

**T.C.
ANAYASA MAHKEMESİ**

BİREYSEL BAŞVURU FORMU

ÖNCELİKLİ VE İVEDİ İNCELEME TALEPLİ BAŞVURU

Birçok açıdan Anayasa ve yasalara açıkça aykırı olarak verilen gözaltına alma ve tutuklama kararları nedeniyle, tamamen yasa dışı hürriyetten mahrum bırakma gerekçesiyle özellikle Anayasanın 19/2 ve AİHS'nin 5/1 maddelerinin açık ihlali ve devam eden bu ağır hak ihlaline derhal son verilmesi için, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 68 ve 71/1. maddeleri uyarınca **başvuruya öncelik verilerek ivedi olarak incelenip** karar verilmesi talep olunur.

Başvuru 10 sayfadan fazla olduğu için, İçtüzüğü'nün 60. maddesi gereğince hazırlanan **özet** ektedir.

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 59. maddesine göre hazırlanmıştır.

BİREYSEL BAŞVURU FORMU

I- KİŞİSEL BİLGİLER

A- GERÇEK KİŞİLER İÇİN

BAŞVURUCUNUN

1- T.C. KİMLİK NUMARASI:

2- ADI:

3 - SOYADI:

4- CİNSİYETİ: ERKEK:

KADIN:

5- UYRUĞU: Türkiye Cumhuriyeti

6- MESLEĞİ:

GÜN

AY

YIL

7- DOĞUM YERİ VE TARİHİ:

8- YAZIŞMA ADRESİ:

9- TELEFON NUMARASI VE ELEKTRONİK POSTA ADRESİ

a- EV :

b- İŞ :

c- CEP :

ç- ELEKTRONİK POSTA ADRESİ :

AVUKATININ

1- ADI :

2 - SOYADI :

3 - YAZIŞMA ADRESİ:

4- TELEFON NUMARASI VE ELEKTRONİK POSTA ADRESİ

a- EV:

b- İŞ:

c- CEP:

ç- ELEKTRONİK POSTA ADRESİ:

II- AÇIKLAMALAR

A- Kamu gücünün işlem, eylem ya da ihmeline dair olayların tarih sırasına göre özeti:

1. Başvuruya konu olan olayların doğuşu

1. 15 Temmuz 2016 tarihinde Türkiye Cumhuriyeti devleti, tarihinin karanlık günlerinden birini daha yaşamış ve ordu içerisindeki bir grup asker tarafından menfur bir darbe teşebbüsünde bulunulmuştur. Gece saat 21.00 civarında başlayan darbe teşebbüsü sabaha doğru püskürtülmüş, ancak aynı günün ilk saatlerinden itibaren Anayasanın özellikle 159/9 hükmüne açık aykırı olarak 3000'e yakın yargı mensubu hakkında gözaltı kararı verilmiştir. Akabinde de, bir Cumartesi günü olmasına rağmen 2745 hâkim ve savcı hakkında HSYK tarafından soruşturma izni verilmiş ve bahse konu hâkim ve savcılar aynı gün açığa alınmıştır.

2. Başvurucunun ismi de haklarında gözaltına alma kararı verilen hâkim ve savcılar arasında yer almış ve çıkarıldığı bir sulh ceza hâkimliğince, Anayasal ve yasal hiçbir güvenceye uyulmadan, tamamen yetkisiz bir yargı organı tarafından tutuklanmıştır. Başvurucu 23 Temmuz 2016 tarihinde ilan edilen ve Avrupa Konseyi Genel Sekreterine bildirilen OHAL tedbirlerinin kararlaştırılmasından çok önce gözaltına alınıp tutuklandığı için, 667 ve devamı sayılı KHK'lardaki tedbirler somut olayda uygulanmaz. Bir an için uygulanacağı varsayılsa dahi, söz konusu tedbirler olağanüstü halin kesinlikle gerektirdiği türden tedbirler (AİHS mad. 15) olmayıp, en temel savunma haklarını yok eden tedbirlerin darbe teşebbüsünün bastırılmasıyla hiçbir ilgisi bulunmamaktadır. Bu nedenle söz konusu tedbirler ölçülü olmayıp, AİHM içtihatları dikkate alındığında tamamı hukuk dışıdır. Bu konuda Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri tarafından 26 Temmuz 2016 tarihli *Measures taken under the state of emergency in Turkey* isimli kamuoyuna açıklanan bildiri için bakınız. <http://www.coe.int/en/web/commissioner/-/measures-taken-under-the-state-of-emergency>.

2. Hâkim ve savcılarının soruşturma usulü ve hukuka aykırı olarak elde edilen deliller (AY md. 159/9, 6087 sayılı HSYK Kanunu md. 9 – Teftiş Kurulu Yönetmeliği md. 37/2)

3. 12 Eylül 2010 tarihli referandumla kabul edilerek yürürlüğe giren Anayasa değişikliği ile hâkimler ve savcılar hakkındaki inceleme ve soruşturmanın nasıl başlatılacağı Anayasanın 159/9 maddesinde açık ve somut olarak düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, "**Hâkim ve savcılarının görevlerini; kanun, tüzük, yönetmeliklere ve genelgelere (hâkimler için idari nitelikteki genelgelere) uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetleme; görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerini, hal ve eylemlerinin sıfat ve görevleri icaplarına uyup uymadığını araştırma ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma işlemleri, ilgili dairenin teklifi ve Hâkimler Savcılar Yüksek Kurulu Başkanının oluru ile Kurul müfettişlerine yaptırılır. Soruşturma ve inceleme işlemleri, hakkında soruşturma ve inceleme yapılacak olandan daha kıdemli hâkim veya savcı eliyle de yaptırılabilir.**"

4. 2010 yılındaki bu anayasal değişikliğe paralel olarak, 2802 sayılı yasada gerekli değişiklikler yapılmamış ve yasa ile Anayasa arasında çelişki doğmuştur. Zira 2802 sayılı Hâkimler Savcılar Kanununun (HSK) 82. maddesi, "**hâkim ve savcılarının görevden doğan veya görev sırasında işlenen suçları, sıfat ve görevleri gereğine uymayan tutum ve davranışları nedeniyle, haklarında inceleme ve soruşturma yapılması Adalet Bakanlığının iznine bağlıdır.**" düzenlemesini öngörmekteydi. Anayasa değişikliğinin yürürlüğe girdiği tarihten sonra, 2802 sayılı yasanın bu hükmünde herhangi bir değişiklik

yapılmamış olsa da, yasalar Anayasaya aykırı olamayacağı için, 12 Eylül 2010 tarihli Anayasa değişikliği ile 2802 sayılı yasanın 82. maddesi örtülü olarak yürürlükten kaldırılmıştır. Dolayısıyla, söz konusu düzenlemenin artık yürürlükte olmadığı hususunda en küçük bir tartışma dahi mevcut değildir.

5. 2802 sayılı yasanın 82. maddesi (**yasa**) ile Anayasanın 159/9 maddesi (**Anayasa**) arasında bir çatışma olduğunda, Anayasanın 159/9 hükmünün uygulanacağına, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan normlar hiyerarşisine saygı gereğince, kuşku bulunmamaktadır. Türk pozitif hukukunda, bir hâkim veya savcı hakkında inceleme veya soruşturma başlatılacağı zaman, bu inceleme ve soruşturma Anayasanın 159/9 hükmündeki koşullara açıkça uygun olarak başlatılmak zorundadır. Diğer bir ifade ile, bir hâkim veya savcı hakkında disiplin ya da ceza soruşturması başlatılabilmesi için, Anayasanın 159/9 hükmü uyarınca öncelikle izin alınması şarttır.

6. Anayasanın 159/9 hükmüne göre, "Hâkim ve savcılarının... görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerini, hal ve eylemlerinin sıfat ve görevleri icaplarına uyup uymadığını araştırma ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma işlemleri, ilgili dairesinin teklifi VE Hâkimler Savcılar Yüksek Kurulu Başkanının oluru ile Kurul müfettişlerine yaptırılır." Bu hükümden anlaşılacağı üzere, bir hâkim hakkında inceleme ve soruşturma başlatılabilmesinin ön koşulu, HSYK ilgili dairesinin teklifi **VE** HSYK Başkanının olurunun bulunmasıdır. "**VE**" bağlacından açıkça anlaşılacağı üzere, inceleme ve soruşturma işlemlerine başlayabilmek için, HSYK ilgili dairesinin teklifine HSYK Başkanının olur vermesi gerekir. Ne HSYK ilgili dairesinin ne de HSYK Başkanının tek başına inceleme veya soruşturma izni verme yetkisi yoktur. İnceleme ve soruşturma işlemine, ancak bu iki iradenin uyuşması ile başlanabilir. Ayrıca bu işlem zincirleme bir işlem olup, öncelikle HSYK ilgili dairesinin teklif etmesi, daha sonra da HSYK Başkanının olur vermesi gerekir; aksi uygulama da Anayasanın 159/9 hükmüne aykırı olur. Zira olmayan bir teklife olur vermek imkânsız olduğu gibi, teklifin ne olduğu belli olmadan, olur verip daha sonra teklifte bulunmak da imkânsızdır.

7. Hâkimler ve savcılar hakkında bu kadar katı bir soruşturma mekanizmasının öngörülmüş olmasının temel amacı, yargı bağımsızlığını ve dolayısıyla tüm gerçek ve tüzel kişilerin adil yargılanma hakkını teminat altına almaktır. Bu açıdan, büyük oranda yargı camiasını temsil eden HSYK ilgili dairesi ile siyasi irade (HSYK Başkanı Adalet Bakanıdır.) birlikte karar almaya zorlanarak, bu husustaki yetkinin kötüye kullanılması engellenmek istenmiştir. Bu nedenle, iki iradenin uyuşup soruşturma izni vermediği sürece, hâkim ve savcılar hakkında hiçbir soruşturma işlemi yapılamayacağı gibi, CMK'da öngörülen koruma tedbirlerine, delil toplama, arama, gözaltına alma ve tutuklama tedbirine de başvurulamaz; hâkimlerin iletişimlerinin tespitine ve HTS kayıtlarının elde edilmesine karar verilemez. Aksi uygulama, Anayasanın 159/9 hükmünün açık ihlaline yol açar; Anayasada açıkça öngörülen güvenceleri yok edeceği için, Anayasa koyucunun (kurucu iktidarın) iradesini yok sayma anlamına gelir. Anayasanın 159/9 maddesinin açık hükmünü dikkate almandan soruşturma işlemleri yapmak hukuk devleti ilkesini yok eder. Anayasa gibi normlar hiyerarşisinde en üstte yer alan bir hukuk normunu dikkate almadan karar alma açık bir keyfilik olup, keyfilik hukuk devleti ilkesinin zıttı bir anlama sahiptir. Anayasal hükümleri takmama, dikkate almama, tanımama, tipik bir keyfilik örneğidir.

8. Ayrıca, 2010 Anayasa değişikliğinden sonra 11.12.2010 tarih ve 6087 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu (HSYK Kanunu) çıkarılmıştır. Bu kanunun 9. maddesinin ç bendine göre, HSYK Üçüncü Dairesinin görevlerinden biri de, "Hâkim ve savcılarının görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerini, hâl

ve eylemlerinin sıfat ve görevleri icaplarına uyup uymadığını Kurul müfettişleri veya müfettiş yetkilerini haiz kıdemli hâkim veya savcı eliyle araştırma ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma işlemleri ile inceleme ve soruşturma yapılmasına yer olmadığına ilişkin işlemler için teklifte bulunmak ”tır. Anayasanın 159/9 hükmünün bir yansıması olan bu maddeden de anlaşılacağı gibi, bir hâkim veya savcı hakkında soruşturma açılması açısından HSYK ilgili dairesinin yetkisi, sadece teklifte bulunmaktan ibarettir. 3. Dairenin tek başına soruşturma açılmasına karar verme yetkisi yoktur.

9. Sonuç olarak, Anayasanın 159/9 hükmü ile 6087 sayılı Kanunun 9. maddesi dikkate alındığında, bir hâkim ya da savcı hakkında soruşturma işlemlerinin başlatılabilmesi için, öncelikle HSYK 3. Dairesinin bu yönde TEKLİFTE bulunması, daha sonra da HSYK Başkanının (Adalet Bakanının) OLUR vermesi gerekir. Bu iki irade bir araya gelmeden, bir hâkim ya da savcı hakkında asla soruşturma işlemleri yapılamaz. Aksi uygulama Anayasanın ve 6087 sayılı kanunun açık hükümlerine aykırı olur. Bir ülkenin en üst normu olan Anayasal hükümlere açıkça aykırı olan her işlem tamamen hukuk dışı olup, buna rağmen yapılan işlemlerin hukuken hiçbir değeri ya da geçerliliği yoktur.

