçüstü hâlinde olağan hukukun uygulanacağını düzenlemektedir. 2802 sayılı Kanun, Anayasa Mahkemesi üyelerine uygulanan 6216 sayılı Kanun’un 17 maddesine benzer herhangi bir hüküm içermemektedir. Yargıç Yüksel bu nedenle, mevcut davanın, eski bir Anayasa Mahkemesi üyesinin daha geniş usulü güvencelere sahip bulunduğu *Alparslan Altan* kararından açıkça farklılık taşıdığını değerlendirmektedir.

Üçüncüsü, başvuran terör örgütü üyeliği şüphesiyle tutuklanmış ve sulh ceza hâkimliği bu suçun şahsi suç mu yoksa görev suçu mu olduğuna dair bir tutum ortaya koymamıştır. Yargıç Yüksel, farklı olgulardan doğan ve farklı suç tiplerine ilişkin davalarda Anayasa Mahkemesinin ve Yargıtayın farklı sonuçlara ulaştığını ve bu davalarda suçların, ilgili kişinin yargısal faaliyetini ilgilendirdiklerinde görev suçu olarak tanımlandığını kaydetmiştir (bkz. §§ 101-103).

Yargıç Yüksel, ulusal mahkemelerin kararlarından anlaşılacağı üzere, terör örgütü üyeliği suçu sistemli biçimde görev suçu olarak muamele görmektedir (bkz. § 90 ve *Alparslan Altan*, yukarıda anılan, § 42). Yerel makamlar ayrıca, ilk aşamada başvuranın tutukluluğuna 2802 sayılı Kanun’un 94. maddesi uyarınca hükmetmişlerse de şahsi suç bulunduğundan, izleyen yargılamalar 93. maddeye göre yürütülmüştür.

Dördüncüsü, dava dosyasından anlaşıldığı kadarıyla, şahsi suç durumunda, 2802 sayılı Kanun’un 93. ve 94. maddesinin uygulanması arasındaki fark, tutuklamanın mümkün ya

da olanaksız olmasına değil; bundan ziyade soruşturmayı yürütmek için hangi Cumhuriyet başsavcılığının ve tutuklamaya karar vermek için hangi sulh ceza hâkimliğinin yetkili olacağına ilişkindir. Yetki yokluğuna rağmen, bahse konu sulh ceza hâkimince alınan karar iç hukuk uyarınca tümüyle geçerli bulunmaktadır (benzer yönde bkz. *Pedroso/Portekiz*, B. No. 59133/11, 12/06/2018, § 93).

Yargıç Yüksek sonuç olarak, mevcut davada ulusal mahkemelerin yaptığı iki hatanın ortaya çıktığını belirtmiştir. Birincisi, tutuklamaya hükmeden sulh ceza hâkimi suçun görev suçu mu yoksa şahsi suç mu olduğu hususunda açık bir ayırım yapmamıştır. İkincisi, somut olayda söz konusu olan şahsi suçla ilişkin olarak suçüstü yorumunun kapsamlı olduğunun kabul ettikten sonra, 2802 sayılı Kanun'un 94. maddesinden ziyade 93. maddesinin uygulanması gerektiği ve davanın farklı yetkili bir mahkemece ele alınması gerektiği görüşündedir. Yargıç Yüksel, mevcut davanın özel koşulları ve açıklanan güvenceler gözetildiğinde, somut davadaki eksikliklerin tutuklamayı hukuksuz kılacak bir "ağır veya açık usulsüzlük" derecesine ulaşmadığını düşünmektedir. Bu itibarla, başvuranın tutuklanmasının hukuki olduğunu ve Sözleşme'nin 5/1 maddesi anlamında kanunla öngörülen bir usule uygun olarak özgürlüğünden yoksun kılındığını değerlendirmiştir.