10. Ancak, 6087 sayılı Kanunun 9. Maddesi Anayasanın 159/9 hükmü ile uyumlu olmasına rağmen, HSYK Teftiş Kurulu Yönetmeliği'nin "Olur ve kapsamı" kenar başlıklı 37. maddesinin (2) numaralı fıkrası, hem 6087 sayılı kanunun 9. Maddesine hem de Anayasanın 159/9 hükmüne açıkça aykırı olarak hazırlanmıştır. Yönetmeliğin 37. Maddesinin 1. Fıkrası, hâkimler ve savcılar hakkında “inceleme ve soruşturma yapılması, Üçüncü Dairenin teklifi üzerine Kurul Başkanının oluruna bağlıdır” düzenlemesini öngörmüş, ancak 2. fıkrasında, Anayasa ve 6087 sayılı Kanunun ilgili maddelerine tamamen aykırı olarak şu düzenlemeye yer verilmiştir.

“Müfettişlerin denetim sırasında, denetlenen yerdeki (burada görev yapıp ayrılanlar da dâhil olmak üzere) tüm hâkim ve savcılar hakkında; araştırma, inceleme veya soruşturma sırasında ise olur yazısında bulunan kişi veya konularla ilgili olarak; re'sen tespit ettikleri ya da ihbar veya şikâyet almak suretiyle öğrendikleri ve gecikmesinde sakınca bulunan hususlarda araştırma, inceleme ve soruşturma yapılması için önceden olur alınması gerekmez. Ancak soruşturmaya geçildiğinde durum inandırıcı nedenler açık şekilde belirtilip, bu kanaati oluşturan bilgi ve belgelerden lüzumlu görülenler de eklenerek, Başkanlık aracılığıyla Kurul Başkanına sunulmak için Üçüncü Daireye iletilmek üzere Genel Sekreterliğe bildirilir. Soruşturmanın devam etmemesi yönünde bir karar verilmedikçe işlemlere devam edilir.”

11. Yukarıdaki metinden ve özellikle altı çizili kısımlardan anlaşılacağı üzere, bir yönetmelik hükmü ile hem 6087 sayılı yasanın 9. maddesi hem de Anayasanın 159/9 hükmündeki güvenceler yerle bir edilmiş ve müfettişlere, HSYK 3. Dairesinin teklifi ve HSYK Başkanının oluru olmadan, soruşturmaya başlama ve devam etme yetkisi verilmiştir. Anayasada tanınan temel bir güvence, akıl almaz bir şekilde yönetmelikle geri alınmıştır. Normlar hiyerarşisi kuralına saygı ilkesi bir hukuk devletinin olmazsa olmazları arasında olup, bir yönetmelik yasalara, yasalar da Anayasaya asla aykırı olamaz. Aksi durumda, 367 milletvekili oyu ile değiştirilebilen bir Anayasa hükmü, basit Meclis çoğunluğu ile kabul edilmiş bir yasa ile etkisiz hale getirilebilir ki, bir hukuk devletinde bu mümkün değildir. Yönetmeliğin Anayasaya aykırı olması akla dahi getirilemez. Kaldı ki, benzer bir durumda, HSYK 3. Dairesi, müfettişin soruşturmaya devam etmesine karar vermemiş, soruşturma başlatılması için Kurul Başkanı'na teklifte bulunulmasını kararlaştırmıştır. 28.04.2015 tarihli 3. Daire kararında, iki hâkim hakkında, “denetim

*yetkisine istinaden kurul müfettişi tarafından başlatılan soruşturmaya devam edilmek üzere, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununun 82 ve 83. maddeleri uyarınca **Kurul Başkanına teklifte bulunulmasına oçokluğu ile karar verildi***” ifadelerine yer verilmiştir. Bu ifadelerden anlaşılacağı üzere, 3. Dairenin aldığı karar, müfettişin denetim yetkisine istinaden başlatılan soruşturmaya devam etmesi olmayıp, Kurul Başkanının **oluruna sunulan bir tekliften ibarettir**. Karardan açıkça anlaşılacağı gibi, ancak Kurul Başkanınca olur verildikten sonra soruşturmaya devam edilebilir. Kaldı ki, somut olaydaki hukuki sorun bu türden bir uygulama sonucu doğmuş da değildir.

12. **HSYK 3. Dairesinin soruşturma talebine HSYK Başkanının olur vereceği tarihe kadar**, bir ceza soruşturmasıyla doğrudan bağlantılı işlemler, örneğin, arama, tutuklama, iletişimin tespiti ve HTS kayıtlarının elde edilmesi gibi mutlak soruşturmaya bağlı işlemler için herhangi bir karar alınmaz. Zira soruşturma izni alınmadan arama ve tutuklama kararı verilemeyeceği son derece açık olup, iletişimin tespiti ve HTS verileri de ancak hâkim ve savcılar hakkında Anayasanın 159/9 hükmüne uygun bir soruşturma başlatıldıktan sonra elde edilebilir. Bilindiği gibi, belirtilen türden kayıtların yok edilmesi gibi bir risk bulunmayıp, bu durumda gecikmesinde sakınca olan bir durum da söz konusu değildir. Bu açıdan, 2802 sayılı **yasanın** 83. maddesi **Anayasanın** 159/9 hükmünü ihlal eder şekilde yorumlanıp uygulanamaz; aksi durum açık bir keyfilik olur ve hâkimlerin özel hayatlarına ve aile hayatına saygı hakları tamamen yasa dışı şekilde müdahale edilmiş ve bu hak ihlal edilmiş olur. Bilindiği gibi, bireyin geçmişteki iletişim kayıtlarının ve HTS verilerinin elde edilmesi ya da cep telefonunda hangi uygulamaları kullandığının araştırılması özel hayata ve aile hayatına saygı hakkına müdahale oluşturur. Temel haklara yönelik müdahaleler ancak yasa ile mümkün olup uygulama da Anayasa ve yasalarda çizilen sınırlara uygun olarak pratiğe geçirilmelidir. Söz konusu yasa açık ve belirgin (*clear and precise*) olmalı ve uygulaması öngörülebilir (*foreseeable*) olmalıdır. Bu açıdan 2802 sayılı kanunda, özel hayata müdahale oluşturacak bu duruma açıkça izin veren herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. 2082 sayılı yasanın 83. maddesi, bu hususta hiçbir açık düzenlemeye yer vermemiştir. Bu nedenle, söz konusu hüküm temel haklara müdahaleye dayanak oluşturamaz. Kaldı ki, 12 Eylül 2010 tarihli Anayasa değişikliğinden önceki tarihli olan bu madde Anayasanın 159/9 hükmüne uygun şekilde anlaşılıp uygulanmak zorundadır.

13. HSYK 3. Dairesinin teklifi ve HSYK Başkanının oluru olmadan, açıkça Anayasa ve yasaya aykırı olan Yönetmeliğin 37/2 hükmü, soruşturma başlatılmasına ve soruşturma işlemlerine girişilmesine dayanak oluşturamaz. Yönetmeliğin 37/2 maddesine dayanılarak, araştırma, inceleme ve soruşturma işlemleri yapılamaz. Bu düzenlemeye dayanılarak yapılan işlemler tamamen yasa dışıdır. **HSYK 3. Dairesi teklifi ve HSYK Başkanı oluru olmadan** (Bu iki gereklilik, bir hâkim ya da savcı hakkında soruşturma başlatılmasının ön şartıdır.), Anayasa ve yasaya açıkça aykırı bir yönetmelik hükmüne dayanılarak başlatılan yasa dışı soruşturma ile elde edilen delil unsurları da tamamen yasa dışı olup, Anayasanın 38/6 hükmüne göre de kesinlikle delil olarak kabul edilemez. Hiçbir yargılamada kullanılamaz. “*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez*” (AY md. 38/6).

14. Bir hâkim ya da savcı hakkında soruşturma açılabilmesi için belirtilen katı şartların öngörülmesinin özellikle yargı bağımsızlığını teminat altına alarak vatandaşların adil yargılanma hakkını güvence altına alma düşüncesi (kamu yararı) vardır. Bu nedendir ki, hâkimlerin yargılanması özel koşullara tabi tutulmuş ve böylece yargının bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı, bir tutuklama kararının diğer yargı mensupları üzerinde doğuracağı olumsuz etkiler, yargıya duyulan güvenin korunması gibi hukuk devleti açısından son

derece önemli olan hususlar korunmak istenmiştir. AİHM de, yargı mensuplarına verilecek bir cezanın, yapısı gereği caydırıcı bir etkiye sahip olduğunu, bunun yalnızca ceza verilen yargı mensubu açısından değil, bizzat mesleğin kendisi açısından da geçerli olduğunu, yargı teşkilatına güven duyulabilmesi için, halkın, yargı mensuplarının hukuk devletini etkili bir şekilde temsil etme yetkisine sahip olduklarına inanmaları gerektiğini ifade etmiştir. Yargı bağımsızlığını koruma amacıyladır ki, Avrupa Yargıçlar Danışma Konseyi de, “*hâkimlerin kararlarından ötürü hukuki veya idari yaptırıma uğradığı sistemlerde yargı bağımsızlığından söz edilemez*” (CCJE-Opinion 10, p.62) değerlendirmesine bulunmuştur. Tüm bu nedenlerle ve özellikle yargı bağımsızlığını teminat altına alıp, tüm bireylerin adil yargılanma hakkını güvence altına almak için, hâkimlerin yargılanması özel kurallara tabi tutulmuştur. Bu kurallara uyulmadan yapılacak her türlü işlem bir taraftan yasa dışı ve geçersiz olacağı gibi, diğer taraftan da yargı bağımsızlığı ve bir bütün olarak adil yargılanma hakkı açısından tehdit oluşturur.

15. Hâkim ve savcılar hakkında her türlü soruşturma işlemi yapma, haklarında tutuklama kararı verme (Bir kişinin tutuklanabilmesi için, öncelikle hakkında hukuka uygun olarak açılmış bir ceza soruşturması bulunmalıdır.) ceza soruşturmasında kullanılmak üzere delil tespitine başlama, onların özel hayatlarını doğrudan ilgilendiren geçmişe dönük HTS kayıtlarının tespitini bir hâkimden talep etme (Geriye dönük olarak on yıllara yaklaşan özel hayatın didik didik edilmesine izin verdiği için CMK’nın bahse konu hükmü öngörülebilir değildir.) ve bir hâkimin bütün bunlara karar verebilmesi için, öncelikle ilgili hâkim ya da savcı hakkında Anayasanın 159/9 hükmüne uygun bir soruşturma başlatılmış olması şarttır.

16. Anayasaya uygun bir soruşturma açılmadan hâkimler kesinlikle tutuklanamaz. CMK’ya göre, bir kişi hakkında ceza soruşturması açılmadan asla tutuklama tedbirine başvurulamaz. Zira bir kişinin tutuklanabilmesi için atılı suçu işlediği yönünde kuvvetli şüphe bulunmalıdır. Bir kişi hakkında kuvvetli şüphe oluşturacak deliller toplanmışsa, zaten hakkında bir soruşturma açılmıştır. CMK’ya göre, savcılık, herhangi bir soruşturma başlatmadan bir kişi hakkında tutuklama talep edemez. Henüz başlatılmamış (gelecekte açılıp açılmayacağı henüz şüpheli) bir soruşturma nedeniyle, bir hâkim ya da savcının tutuklanmasını talep etme yetkisi de yoktur. Dolayısıyla, Anayasanın 159/9 maddesine uygun bir soruşturma açılmadan bir hâkim ya da savcının tutuklanması iç hukuka açıkça aykırı bir özgürlükten yoksun bırakma olup, bu durum AİHS’nin 5/1 ve Anayasanın 19/2 hükmünü açıkça ihlal eder. Zira bu iki hükme göre de, bir kişinin hürriyetinden mahrum bırakılabilmesi için, bu duruma izin veren yasal bir dayanak olmalı ve tutuklama söz konusu yasalara usul ve esas açısından tamamen uygun olarak uygulamaya geçirilmelidir.

17. CMK’nın 161/8 hükmü de bahane gösterilerek bir hâkim hakkında, Anayasa ve özel kanunlardaki hükümler devre dışı bırakılarak soruşturma işlemleri yapılamaz. CMK’nın 161/8 maddesine göre, “*anayasal düzene karşı görevi sırasında veya görevinden dolayı işlenen suçlarda, Cumhuriyet savcılığınca doğrudan soruşturma yapılır*”. Anayasanın 159/9 maddesinin hâkim ve savcılara ilişkin özel düzenlemesi ve bu kuralın normlar hiyerarşisindeki üstünlüğü dikkate alındığında, hâkim ve savcılarının soruşturulması açısından CMK’nın 161/8 hükmü kesinlikle uygulanamaz. Anayasanın 159/9 maddesi uyarınca, bir hâkim ya da savcının soruşturulmasına başlayabilmek için HSYK ilgili Dairesinin TEKLİFİ ve HSYK Başkanının OLURU şarttır. Atılı suç ve nasıl işleneceği dikkate alındığında, CMK’nın 161/8 maddesinin hâkim ve savcılar açısından da uygulanacağı kabul edilecek olursa, Anayasanın 159/9 maddesi bir kanun hükmü ile değiştirilmiş olur ki, bu türden bir görüş Anayasanın açık hükümlerine ve özel olarak 11.

maddesine açıkça aykırı olur. Anayasanın 11/2 maddesine göre, “*Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.*” Anayasanın 159/9 hükmüne göre, hâkim ve savcılar hakkındaki soruşturmalar ancak HSYK ilgili dairesinin teklifi ve HSYK başkanının oluru başlatılabileceğine göre, bir hâkim ya da savcı, üst norm olan Anayasanın 159/9 maddesi ve özel kanun hükmündeki HSYK Kanunu ile 2802 sayılı Kanun hükümleri dikkate alınarak ancak soruşturulabilir, aranabilir, gözaltına alınabilir ve tutuklanabilir. Ceza soruşturmalarında genel kanun olan CMK’nın 161/8 maddesi bahane yapılarak hâkim ve savcılar hakkında doğrudan soruşturma yürütülemez. Aksini kabul etmek, hâkim ve savcılara Anayasanın 159/9 hükmü ile verilen güvenceyi (sert/katı, değiştirilmesi 367 milletvekilinin oyunu gerektiren bir normu), basit bir yasa değişikliği (CMK mad. 161/8 – salt çoğunlukla yapılan yasa) ile geri almak anlamına gelir ki bir hukuk devletinde bunun kabulü imkânsızdır. Kısaca, CMK’nın 161/8 hükmü, Anayasanın 159/9 maddesi ışığında, hâkim ve savcılara kesinlikle uygulanamaz.

18. Ayrıca, bilindiği gibi normlar hiyerarşisinde aynı seviyede olan bir genel kanun ile özel kanun hükümleri arasında çatışma çıktığında, olaya özel kanun hükümleri uygulanır. Ceza soruşturmalarında CMK’nın genel kanun niteliğinde bir kanun olduğu herkesin malumudur. Hâkim ve savcılar hakkında açılacak ceza soruşturmalarında özellikle 2802 sayılı kanun ile HSYK Kanununda bazı özel hükümler bulunmaktadır. Hâkim ve savcılar hakkında açılacak ceza soruşturmalarında dikkate alınması gereken ve CMK’ya göre özel kanun niteliğinde olan 2802 sayılı Hâkimler Savcılar Kanununun 88. maddesine göre, ağır cezalı suçüstü hali hariç hâkim ve savcılar yakalanamaz, gözaltına alınamaz ve aranamaz. Yakalanamayan ve gözaltına alınamayan bir hâkimin tutuklanması da mümkün değildir. Ağır cezalı suçüstü hali dışında bir hâkimin üzeri, evi, arabası ve işyeri de aranmaz. Aksi uygulama 2802 sayılı Kanununun 88. Maddesini açıkça ihlal eder. Bu kanunun CMK’ya göre hâkim ve savcılar açısından özel kanun niteliğinde bir kanun olduğu dikkate alındığında, CMK’nın 161/8 hükmünün somut olayda uygulanması imkânsızdır. Yine 2802 sayılı Yasaya göre, suç işlediği iddiasıyla hakkında soruşturma başlatılan bir hâkim ya da savcı, sadece görev yaptığı yere en yakın Ağır ceza mahkemesince tutuklanabilir ve itiraz da bir sonraki Ağır ceza mahkemesine yapılabilir. Bu açıdan da genel kanun niteliğindeki CMK’nın 161/8 hükmünün uygulanıp sulh ceza hâkimleri aracılığıyla hâkim ve savcılarının tutuklanması ve itirazın da bir sonraki sulh ceza hâkimliğine yapılması hukuken mümkün değildir. Bu durum, kanunla önceden kurulmuş (doğal hâkim ilkesi) mahkeme önüne çıkarılma ilkesini ve itirazın da doğal hâkim ilkesine uygun görev yapan bir mahkemeye yapılması (D.N./İsviçre) ilkesini ihlal eder. Doğal hâkim güvencesine sahip bir hâkim tarafından tutuklama kararı verilmediği ve itirazın da aynı şekilde doğal hâkim güvencesinden yoksun bir hâkimlik tarafından verildiği dikkate alındığında, somut olayda hâkim ve savcılar hakkındaki tutuklama kararı tamamen yetkisiz bir hâkimlik tarafından verilmiştir; bu durumda illegal bir özgürlükten yoksun bırakma söz konusudur.

19. Belirtilen nedenlerle, hâkim ve savcılar hakkında Anayasanın 159/9 maddesine uygun soruşturma başlatılmadığı sürece, suçlama ne olursa olsun hâkim ve savcılar hakkında soruşturma işlemlerine girilemez; evleri aranamaz, ağır cezalı suçüstü hali hariç (2802 sayılı yasa, mad. 88) yakalanamaz ve tutuklanamaz. 3000’e yakın hâkim ve savcı, aynı anda ağır cezalı suç işleme iradesinde birleşme ihtimali yüzde sıfır olduğu için, ağır cezalı suçüstü halinden de bahsedilmesi imkânsızdır. 2745 ilk derece yargı mensubu ile 200’den fazla yüksek yargı mensubunun aynı anda ağır cezalı suçüstü halinde olduğu zaten soruşturma organları tarafından da iddia edilmemiştir. Tüm bu tutuklamaları yapmak için menfur darbe girişiminin yapılması bahane olarak kullanılmıştır. Eğer 3000’e yakın hâkim ve savcı atılı suçu işlemiş idilerse, daha önceden

neden herhangi bir işlem yapılmamış da darbe girişiminin ertesi gün, hem de bir tatil günü beklenmiş ve tüm bu işlemler birkaç saat içerisinde yapılmıştır? Hangi somut bulgular belirtilen sayıda hâkim ve savcıdan aynı anda bir günde ortaya çıkmıştır? Bu durum tutuklamaların tamamen siyasi nedenlerle yapıldığının açık kanıtıdır. Anayasanın 159/9 hükmüne uygun bir soruşturma izni olmadan, illegal bir gözaltı kararına dayandığı için, ağır cezalı suçüstü hali olmadan yakalama, gözaltı ve tutuklama kararı verildiği için, yasal dayanaktan yoksun özgürlükten mahrum bırakma nedeniyle AİHS'nin 5/1 ile Anayasanın 19. maddesini açıkça ihlal edilmiştir. Hâkim ve savcılar hakkındaki yargılamaların özel koşullara bağlanmış olması, yargı bağımsızlığını ve ona bağlı olarak tüm gerçek ve tüzel kişilerin adil yargılanma hakkı ve yargı erkinin güvenilirliğini korumak içindir. Söz konusu katı kurallar Anayasa ve yasalarda öngörülmüş olmasına rağmen, bu kurallara uyulmadan yapılan işlemler yasa dışıdır; iç hukukta yasal dayanaktan yoksundur.

20. Anayasanın 159/9 hükmüne uygun bir soruşturma izni olmadan gözaltı kararı verildiği HSYK Başkanvekili Mehmet Yılmaz tarafından birkaç kez kamuoyuna açıklanmıştır. Başkanvekili Mehmet Yılmaz 22 Eylül 2016 tarihli Cumhuriyet Gazetesi'ne yaptığı açıklamalarda, *“Ergenekon, Balyoz, askeri casusluk, Odatv, Hüseyin Kurtoğlu, şike davası gibi dosyalarla ilgili disiplin soruşturması vardı. Bu soruşturmalarda o örgütün üyesi olanlar soruşturuluyordu. Biz ayrıca o örgütün yargı içindeki yapılanmasına ilişkin de soruşturma başlatmıştık. Bununla ilgili Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'nda da adli soruşturma yapılıyordu.”* Soru şu: Darbe girişimi olana kadar neden bunlar görevde tutuldu? *“Biliyorsunuz bu örgütün silahlı terör örgütü olup olmadığı konusunda tartışma vardı. Bunun kriminal hale gelmesi için silahlı terör örgütü tespitinin yapılması gerekiyordu. O zamana kadar biz dış dünyaya yansıyan eylemi olan hâkim savcılarla ilgili gereğini yaptık. MİT TIR'ları soruşturmasında savcılarla ilgili kovuşturma izni verdik ve Yargıtay'da dava açıldı ama henüz mahkûmiyet çıkmamıştı. Biz de çalışmalarımızı devam ettirip örgüte iltisaklı olanları saptadık. Bu çalışma hem savcılıkta hem de Teftiş Kurulu'nda devam ediyordu. O gün, darbe gecesi bu örgütün terör örgütü olduğu yönünde ayan beyan, kimsenin karşı çıkamayacağı deliller çıkınca Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı Türk Ceza Kanununun örgüt üyeliği suçunu düzenleyen 314. Maddesi gereği soruşturma açtı.¹ Başsavcılık, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 161. Maddesine göre re'sen, yani HSYK onayına ihtiyaç duymadan gözaltı kararı verdi. CMK'nın 161. maddesinde, TCK'nın 314. maddesinin de aralarında olduğu bazı suçlardan dolayı savcının doğrudan soruşturma yapma yetkisi olduğu belirtilmiştir. Yani bu durumda diğer kanunlardaki soruşturmayı engelleyici hükümler uygulanmaz. Böylece Ankara Başsavcılığı elindeki ceza soruşturmasında **delil ele geçtiği için silahlı terör örgütü üyesi olmaktan hâkim ve savcılarla ilgili gözaltı kararı verdi.** Bu karar bize ulaşınca, hakkında silahlı terör örgütü üyesi olmaktan dolayı gözaltı kararı verilen hâkim ve savcılar görevde devam ettirmemiz mümkün olmayacağı için açığa alma kararı verdik. Böyle bir durumda bu hâkim ve savcılarının görevde devam etmelerini hiçbir ülke kabul edemez.”*

21. CMK'nın 135. maddesi, iletişimin tespiti için kuvvetli suç şüphesini gösteren somut bulguların varlığını şart koşmaktadır. Anlaşılacağı gibi, kuvvetli suç şüphesine dair somut bulgular toplanmışsa, ilgili kişi hakkında mutlaka bir ceza soruşturması açılmış demektir. CMK'ya göre de, bir kişi hakkında soruşturma açılmadan iletişimin tespiti tedbirine başvurulamaz; mutlak soruşturmaya bağlı olan iletişimin tespitine dair telefon kayıtlarının elde edilmesi ve incelenmesi, HTS kayıtlarının elde

¹ Bu ifadelerden anlaşılacağı gibi, Anayasanın 159/9 maddesine aykırı bir şekilde, binlerce hâkim ve savcı hakkında illegal bir soruşturmanın daha önce başlatıldığı açıktır.

edilip incelenmesi, soruşturma açılmadan imkânsızdır. Üstelik sinyal bilgilerinin elde edilip değerlendirilmesi, gecikmesinde sakınca bulunan herhangi bir durum oluşturmadığı için, Anayasanın 159/9 hükmüne uygun bir soruşturma başlatılmadan asla bu tedbirlere başvurulamaz. CMK'nın 135/1 hükmüne göre, iletişimin tespitine ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ancak kuvvetli suç şüphesini gösteren somut bulguların varlığı halinde başvurulabileceğine göre, hukuka (Anayasanın 159/9 maddesine) uygun bir soruşturma açılmadan ve atılı suçlara ilişkin kuvvetli suç şüphesini gösteren somut bulgular gösterilmeden, iletişimin tespiti gibi mutlak soruşturmaya bağlı bir delil toplama işlemine girilemez. Anayasaya ve HSYK Kanununa aykırı olarak, soruşturma açılmadan girişilen bu türden işlemlerle elde edilen deliller tamamen illegaldir. Anayasa ve yasalara açıkça aykırı olan bu türden uygulamalar ilgili hâkim ve savcıların özel hayata saygı haklarını açıkça ihlal eder. Anayasanın 38/6 maddesi ışığında, illegal şekilde elde edilen delil unsurları tutuklama, tutuklamanın devamı ve itirazın reddi kararlarının gerekçesinde ve iddianamede yer alamaz; hükme de esas olamaz. İç hukukta özel hayata saygı hakkına dair bu ihlalin giderilmesini sağlayacak hiçbir etkili başvuru mercii bulunmamaktadır; bu nedenle bu ihlal açısından doğrudan Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur. Bu deliller yasa dışı olduğu için, Anayasanın 38/6 hükmü ışığında tutuklama kararına da mahkûmiyet kararına da dayanak oluşturamaz. Aksi durumlar, sırasıyla özgürlük ve güvenlik hakkını (tutuklama) ve adil yargılanma hakkını (mahkûmiyet açısından) ihlal eder.

22. Ayrıca hatırlanmalıdır ki, hukuka aykırı elde edilen delillere dayalı elde edilenler de aynı şekilde hukuka aykırı olacağından, Anayasanın 38/6 hükmü gereği, hiçbir şekilde tutuklama kararına dayanak yapılamayacağı gibi, mahkûmiyete de esas alınamaz. Anayasanın 38/6 maddesine göre, “*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez*”. Benzer hüküm CMK'nın 217/2 hükmüne göre de, “*Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir*”. Tüm bu nedenlerle tutuklama kararına da sadece hukuka uygun toplanmış deliller dayanak olabilir; illegal deliller tutuklama kararına da dayanak yapılamaz.

23. Anayasanın 159/9 maddesine uygun bir soruşturma başlatılmadan hâkim ve savcılar hakkında hiçbir soruşturma işlemi yapılamayacağı ve dolayısıyla ev, araç ve üzerleri aranmayacağı için, haklarında gözaltı kararı verilen 3000'e yakın hâkim ve savcının ev, araç ve üzerlerinin aranmasıyla elde edilen her türlü delil unsuru da tamamen yasa dışıdır. Hukuka tamamen aykırı şekilde elde edilmiş ve özel hayata ve aile hayatına saygı hakkını açıkça ihlal eden (özel hayata ve aile hayatına saygı hakkına yasal dayanaktan yoksun müdahale, bu hakkı ihlal için yeterlidir.) söz konusu deliller, hukuka aykırı olup, bu deliller ne tutuklamaya ne de hükme esas alınabilir. Anayasanın 38/6 hükmünün açık emri gereği, yasa dışı şekilde elde edilmiş ve dosyaya konmuş deliller yasa dışı oldukları için, dosyadan çıkarılıp atılmalı ve dolayısıyla bireylerin özel hayata saygı haklarını ihlal ettikleri için hiçbir incelemeye tabi tutulmadan sahiplerine iade edilmeli ve hiçbir ekonomik değeri olmayanlar da yok edilmelidir. Sonuç olarak, yasa dışı elde edilen deliller dışında kalan delillere dayalı olarak kuvvetli suç şüphesinin varlığı değerlendirilmelidir.

24. Aksi durum, Anayasanın açık hükmünü takmama, dikkate almama ve Anayasayı tanımama anlamlarına gelecektir ki, bu da yargı organını yasa koyucu ve hatta anayasa koyucu konumuna getirir ve açık fonksiyon gaspına yol açar. Zira bir mahkeme yasa dışı şekilde elde edilen delillere dayalı karar alırsa veya almaya devam ederse, Anayasanın 159/9 hükmünü dikkate almayarak, adeta anayasayı değiştirme iradesini kendisinde görür. Bu da hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığını, Anayasanın 6/3 hükmündeki “*Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasanın almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz*”

hükmünü açıkça ihlal eder.

25. Ancak belirtmelidir ki, 16 Temmuz 2016 tarihinin ilk saatlerinden itibaren alınan gözaltı ve arama kararları, Anayasanın 159/9 hükmüne uygun bir soruşturma izni olmadan alınmıştır. Anayasaya uygun soruşturma izni en erken olarak 16 Temmuz 2016 tarihi öğleden sonra alınmış olabilir. Diğer bir ifade ile darbe gecesi ve sabahı gözaltına alma kararı verilen hâkim ve savcılar hakkında, belirtilen tarihten önce verilmiş herhangi bir soruşturma izni yoktur. Soruşturma izni olmadan hâkim ve savcılar hakkında herhangi bir delil toplama, telefonlarını dinleme, inceleme, hangi programları kullandıklarını araştırıp kayıt altına alma mümkün olamayacağı için (Aksi durum Anayasanın 159/9 hükmüne açık aykırı olur.), 3000'e yakın hâkim ve savcı hakkında, gözaltı kararı verilmeden önce hukuka uygun olarak toplanmış en küçük suç delili bulunmamaktadır. HSYK Başkanvekili Mehmet Yılmaz'ın 16 Temmuz 2016 tarihi sonrası gözaltı kararı verilen hâkim ve savcılar hakkında 2014 yılından bu yana soruşturma yaptıkları yönündeki açıklaması, tamamen Anayasaya aykırı olarak soruşturma başlatıldığının açık bir itirafıdır; görevi kötüye kullanma ve özel hayatın gizliliğini ihlal etme suçlarının, 3000 civarındaki her bir hâkim ve savcı adedince suç işlendiğinin itirafıdır. Kısacası 2014 yılında başlatılan soruşturmanın hangi yetkiye dayanılarak yapıldığının açıklanması şarttır; yukarıda belirtildiği gibi, CMK'nın 161/8 hükmü, Anayasanın amir hükmü (m. 159/9) yanında hâkimler ve savcılar hakkında kesinlikle uygulanamaz. Belirtilenlerden anlaşılacağı gibi, 3000 civarındaki hâkim ve savcı hakkında hukuka uygun toplanmış hiçbir somut suç delili olmadan gözaltı ve arama kararı verilmiş ve bu iki husustaki CMK hükümlerinin aradığı makul şüphe ile kuvvetli suç şüphesi şartına da uyulmamıştır. Anayasaya uygun bir soruşturma olmadan verilen gözaltı ve arama kararları yasa dışı olup bu kararlara dayalı toplanan deliller ve hürriyetten yoksun bırakma da illegaldir. Bu durum dikkate alındığında, tutuklamaya dayanak olacak hukuka uygun hiçbir delil olmadan 2000'den fazla hâkim ve savcı hakkında tutuklama kararı verilmiştir.

26. Bir an için Yargıtay'ın daha önce özel hayata aykırı elde edilen delillerin hükme esas alınabileceğine ilişkin içtihadının varlığı akıllara gelse de, belirtmelidir ki, bu kararı verenler Anayasanın 38/6 hükmünden habersiz olarak söz konusu kararı vermiş olmalıdırlar. Aksi halde bu kararı vererek, Anayasanın açık hükmünü değiştirme iradelerini kendilerinde görmüş olurlar ki, bu durumun hukuk devletinde kabulü mümkün değildir; bu açık fonksiyon gaspı anlamına gelir. Mahkemeler, Anayasa ve yasaları uygulamakla yükümlüdürler; Anayasa ve yasaları ortaokul mezunu bir kişinin dahi anladığı anlamın dışında yorumlayacak şekilde onları değiştirme sonucunu doğuracak keyfi yorum ve uygulamalara gidemezler. Kendilerini kanun koyucu, hatta kurucu iktidar yerine koyarak Anayasanın açık hükmünü değiştirir şekilde karar veremezler.

27. Bir an için AİHM'nin özel hayata saygı hakkına aykırı elde edilen ve dosyadaki tek delil ya da ana belirleyici delil olmamak kaydıyla bu türden hukuka aykırı delillerin kullanılmasının AİHS'nin 6. maddesini ihlal etmeyeceği yönündeki içtihadı (*Bykov / Rusya*) akıllara gelse de, belirtmelidir ki, AİHS ve bu Sözleşmede korunan hakları yorumlayan AİHM içtihatları, bir demokrasideki asgari standartları oluşturur. Taraf devletler Sözleşmede korunan hakların üzerinde standartlar belirleyebilir; ancak altına inemezler. Aksi durum Sözleşmeyi ihlal eder. Türkiye Cumhuriyeti Devleti de, Anayasasına açıkça hukuka aykırı delillerin ispat aracı olarak kullanılamayacağını koyarak, bu konuda AİHS standartlarının üzerinde daha üst bir standart belirlemiştir. Ayrıca, AİHS'nin 53. maddesine göre, bir taraf devlet insan hakları alanında, eğer Sözleşmedeki standartların üzerinde bir koruma öngörmüşse, AİHS'yi ve AİHM

ıctihatlarını bahane göstererek, kendi iç hukukunda tanıdığı daha üst standartları aşağıya çekemez. Diğer bir ifade ile, bir mahkeme, AİHM'nin hukuka aykırı deliller konusundaki kararlarını bahane göstererek, Anayasadaki hükmü görmezden gelemez. Aksi durum Sözleşmenin 53. maddesinin de ihlaline yol açar.

28. Sonuç olarak, soruşturma açılmadan elde edilen ve bu nedenle hukuka aykırı olan delil unsurları Anayasanın ve CMK'nın belirtilen hükümleri ışığında dosyadan çıkarılmalı ve geriye kalan bulgulara dayalı olarak kuvvetli suç şüphesinin varlığı değerlendirilmelidir. Bahse konu yasa dışı delil unsurları dosyadan çıkarıldığında, başvurucuya atfedilen suçlamanın kendisi tarafından işlendiğine dair somut hiçbir bulgu kalmayacağı için, başvurucu hakkında atılı suçlar açısından somut hiçbir bulgu olmadığından, kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerden (CMK m. 100) bahsetmek de imkânsız olacaktır. Buna rağmen hâkim ve savcıların tutuklanması ve tutukluluklarının devam ettirilmesi, AİHS'nin 5/1 ve Anayasanın 19/3 maddelerini açıkça ihlal eder.

3. Başvurucu hakkındaki soruşturmanın başlatılması ve tutuklanma süreci

NOT: BU BAŞLIK ALTINDAKİ OLAYLARI HER BAŞVURUCU KENDİ DURUMUNA UYARLAMALI, BOŞLUKLARI DOLDURMALI, TUTUKLAMA VE İTİRAZIN REDDİ KARARLARININ GEREKÇELERİNİ ÖZET OLARAK YAZMALIDIR. VARSA DİĞER HUKUKA AYKIRILIKLAR DA AYRINTILI OLARAK EKLENEBİLİR, İŞKENCE İLE İFADE ALMA VEYA İNSAN ONURUNA AYKIRI ŞARTLARDA TUTULMA (GÖZALTI VE CEZAEVİ DÂHİL), KÖTÜ MUAMELE GİBİ DURUMLAR DA BELİRTİLEREK BU KONULARDA DA HAK İHLALLERİ İLERİ SÜRÜLEBİLİR.

29. Başvurucu bir hakim/savcı olup, ancak özel soruşturma ve kovuşturma usullerine ve teminatlara uyularak soruşturulabilir ve yargılanabilir. Bu açılardan çok temel bazı anayasal ve yasal güvencelere sahip bir yargı mensubudur.

30. Başvurucu 15 Temmuz 2016 tarihinde meydana gelen menfur darbeye teşebbüs soruşturmaları sonrası gözaltına alınarak, evinde arama yapılmış ve tutuklanmıştır. Bir yargı mensubu olan başvurucunun darbe teşebbüsü ile uzaktan veya yakından hiçbir ilişkisi olmadığı gibi, demokratik parlamenter sisteme, kuvvetler ayrılığı ve hukuk devleti ilkelerine, iktidarın sadece demokratik seçimlerle el değiştirdiği demokratik rejime, Anayasal demokrasiye bağlı ve halkın iradesine saygılıdır. Darbe teşebbüsü ile uzaktan yakından en küçük ilgisi bulunmayıp, bu konuda en küçük somut delil başlangıcı dahi gösterilmemiştir. Anayasanın 159/9 hükmü emretmesine rağmen, hakkında Anayasaya uygun bir soruşturma açılmadan gözaltına alınmış ve sorgulanmıştır.

31. Başvurucu gözaltına alındığı ilk andan itibaren bir avukat yardımından yararlanma ve avukat ile görüşme hakkına sahipken (Dayanan/Türkiye) bu kurala uyulmamıştır. 15 Temmuz 2016 tarihinden sonra gözaltına alınanların vekâletlerini almamaları yönünde Türkiye genelinde avukatlara baskı yapılmış, 200'den fazla avukat sadece temsil ettikleri müvekkilleri nedeniyle tutuklanmış, onlarcası hakkında da gözaltı kararı verilmiştir. Başvurucunun kendi avukatını seçme hakkı dâhil birçok temel sanık hakkı ihlal edilmiştir. Uzun bir süre ailesi ya da herhangi bir avukatla görüştürülmemiş, tutukluluğa itiraz dilekçesini dahi sunması engellenmiştir. (NOT: Bu ifadelerde durumunuza uymayan bilgiler veya yanlışlar varsa düzeltiniz, eksikler varsa ekleyiniz (avukatlara baskıyı detaylı anlatınız. Kötü muamele oluşturan muamelelerle karşılaşmışsa onları da şu şekilde yazınız). Ayrıca gözaltında birçok insanlık dışı muamele ile karşı

karşıya kalmış, yeme, içme, temizlik, dinlenme ve tuvalet gibi en temel insani ihtiyaçları dahi gerektiği gibi karşılanmamıştır. Polisler tarafından birçok hakarete maruz bırakılmış ve kendisine bağırlı hakaret oluşturan ifadelere muhatap olmuştur. Beton üzerinde uyumak zorunda bırakılmış, sadece sınırlı sayıda kişinin tutulabileceği nezarethanelerde onlarca kişi ile birlikte tutulmuştur. (Bu bilgileri daha da somutlaştırabilirseniz iyi olur).

32. 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununun 88. maddesine göre, hâkim ve savcılar ağır cezalı suçüstü hali hariç aranamaz, sorguya çekilemez ve yakalanamazlar. Sorguya çekilip ifadesi alınmadan hiç kimse tutuklanamayacağına ve yakalanamayan bir kişi tutuklanamayacağına göre, 2802 sayılı yasanın 88. Maddesine göre, bir hâkim ağır cezalı suçüstü hali olmadıkça kesinlikle tutuklanamaz. Somut olayda silahlı askerler tarafından girişilen darbe teşebbüsü ile hiçbir ilgisi bulunmayan 3000 civarında hâkim ve savcı aynı anda hangi suçüstü halinde yakalanmışlardır ki, haklarında yetkisiz sulh ceza hâkimliklerince tutuklama kararı verilmiştir. Hiçbirinin darbe teşebbüsü ile ilgisi gösterilemediğini HSYK Başkan vekili Mehmet Yılmaz, *haklarında gözaltı kararı verilen hâkim ve savcılar darbe teşebbüsünden değil, terör örgütü üyeliğinden suçlanmaktadır* şeklinde açıklamıştır. Bir an için terör örgütü üyeliği suçlamasına ilişkin iddianın doğru olduğu varsayılsa dahi, Anayasanın 159/9 hükmü ihlal edilerek, 3000'e yakın hâkim ve savcı aynı anda suçüstünde hem de bir Cumartesi günü nasıl yakalanmıştır? Dolayısıyla 3000 civarındaki hâkim ve savcının aynı anda ağır cezalı suçüstü halinde yakalandığı iddia edilecek olsa dahi bu iddia tamamen temelsizdir.

33. Darbe girişiminin üzerinden 6 saat geçmeden, 16 Temmuz 2016 tarihinde saat 04.15 civarında (@Haberdar – 16.7.16 – **04.16**) NTV Televizyonuna canlı yayınına bağlanan Ankara Cumhuriyet Başsavcı Vekili Necip Cem İşçimen şu açıklamaları yapmıştır: “Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı darbe teşebbüsünde bulunan Paralel Yapı terör örgütü ile irtibatı olan Yargıtay, Danıştay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Askeri Yargıtay Daire Başkanı, bunların üyeleri, HSYK’da görev yapan FETÖ Paralel Devlet Yapı Örgütü mensubu üyeleri ile sözde Yurtta Sulh Komitesi mensubu general, amiral, subay, astsubay, er ve erbaşlar hakkında **gözaltı kararı vermiştir.**² ... Eldeki bilgilere göre, Kurmay Albay Cemil Turhan, Tuğgeneral Mehmet Fatih Göç, Yurtta Sulh Konseyi başkanı bu şahısların imzaladıkları ve kaleme aldıkları bir metin ele geçmiştir. Bunun yanı sıra 81 ile Sıkıyönetim Komutanı atamışlardır kendileri. Ayrıca Sıkıyönetim Mahkemesi görevlendirme listesi elimde bulunmaktadır; bu şahısların atamış oldukları. Bunların içerisinde Muharrem Köse, ... FETÖ/Paralel örgüt üyesi olan kişidir. ... Fetullah Gülen Terör Örgütü bir darbe yapmıştır; darbe yapmaya çalışmıştır.” Gece yarısı 6 saatte yüzlerce yüksek mahkeme üyesi hâkim ve savcının suçüstü halinde olduğunu tespit edebilen (Aksi halde gözaltı kararı verilmesi özel kanun hükümleri uyarınca imkânsızdır.) ve Yurtta Sulh Konseyi’ne ait belgeleri ele geçirdiklerini açıklayan savcılık, 10 Ağustos 2016 tarihinde, darbeyi planladığı iddia edilen Yurtta Sulh Konseyi’nin kimlerden oluştuğunun belirlenemediğini açıklamıştır. Ayrıca aradan uzunca bir süre geçmesine karşın bu olayların yazıldığı tarihe kadar darbenin bir numarasının kim olduğu da bir türlü tespit edilememiştir.

34. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Tanımlar başlıklı 2. maddesinde suçüstü hali tanımlanmıştır. Buna göre;

"Suçüstü:

² Avrupa Birliği Komisyonu’nun Genişlemeden Sorumlu Üyesi Johannes Hahn, 18 Temmuz 2016 tarihli açıklamasında, AKP’nin elindeki gözaltı listelerinin darbeden önce hazırlandığını ve uygun zamanda kullanılmak üzere beklentilerinin anlaşıldığını açıklamıştır.

- ❖ *İşlenmekte olan suç,*
- ❖ *Henüz işlenmiş olan fiil ile fiilin işlenmesinden hemen sonra kolluk, suçtan zarar gören veya başkaları tarafından takip edilerek yakalanan kişinin işlediği suç,*
- ❖ *Fiilin pek az önce işlendiğini gösteren eşya veya delille yakalanan kimsenin işlediği suç" ifade eder.*

35. Kanunun uygulanması manasında ifade edilmelidir ki başvurucunun menfur darbe teşebbüsü ile yakından uzaktan hiçbir ilgisi yoktur; darbe girişiminden de medyadan haberdar olmuştur. Soruşturma evrakları incelendiğinde görüleceği gibi, ne darbe teşebbüsü yaparken, ne darbe teşebbüsü yapıp kaçarken, ne de kısa zaman önce yapılan darbe teşebbüsüne ilişkin delil ve silahlarla yakalanmış olması gibi bir durum kesinlikle söz konusu değildir. Ağır cezalı herhangi bir suçüstü halinde de bulunmadığı için, hiçbir şekilde hakkında arama ve yakalama kararı verilemeyeceği gibi, polis, savcı ya da sulh ceza hâkimlerinin kendisi hakkında fiilen arama yapma, yakalama, gözaltına alma ve tutuklama kararı verme ve uygulama yetkileri yoktur. Belirtilen usule uyulmadan yapılan bütün işlemler mutlak olarak Anayasanın 159/9 ile 2802 sayılı Yasanın birçok hükmüne, kısaca hukuka aykırı olup, Anayasanın 38/6 maddesi uyarınca hiçbir karara dayanak olamazlar. Ayrıca Anayasa ve yasalara aykırı olarak bahse konu işlemleri yapanların cezai sorumluluğu da doğmuştur.

36. Anayasanın 159/9 maddesine göre, hâkim ve savcıların soruşturma ve kovuşturmasında son derece katı kurallar öngörülmüştür. İlk derece yargıçlarının yargılaması ile ilgili olarak, 12 Eylül 2010 tarihli Anayasa değişikliği ile Anayasanın 159/9 maddesi eklenmiştir. Bu hükme göre, "**Hâkim ve savcılar**ın görevlerini; kanun, tüzük, yönetmeliklere ve genelgelere (hâkimler için idari nitelikteki genelgelere) uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetleme; görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerini, hal ve eylemlerinin sıfat ve görevleri icaplarına uyup uymadığını araştırma ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma işlemleri, ilgili dairesinin teklifi ve Hâkimler Savcılar Yüksek Kurulu Başkanının oluru ile Kurul müfettişlerine yaptırılır. Soruşturma ve inceleme işlemleri, hakkında soruşturma ve inceleme yapılacak olandan daha kıdemli hâkim veya savcı eliyle de yaptırılabilir." Yasalar ile Anayasanın 159/9 hükmü arasında çatışma olursa, normlar hiyerarşisi ilkesinin gereği olarak Anayasanın 159/9 maddesinin uygulanacağında şüphe yoktur. Normlar hiyerarşisi ilkesi uyarınca, kanunlar anayasaya aykırı olamaz. Dolayısıyla, yukarıda ayrıntılı belirtildiği gibi, hâkim ve savcılarının yargılamasında öncelikle Anayasanın 159/9 maddesinin gereklerine uygun bir soruşturma başlatılmış olmalıdır.

37. Bir hâkim ve savcı hakkında ceza soruşturması (ve dolayısıyla her türlü delil toplama) işlemlerine başlanabilmesi için, öncelikle HSYK 2. Dairesinin bu yönde TALEPTE bulunmuş olması VE bu talebe HSYK Başkanı tarafından OLUR verilmesi gerekir. Somut olayda 15 Temmuz 2016 Cuma gecesini girişilen menfur darbe teşebbüsünden birkaç saat sonra, 3000 civarında hâkim ve savcı hakkında önce gözaltı ve arama kararı verilmiş, daha sonra da HSYK tarafından (muhtemelen en erken) 16 Temmuz 2016 tarihinde öğleden sonra açığa alma kararı verilmiştir. Anayasanın 159/9 maddesinin emrettiği bir soruşturma açılmadan (hukuka uygun hiçbir somut suç delili toplanmadan), hiçbir teminata uyulmadan, tamamen yetkisiz savcılık ve hâkimler tarafından gözaltı, arama ve tutuklama kararları verilmiştir. Bu nedenle hem arama, hem de gözaltı ve tutuklama kararları Anayasaya ve yasalara açık aykırı olup, açık şekilde özel hayata saygı hakkı ile özgürlük ve güvenlik hakkı ihlal edilmiştir.

38. Yukarıda belirtildiği gibi, CMK'nın 161/8 hükmü de bahane gösterilerek bir yargıç ya da savcı hakkında, Anayasa ve özel kanunlardaki hükümler devre dışı bırakılarak soruşturma işlemleri yapılamaz. Anayasanın 159/9 maddesinin ilk derece hâkim ve savcılara ilişkin özel düzenlemesi ve bu normun normlar hiyerarşisindeki üstünlüğü dikkate alındığında, ilk derece hâkim ve savcılar hakkında soruşturma başlatılabilmesi açısından CMK'nın 161/8 hükmü kesinlikle uygulanamaz. Atılı suç ve nasıl işleneceği dikkate alındığında, CMK'nın 161/8 maddesi somut olayda uygulanamaz. Uygulanacağı kabul edilecek olursa, Anayasanın 159/9 maddesi, bir kanun hükmü ile değiştirilmiş olur ki, bu türden bir görüş Anayasanın açık hükümlerine ve özel olarak 11. Maddesine açıkça aykırı olur. Sonuç olarak, Anayasanın 159/9 hükmüne göre, ancak HSYK ilgili dairesinin teklifi ve HSYK başkanının oluru sonrası ilk derece hâkim ve savcılar haklarında soruşturma başlatılabilir ve soruşturma işlemleri yapılabilir. Anayasanın 159/9 hükmünün ana gerekçesi yargı bağımsızlığını ve adil yargılamayı teminat altına almak olup, hâkim ve savcılar için öngörülmuş özel güvencelere uyulmadan alınan kararlar tamamen yasa dışıdır. Dolayısıyla, başvuru ancak hakkında Anayasanın 159/9 maddesi ve 2802 sayılı Kanun ile HSYK kanunundaki özel hükümler dikkate alınarak oluşturulabilir, aranabilir, gözaltına alınabilir ve YETKİLİ BİR MAHKEME tarafından tutuklanabilir. Bunun dışında yapılacak tutuklamaların hukuki dayanağı olmayacağı için kanuni dayanağı olmadan tutuklanmış olan başvuru açısından AİHS'nin 5/1 ile Anayasanın 19/2 maddesi açıkça ihlal edilmiş olur.

39. Başvuru ... tarihinde anayasal ve yasal güvencelerine saygı gösterilmeden, darbe teşebbüsü bahane edilerek, tamamen keyfi olarak gözaltına alınmıştır. 20 Temmuz 2014 tarihinde, Başbakan Sayın Erdoğan'ın "Paralel Yapı ile mücadele için kurulduklarını" açıkladıkları, bağımsız ve tarafsız olmayan, doğal hakim güvencesinden yoksun bir sulh ceza hakimi tarafından, ... gerekçesi ile ... tarihinde, tutuklanmıştır (Ek-1). Karar gerekçesinden de anlaşılacağı gibi, başvurunun atılı suçu işlediğini gösteren en küçük somut bulgu gösterilmemiştir.

40. Bu karara karşı, kendisinin seçeceği bir avukat yardımından yararlanmadan, dosyaya erişimi engellenerek, eşiyile de görüşülmeden, eşi tarafından ... tarihinde, ... gerekçeleri ile itiraz edilmiştir (Ek-2).

41. İtiraz dilekçesinde ileri sürülen hukuka aykırılıklara ve tutuklama gerekçesini çürüten nedenlere hiçbir şekilde cevap verilmeden itiraz talebi ... tarihinde yine başka bir sulh ceza hakimliği tarafından, ... gerekçesiyle reddedilmiştir (Ek-3). Bu nihai karar ... tarihinde tebliğ edilmiştir (Ek-4).

42. Daha sonraki tarihlerde de aynı sulh ceza hâkimliklerinden biri tarafından başvurunun tutukluluğunun devamına karar verilmiş ve yapılan itirazlar basmakalıp ifadelerle reddedilmiştir. (BU KONUDA MÜMKÜNSE TARİH BELİRTEREK HANGİ SULH CEZA HÂKİMLİĞİ TARAFINDAN TUTUKLULUĞUN DEVAMINA KARAR VERİLDİĞİ, HANGİ TARİHTE İTİRAZIN REDDEDİLDİĞİNİ 40. VE 41. PARAGRAFLARDAKİ ÖRNEK CÜMLELER İŞİĞİNDE VE EKLERLE DAHA AYRINTILI AÇIKLAYABİLİRSENİZ BU YARARINIZA OLUR. BU DURUMDA EKLERİ SON SAYFADA BELİRTİNİZ).

B- Bireysel başvuru kapsamındaki haklardan hangisinin hangi nedenlerle ihlal edildiği ve buna ilişkin gerekçeler ve delillere ait özlü açıklamalar:

1. ÖZGÜRLÜK VE GÜVENLİK HAKKI İHLALİ

a. İç hukuka aykırı hürriyetten mahrum bırakma (kanunilik ilkesine aykırılık) nedeniyle kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ihlali (AİHS md. 5/1 – AY md. 19/2)

43. Başvurucu birçok açıdan iç hukuktaki amir hükümlere aykırı şekilde ve gözaltına alma ve tutuklama yasağı bulunmasına rağmen tutuklanmış olup, tamamen yasa dışı olarak özgürlüğünden yoksun bırakılmaya devam etmektedir. Anayasanın 19/2 hükmünde kanunilik ilkesine uygunluk şeklinde öngörülen bu durum, AİHS'nin 5/1 maddesinde, tutuklamanın iç hukukta yasal dayanağa sahip olması ve uygulamanın tamamen yasalara uygun olarak gerçekleştirilmesi şeklinde düzenlenmiştir.

44. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5/1 maddesine göre, “herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. ... Yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz”. AİHM, bu hükmü şu şekilde yorumlamaktadır: “Her türlü özgürlükten yoksun bırakma iç hukukta bir yasal dayanağa sahip olmalı ve uygulama, ulusal yasal hükümlere usul ve esas açısından TAMAMEN uygun olmalıdır” (Medvedyev ve diğerleri / Fransa, 29.03.2010, para. 120). Özgürlükten yoksun bırakma ancak iç hukukta yasal bir dayanağa sahip olması ve usul ve esasa ilişkin tüm koşullara tamamen uygun olarak uygulamaya geçirilmesi kaydıyla, Sözleşmenin 5. maddesiyle uyumlu olur. Ulusal yasalara aykırı bir uygulama tek başına Sözleşmenin 5/1 maddesinin ihlaline yol açar (Scott/İspanya, 18.12.1996, para. 57). Sözleşmenin 5/1 maddesine aykırı bir tutma keyfi özgürlükten yoksun bırakmaya yol açar ki, bu ihlal özgürlük ve güvenlik hakkı açısından en ağır ihlal türüdür (*illegal and/or arbitrary detention*).

45. **Aa-** Yukarıda olaylar kısmında belirtildiği gibi, başvuru hakkında hukuka uygun olarak toplanmış hiçbir suç delili olmadan gözaltı ve tutuklama kararları verilmiştir. Başvurucu hakkında Anayasanın 159/9 maddesine uygun olarak başlatılmış bir soruşturma bulunmamasına rağmen, başvuru hakkında toplanan, raporlanan ve kullanılan tüm bilgi, belge ve delil unsurları tamamen yasa dışı bir şekilde elde edilmiştir. Hatta arama kararı da Anayasanın 159/9 hükmüne aykırı olarak alındığı için, bu karara dayalı elde edilen tüm bulgular da yasa dışıdır. Bir hâkim ya da savcı hakkında Anayasanın 159/9 hükmüne uygun olarak başlatılmış bir soruşturma olmadan, arama işlemi yapılamayacağı gibi, iletişimin tespiti, HTS kayıtları, yakın akrabaları hakkında bilgi toplanması ve benzeri işlemler yapılamaz. Dolayısıyla 16 Temmuz 2016 tarihli gözaltı ve arama kararlarına kadar, somut olayda hukuka uygun olarak elde edilmiş hiçbir delil yoktur. Anayasanın 38/6 maddesi uyarınca, hukuka aykırı deliller hiçbir şekilde kullanılamayacağına göre, atılı suçların başvuru tarafından işlendiğine dair somut hiçbir delil bulunmamaktadır. Bu nedenle, değil kuvvetli suç şüphesini gösteren somut deliller, somut olayda gözaltı ve tutuklama kararlarının verildiği aşamada hukuka uygun olarak elde edilmiş hiçbir suç delili yoktur. Oysa Anayasanın 19/3 ve CMK'nın 100 ve 101. Maddelerine göre, kuvvetli suç şüphesini gösteren somut kanıtların varlığı, tutuklama ve devamı için olmazsa olmaz bir koşuldur. Somut olayda bu kurala uyulmadığı için iç hukuka esas açısından aykırı olarak başvuru tutuklanmıştır.

46. Anayasanın 159/9 hükmüne uygun bir soruşturma izni olmadan hâkim ve savcılar hakkında hiçbir delil toplanamayacağı dikkate alındığında, gözaltı kararının verildiği anda, başvuru aleyhine hukuka ve Anayasanın 159/9 hükmüne uygun toplanmış hiçbir suç delili yoktur. Oysa gözaltı kararı verilebilmesi için asgari makul suç şüphesi olmalıdır. Yukarıda açıklandığı gibi, Anayasanın 159/9 hükmü yanında, CMK'nın 161/8 hükmü bahane gösterilerek hâkim ve savcılar hakkında soruşturma açılıp delil toplanamaz. Kısaca, en küçük suç delili olmadan başvuru gözaltına alınıp tutuklandığı

ve açıkça Anayasanın 19/3 ve CMK'nın 91/2 (gözültü açısından makul şüphe) ile 100. maddesinde öngörülen “kuvvetli suç şüphesini gösteren somut deliller” olmadan özgürlüğünden yoksun bırakıldığı için, özgürlük ve güvenlik hakkı ihlal edilmiştir. Kısaca, makul şüphe olmadan gözültüne alınma, kuvvetli şüphe olmadan da tutuklanma nedeniyle AİHS'nin 5/1 ile Anayasanın 19/2 maddeleri ihlal edilmiştir.

47. **Ab-** Anayasanın 19/3 hükmüne göre, “*Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler ... hakim kararıyla tutuklanabilir.*” CMK madde 100/1'e göre de, “*Kuvvetli suç şüphesinin varlığı gösteren somut delillerin ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir*”. AİHM'nin birçok kez belirttiği gibi, suç şüphesinin kuvvetli olduğunun karara yazılması yeterli olmayıp, bu konudaki ATILI SUÇ AÇISINDAN İKNA EDİCİ somut delillerin kararda gösterilmesi zorunludur. Mahkemenin kararında kuvvetli suç şüphesinin bulunduğunu soyut bir şekilde yazması, tutuklamanın CMK madde 100 ve devamı hükümlerine uygun olması açısından yeterli değildir. CMK madde 101/2'ye göre, “*tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya tahliye talebinin reddine ilişkin kararlarda, kuvvetli suç şüphesini, tutuklama nedenlerinin varlığını ve tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunu gösteren deliller, somut olgularla gerekçelendirilerek açıkça gösterilir*”. Anlaşılacağı gibi, Anayasanın 19/3 ve CMK'nın 100 ve 101. maddelerine göre, mahkemeler tutuklama kararlarında, atılı suç açısından, suç şüphesinin kuvvetli olduğunu gösteren somut suç delillerine gerekçede yer vermek zorundadır. Ayrıca, ilk tutuklama kararından itibaren, hem tutuklama neden(ler)i hem de adli kontrolün yetersiz kalacağına ilişkin somut olguların da gerekçede gösterilmesi zorunludur. Tutuklama konusunda, iç hukuk esas açısından belirtilen koşulları öngördüğüne göre, tutuklama kararlarının gerekçesi yukarıda belirtilen şekilde olmadığı durumlarda, tutuklama iç hukuka esas açısından aykırı olacağı için, AİHS'nin 5/1 ve Anayasanın 19/2 hükümleri ihlal edilmiş olur.

48. Başvurucu hakkındaki tutuklamaya ilişkin kararlarının hiçbirisi yukarıdaki koşullara uygun olarak gerekçelendirilmiş değildir. Özellikle tutuklama kararında, ancak cebir ve şiddet unsurunun bulunması ile işlenebilen terör örgütü üyeliği gibi bir suçlama açısından kuvvetli suç şüphesini gösteren hiçbir somut suç deliline yer verilmemiştir. Başkaları tarafından işlenmiş suçlara atıf yapılarak kuvvetli suç şüphesinin olduğu ileri sürülemez; bu şekilde bir gerekçe kabul edilemez. Bir suçun olmazsa olmaz kurucu unsurlarından biri de manevi unsur ya da kast unsurudur. Başkalarının işlediği eylemlere atıf yapılarak, bu eylemlerle başvuru arasında herhangi bir bağlantı kurmadan kuvvetli suç şüphesinin olduğu ileri sürülemez; başvuruçunun spesifik suç eylemlerine iştirak iradesini ya da kast unsurunun varlığını göstermeden, başkaları tarafından işlenmiş bir kısım suçlara atıf yapılarak kuvvetli suç şüphesi gösterilemez. Genel ve soyut ifadelerle kuvvetli suç şüphesinin var olduğu belirtilemez; atılı suç ne ise, o suçun başvuruçunun tarafından işlendiğini gösteren somut suç kanıtları gerekçede gösterilmek zorundadır (CMK md. 101/2). Oysa somut olayda, atılı suç ya da suçları başvuruçunun işlediğini gösteren en küçük somut suç kanıtı gerekçede belirtilmemiştir. Gerekçede, tutuklama nedeni olarak gösterilen kaçma şüphesi ya da delillerin karartılmasına ilişkin de en küçük somut bulguya yer verilmiş değildir. Adli kontrolün yetersiz kalacağına ilişkin herhangi bir somut bulguya da yer verilmemiştir. Tüm bunlar CMK'nın 100 ve 101. maddelerinin amir hükümlerine aykırı olup, ulusal hukuka açıkça aykırı olarak kararlaştırılan ve sürdürülen tutuklama başvuruçunun özgürlük ve güvenlik hakkını ihlal etmiştir. Diğer bir deyişle, başvuruçunun tutuklanması ve tutukluluğunun devam ettirilmesi için iç hukukta öngörülen koşulların hiçbirine uyulmamış ve esas açısından iç hukuka aykırı olarak tutuklama devam ettirilmiştir. Kısaca, gerekçede somut bulgulara ya da kanıtlara yer vermeme nedeniyle iç hukuka aykırı olan tutuklama AİHS madde 5/1 ile Anayasa madde 19/2'yi açıkça ihlal

etmiştir.

49. **Ac-** Ayrıca, 2802 sayılı yasanın 88. maddesine göre, hâkim ve savcılar, ağır cezalı suçüstü hali bulunmadığı sürece yakalanamaz ve sorguya çekilemezler. CMK'nın 2. maddesine göre, “*Suçüstü, 1- işlenmekte olan suç, 2- henüz işlenmiş olan fiil ile fiilin işlenmesinden hemen sonra kolluk, suçtan zarar gören veya başkaları tarafından takip edilerek yakalanan kişinin işlediği suç, 3- fiilin pek az önce işlendiğini gösteren eşya veya delille yakalanan kimsenin işlediği suç ifade eder*”. Somut olayda söz konusu olan suçlamanın suçüstü hali kavramının kapsamına girmediği yukarıda olaylar kısmında açıklanmıştır. Yakalama ve sorguya çekmenin yasaklandığı bir durumda şüphelinin tutuklanabilmesi imkânsızdır. Zira yakalama fiilen tutuklamanın bir ön aşaması olup AİHM'ye göre savunması alınmadan (sorgusu yapılmadan) bir kişiyi tutuklama doğrudan AİHS'nin 5/1 maddesini ihlal eder. Sorguya çekilmeden hiç kimse tutuklanamaz. Başvurucu tutuklama ve tutuklamaya itiraz dilekçesinde bu yasağı ileri sürmesine rağmen, ilgili yargıçların hiçbiri bu konuda en küçük açıklama yapmadan, talepleri incelemeyen, gerekçesiz şekilde reddetmişlerdir. Esasında bu kadar önemli bir ilkeye ilişkin itirazı dikkate dahi almamışlardır. 2802 sayılı yasanın 88. maddesini incelemeye başladıklarında, tutuklamanın tamamen yasa dışı olduğu ortaya çıkacağı için bu talep hiçbir şekilde mahkemelerce incelenmemiştir. İç hukukun açıkça yasakladığı bir durumda gözaltı ve tutuklama kararı verilmiş olması, iç hukuka açıkça aykırı bir hürriyetten mahrum bırakma olur. Bu nedenle de AİHS'nin 5/1 ile Anayasanın 19/2 maddesi ihlal edilmiştir.

50. **Ad-** Diğer taraftan, 2012 yılında 3. Yargı Paketi kapsamında gerçekleştirilen CMK değişikliklerinden sonra, hâkim tutuklama kararı vermeden önce, adli kontrolün yetersiz kalacağını somut bulgulara dayalı olarak göstermek zorundadır. Elde edilmek istenen amaç (şüphelinin duruşmada hazır bulunmasını sağlama) açısından eğer adli kontrol uygulanabilecek ise tutuklama kararı verilmesi yasaktır (Prof. Feridun Yenisey ve Prof. Ayşe Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Bahçeşehir Üniversitesi Yayını, 2014, s. 495). İç hukukun amir olan bu hükmüne uygun verilmeyen bir tutuklama kararı, iç hukuka aykırı bir uygulama olacağı için, tek başına Anayasanın 19/2 ile AİHS'nin 5/1 maddesini de ihlal eder. CMK madde 100/1, “*İşin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemez.” düzenlemesine yer vermiştir. CMK madde 101/1 ise, “*tutuklama istemlerinde, adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını belirten hukuki ve fiili nedenlere yer verilir*” şeklindedir. CMK'nın 101/2 hükmüne göre de, “*tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya tahliye talebinin reddine ilişkin kararlarda, kuvvetli suç şüphesini, tutuklama nedenlerinin varlığını ve tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunu gösteren deliller somut olgularla gerekçelendirilerek açıkça gösterilir*”. Bu kurallara rağmen somut olayda tutuklamaya ilişkin kararlar incelendiğinde, adli kontrolün yetersiz kalacağını gösteren en küçük somut bulgunun kararlarda yer almadığı görülecektir. Bu nedenle somut olayda CMK'nın 100/1 ve 101/2. maddelerinin amir hükümlerine tamamen aykırı olarak, tutuklama yasağı bulunmasına rağmen, iç hukuka esas açısından aykırı bir şekilde tutuklama kararı verilip devam ettirildiği için de AİHS'nin 5/1 ve Anayasanın 19/2 maddeleri ihlal edilmiştir.*

51. **Ae-** HSYK Başkanvekili Mehmet Yılmaz'ın açıklamalarından açıkça anlaşılacağı gibi, 16 Temmuz 2016 sabahı, başvuru dâhil 3000 civarındaki hâkim ve savcı hakkında, Anayasanın 159/9 hükmüne uygun bir soruşturma izni olmadan gözaltı kararı verilmiştir. Anayasanın 159/9 hükmüne tamamen aykırı olan bu gözaltı kararı uygulanmış ve yasa dışı bu karara dayalı olarak başvuru gözaltına alınıp daha sonra da tutuklanmıştır. Başvuru hâkim/savcı statüsünde olup, yargı bağımsızlığını ve tüm toplumun adil yargılanma hakkını teminat altına almak için özel yargılama kurallarına

tabidir. Özel yargılama kurallarının başında, Anayasanın 159/9 hükmüne uygun bir soruşturma başlatılmış olması ve ancak ondan sonra hakkında gözaltı ve tutuklama kararı verilmiş olması gelir. Başvurucu hakkında Anayasanın 159/9 hükmüne uygun bir soruşturma başlatılmadan (HSYK ilgili dairesinin teklifi ve HSYK Başkanının oluru olmadan) soruşturma açılmış ve gözaltı kararı verilmiştir. Anayasa ve yasalara açıkça aykırı şekilde başlayan özgürlükten yoksun bırakmanın devamı kararları da kanuni dayanaktan yoksun olacağı için, başvuru kanuni dayanaktan yoksun olarak gözaltına alınmış, tutuklanmış ve tutukluğu devam ettirilmektedir. Bu nedenle de AİHS'nin 5/1 ve Anayasanın 19/2 hükmü ihlal edilmiştir. Başvurucu tutuklu olduğu sürece devam eden bir ihlal söz konusu olup bu açıdan 30 günlük başvuru süresi ancak tahliye kararı ile işlemeye başlar.

52. **Af-** Başvurucunun tutuklanmasına gerekçe gösterilen suçlar **silahlı örgüte üye olma (TCK md. 314) ve ... suçları olup, bu suçların başvuru tarafından işlendiğini gösteren** ve objektif gözlemciyi ikna edecek hiçbir delil tutuklamaya ilişkin kararlarda gösterilmemiştir. AİHM, *Lukanov / Bulgaristan* kararında, atılı suçun unsurlarının somut olayda oluşup oluşmadığını incelemiş ve somut olayda atılı eylemlerin isnat edilen suçun kanunilik unsurunu oluşturmadığını değerlendirdikten sonra, başvuru eski Başbakanın tamamen illegal şekilde tutuklanmış olduğuna karar vermiştir. *Lukanov/Bulgaristan* kararı dikkate alındığında, başvurucunun eylemi atılı suçların kanunilik (tipiklik) unsuruna uygun olmadığı gibi, somut olayda oluşmamış suçlar nedeniyle başvuru tutuklanmış ve tutukluluğu devam ettirilmektedir. Ayrıca başvurucuya atılı suçların olmazsa olmaz unsuru cebir ve şiddet olup, bu konuda bugüne kadar **başvurucudan sadır olmuş en küçük delil başlangıcı dahi gösterilememiştir**. Kısaca, başvuru Ceza Kanununun iki maddesi geniş ve keyfi yorumlanarak tutuklandığı için tamamen keyfi olarak tutuklu bulunmaktadır. Atılı suçlar kısaca irdelendiğinde, her iki suçun da manevi unsur dâhil, kanunilik unsuru ile maddi unsurunun bulunmadığı, kurucu unsurlarından yoksun bir suçun işlenmiş olamayacağı açık olduğu anlaşılacaktır. Tutuklama ve devamı kararlarının gerekçelerinin kanundaki asgari şartları dahi karşılamaktan uzak, kısa olduğu ve atılı suçların kurucu unsurlarının somut olayda oluştuğunu gösteren en küçük somut bulguya yer verilmeden kararlar verildiği için başvuru tamamen **keyfi** olarak tutuklanmıştır.

53. Ayrıca aynı suçtan iki ayrı yargılama yapılamayacağına ilişkin kural ihlal edilerek, hakimlik mesleğinden bir daha geri dönemeyecek şekilde çıkarılmış olan başvuru (ilk ceza) hakkında ayrıca ceza soruşturması açılmayacağı için (ikinci yargılama), başvuran, açılmaması gereken bir soruşturma çerçevesinde tutuklandığından bu tutukluluk yasal dayanaktan yoksundur ve AİHS'nin 5/1 ve Anayasanın 19. maddelerini ihlal etmiştir (**altıncı olarak**). Bu konuda detaylı bilgi için aşağıda “*non bis in idem kuralının ihlali*” başlığı altında belirtilenlere bakınız.

54. Tüm bu belirtilenlerden anlaşılacağı gibi, tutuklamaya dayanak gösterilen suçların somut olayda unsurları (özellikle cebir ve şiddet unsuru ve kanundaki tanıma uygunluk unsuru) oluşmadan, ceza kanunları keyfi yorumlanarak başvuru tutuklanmıştır (*S.W./İngiltere*). AİHM, suça dayanak oluşturduğu iddia edilen **eylemlerin nitelendirilmesinin yanlış olduğunun aşikâr olduğu** ve buna rağmen bu eyleme dayalı olarak suçlamada bulunup, kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasının AİHS'nin 5/1 maddesini ihlal edeceğini kararlaştırmıştır. Diğer bir ifade ile, AİHM hürriyetten mahrum bırakmaya dayanak gösterilen suçun unsurlarının karar aşamasında henüz oluşmamış olmasına rağmen, bu oluşmamış suça dayalı olarak kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasının Sözleşmenin 5/1 maddesini ihlal ettiğini ve bu durumun keyfi tutuklama

olduğunu değerlendirmiştir (*Steel ve diğerleri / İngiltere*, 23.09.1998, para. 62 vd.). Başvurucunun keyfi olarak tutuklanması ve tutukluluğun keyfi olarak sürdürülmesi nedeniyle Anayasanın 19/1 maddesi ile AİHS'nin 5/1 maddesi keyfi uygulama nedeniyle de ihlal edilmiştir.

b. Tutukluluk Süresinin makul süreyi aşmış olması nedeniyle özgürlük ve güvenlik hakkı ihlali (AİHS md. 5/3 – AY md. 19/7)

aa. Tutuklamaya ilişkin kararlardaki gerekçelerin yeterli ve ilgili olmaması nedeniyle, söz konusu gerekçeler tutuklama süresini meşru kılmadığı için AİHS md. 5/3 ile Anayasa md. 19/7 ihlal edilmiştir.

55. AİHM'ye göre, tutuklama süresi ne kadar kısa olursa olsun, ulusal otoriteler her durumda, her türlü tutuklamayı gerekçelendirmek zorundadırlar; yargı organları her türlü tutuklamanın meşru ve hukuka uygun olduğunu göstermek zorundadırlar (*Shishkov / Bulgaristan*, para. 57 ve devamı). AİHM bu kararda, yedi ay üç hafta süren bir tutukluluğun gerektiği gibi gerekçelendirilmediği için, AİHS'nin 5/3 maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir (para. 57 vd.). Mahkeme'ye göre, bir tutukluluğun makul olup olmadığının unsurlarından biri de tutuklama ve devamı kararlarının gerekçesinin yeterli ve ilgili olması, gerekçenin basma-kalıp olmaması, suç şüphesi açısından somut delillerin gerekçede gösterilmesi, tutuklama nedenleri ve adli kontrolün yetersizliğinin somut bulgulara dayalı olarak belirtilmesi, toplu tutuklamalarda gerekçedeki unsurların kişiselleştirilerek, her bir şüpheli açısından gerekçenin objektif bir gözlemciyi ikna edici nitelikte olması zorunludur.

56. Somut olayda başvuru hakkında verilen tutuklama kararlarının gerekçeleri incelendiğinde, söz konusu kararların tutuklamayı meşru gösterme açısından yeterli ve ilgili olmadığı, CMK'nın 100 ve 101. Maddeleri ile Anayasa Mahkemesi ve AİHM kararlarındaki asgari gerekleri dahi karşılamaktan uzak olduğu anlaşılacaktır. Tutuklamaya ilişkin kararlar sadece kanunda belirtilen tutuklama nedenlerinin tekrarından ibaret, basmakalıp bir gerekçeye sahiptir. Birçok karar kanundaki asgari unsurları dahi taşımamaktadır. Kararların tamamı, tamamen soyut bir gerekçeden ibaret olup CMK'nın 101. maddesi emretmesine rağmen, kuvvetli şüphe, tutuklama nedenleri ve adli kontrolün yetersiz kalacağı hususlarında hiçbir somut unsur içermemektedir. Tutuklamanın devamı ve itirazın reddi kararları tamamen şablon ve neredeyse tutuklama hususunda Türkiye'deki her yargı kararındaki gerekçenin tekrarından ibarettir. Cebir ve şiddet unsurunun bulunması ile işlenebilen atılı suçlar açısından kuvvetli suç şüphesini gösteren ve başvurucuya atfedilebilecek hiçbir somut suç deliline yer verilmediği gibi, kaçma şüphesi ve delillerin karartılmasına ilişkin de en küçük somut bulguya yer verilmiştir. Adli kontrolün yetersiz kalacağına ilişkin de hiçbir somut bulguya yer verilmemiştir. Tüm bunlar CMK'nın 101. maddesinin amir hükmüne rağmen, iç hukuka da tamamen aykırı olarak gerçekleşmiştir. Bu nedenle, göstermelik gerekçeden ibaret tutuklamaya ilişkin kararlar tutuklamayı meşru kılma açısından ilgili ve yeterli değildir. Bu nedenle bir taraftan tutukluluk iç hukuka aykırı olarak devam ettirildiği için, Anayasa 19/2 ve AİHS'nin 5/1 hükmünün ihlali oluşmuş, diğer taraftan da tutukluluğun devamını meşru gösterme açısından yargı kararlarındaki gerekçe **İLGİLİ VE YETERLİ** olmadığı için, tutuklulukta makul süre aşılmıştır. Böylece tutuklu olarak makul sürede yargılanma veya serbest bırakılma hakkı (AİHS md. 5/3 ve AY md. 19/7) açıkça ihlal edilmiştir.

bb. Başvurucuyu tutuklayan sulh ceza hâkimlikleri kanunla önceden kurulmuş, bağımsız ve tarafsız mahkeme olmadığı için AİHS'nin 5/1, 5/3 ile

i. Doğal Hâkim İlkesinin İhlali

57. AİHM'ye göre, "Sözleşmeye mündemiç olan hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak, **"mahkeme" her zaman kanunla öngörülmüş olmalıdır**; aksi halde mahkemeler, demokratik toplumda kişilerin davalarını karara bağlamak için gerekli olan meşruiyetten yoksun olurlar" (*Lavents/Letonya*, para. 81). Yukarıda olaylar kısmında belirtildiği gibi, başvuru hâkim/savcı statüsünde olup, hakkındaki soruşturma ve yargılama işlemleri özel hükümlere uygun yapılmak zorundadır. Anayasa, 2802 sayılı yasa ve HSYK Kanunu hükümleri bir bütün olarak dikkate alındığında, hâkim ve savcılar sadece ağır ceza mahkemelerince tutuklanabilir; sulh ceza hâkimliklerinin hâkim ve savcılar hakkında tutuklama kararı verme yetkisi her ne sebeple olursa olsun yoktur. Yukarıda açıklandığı gibi, Anayasanın 159/9 maddesi dikkate alındığında, CMK'nın 161/8 maddesi kesinlikle hâkimlere uygulanamaz. Bu nedenle, CMK'nın 161/8 hükmü bahane gösterilerek bir hâkim ya da savcı sulh ceza hâkimliğince tutuklanamaz. Anayasa ve kanunlar, bir hâkim ya da savcı hakkında tutuklama kararını ağır ceza mahkemelerinin verebileceğini önceden öngörmüş olup, hâkim ve savcı tutuklamaları açısından kanunla önceden kurulmuş mahkeme ağır ceza mahkemeleridir. Oysa başvuru yetkisiz ve görevsiz bir sulh ceza hâkimliğince verilen kararlar evinde arama yapılarak (yasa dışı arama olduğu için özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı ihlal edilmiştir) gözaltına alınmış ve daha sonra da tutuklanmıştır. Başvuru kanunla önceden kurulmuş bir mahkeme tarafından tutuklanmadığı için, tamamen yetkisiz bir yargıç tarafından tutuklandığı için tamamen illegal şekilde tutuklanmış olup, bu durum AİHS'nin 5/1 maddesini ihlal etmiştir. Ayrıca, aşağıda belirtildiği gibi, sulh ceza hâkimlikleri 17-25 Aralık 2013 tarihli yolsuzluk operasyonlarından sonra, toplumun belirli bir kesimi ile mücadele için, özel olarak oluşturulmuş hâkimlikler olup, bu nedenle de doğal hâkim güvencesinden yoksundurlar.

58. Diğer taraftan, gözaltına alınan kişi kısa sürede bağımsız ve tarafsız (Nikolova/Bulgaristan) ve kanunla kurulmuş bir mahkeme önüne çıkarılmak zorundadır; aksi durum Sözleşmenin 5/3 maddesini ihlal eder. Somut olayda başvuru gözaltı süresi dolmadan kanunla önceden kurulmuş bir mahkeme önüne çıkarılmadığı için de AİHS'nin 5/3 maddesi de ihlal edilmiştir. AİHM'ye göre, tutuklamaya ilişkin kararlara da ancak kanunla kurulmuş bir mahkeme karar verebilir (*Lavents / Letonya*).

ii. Bağımsız ve tarafsız mahkeme ilkesinin ihlali

59. Doğal hâkim güvencesinden yoksun bir mahkemenin bağımsız ve tarafsız olmadığından şüphelenmek için yeterli kuşku zaten vardır. Bu nedenle başvuru bu konuda kuşkuya düşmeleri için fazlasıyla somut bulgu vardır. Oysa tutuklama, tutuklamanın devamı, tahliye talebinin reddi ve itiraz konusunda karar verecek mahkeme, aynı zamanda bağımsız ve tarafsız olmak zorundadır (*Assenov ve Diğerleri/Bulgaristan*, para. 146-150 – *Nikolova/Bulgaristan*, para. 51 ve 52). Bu durum itiraz mercii olan diğer sulh ceza hâkimlikleri için de geçerlidir (*D.N./İsviçre*).

60. Bilindiği gibi, sulh ceza hâkimlikleri 17-25 Aralık 2013 tarihli yolsuzluk soruşturmaları sonrası kurulmuş ve kurulma aşamasında birçok yürütme mensubu bu hâkimliklerin belirli bir amaçla proje olarak kurulduğunu açıklamıştır. Hatta o tarihte Başbakan olan Cumhurbaşkanı Sayın Erdoğan, 20 Temmuz 2014 tarihinde gazetecilere verdiği bir beyanda, Paralel Yapı ismi verilen yapıyla mücadele için sulh ceza hâkimliklerinin oluşturulduğunu ve 21 Temmuz 2014 tarihinden itibaren göreve

başlayacakları ifade etmiştir. Buna benzer olan ve doğrudan yürütme organı mensupları tarafından söylenen onlarca beyan bulunmakta olup (Bu konuda özellikle bakınız. AYM'nin 8 Nisan 2015 tarihli *Kopar ve diğerleri* kararı, Karşıoy gerekçeleri), aslında bu beyan dahi bağımsızlık ve tarafsızlık ilkesi açısından kuşku duymak için yeterlidir. Bir mahkeme mücadele için değil, adalet dağıtmak, adil yargılama yapmak için kurulur ve görev yapar; toplumun belirli bir kesimi ile mücadele için kurulan mahkemelerin (özellikle söz konusu toplum kesimine mensup olduğu iddiasıyla yargılananlar açısından) bağımsız ve tarafsız olduğunu düşünmek imkânsızdır.

61. Türkiye’de yargı alanında son iki yılda yaşananları değerlendiren ve Venedik Komisyonu eski üyesi Prof. Dr. Ergun Özbudun, İstanbul Taksim Elit World Hotel’de Özgürlük Araştırma Derneği tarafından 15.10.2015 tarihinde organize edilen **Hukuk Devleti Konferansı**’nda şu açıklamaları yapmıştır: “*Son yıllarda demokrasimizin en büyük yara aldığı alan yargı, yargı bağımsızlığı ve hukuk devletidir. ... Yargı alanındaki gerilemeyi, bozulmayı esas tetikleyen olay da 17-25 Aralık soruşturması olmuştur. Bunu örtbas etmek amacıyla çıkarılan bir dizi kanun, netice itibarıyla yargı bağımsızlığını sıfırlamıştır. İlk hamle olarak da adli kolluk kanunlarının değiştirilmesidir. Sonra malum HSYK kanunu ve yaraların en büyüğünü açtığına kani olduğum sulh ceza hâkimlerini kuran kanun. ... Nihayet iki yüksek mahkemenin yapılarını iktidar lehine değiştirme amacını güden kanun ve düzenleme tamamen bu mahkemeleri kendi yandaşlarıyla doldurma amacını gütmüştür. Öyle görünüyor ki bunu da başarmıştır. Bunlarla birlikte, yargı organının zaptı ya da bağımlı bir yargı organı yaratılması teşebbüsünün büyük bir ölçüde başarıya ulaştığı söylenebilir. HSYK seçimlerinde bu görülmüştür. Hükümetin lojistik destek verdiği grup, (13 Ekim 2013 tarihli HSYK) seçim sürecinde amacını yasama ve yürütme ile uyumlu çalışma olarak açıkça itiraf etmiştir. Benim bildiğim yargının görevi yasama ve yürütme ile uyumlu çalışmak değil, onları denetlemektir. Böylece, kısmi bir Anayasa Mahkemesi dışında yargıyı zapt etme süreci tamamlanmış gibi görülüyor”.*

62. Başvurucuyu tutuklayan sulh ceza hâkimliği, tutuklama kararında, yürütme organı içerisindeki kamu görevlileri tarafından daha önceden hazırlandığı anlaşılan rapor veya benzeri metinlere bağlayıcı değer vererek, onlara dayanarak (Bu raporlar, başvuru hakkında Anayasanın 159/9 maddesine uygun bir soruşturma başlatılmadan illegal şekilde hazırlanmış yasa dışı delil niteliğindedir.) tutuklama kararı vermiştir. Yürütme içerisindeki kamu görevlileri mutlak hiyerarşiye bağlı memurlar olup, amirlerinin talimatları dışında hiçbir karar alamazlar; mutlak hiyerarşiye bağlı memurların bağımsız ve tarafsız rapor veya benzeri metinler hazırlamaları imkânsızdır. İradeleri amirlerinin veya son tahlilde yürütme organının talimatlarına bağlı memurların raporlarına bağlayıcı değer vererek karar veren hâkim de bağımsızlığını ve tarafsızlığını kaybetmiştir (*Beaumarin/Fransa*). Bu nedenle de başvurucuyu tutuklayan sulh ceza hâkimi bağımsız ve tarafsız değildir.

63. Ayrıca sulh ceza hâkimliklerine atanan hâkimler, bu hâkimliklerin kurulduğu 27 Haziran 2014 tarihinden bu yana, görev sürelerini doldurmadan görevden alınmışlardır. Ankara’da 9 ay geçmeden toplam 8 sulh ceza hâkiminden 7’si verdikleri bazı tahliye kararları ya da serbest bırakma kararları sonrası kısa sürede görevlerinden alınmıştır. Benzer uygulamalar İzmir ve İstanbul başta olmak üzere diğer birçok ilde de yaşanmıştır. Bu konuda HSYK’dan gerekli bilgilerin alınabileceği ve kamuya açık kaynaklardan (internetten) elde edilebileceği hatırlatıldıktan sonra belirtmek gerekir ki, bir mahkemenin bağımsızlığının göstergelerinden biri de üyelerinin atandıktan sonra, görev süresi dolmadan veya üst bir mahkeme üyeliğine seçilme durumu olmadan görevlerinden

alınamamasıdır. Ankara gibi bir ilde görev yapan birinci sınıf hâkimler en az 7 yıl için bu ile atanırlar. 8 sulh ceza hâkimliğinden yedisinin üyeliklerinin birkaç ay dolmadan ve en fazla 9 ay geçmeden değiştirildiği ve bu uygulamanın diğer illerde de yaşandığı dikkate alındığında, sulh ceza hâkimleri atandıkları hâkimlikte görev sürelerini doldurmadan, HSYK'nın istediği an görevden alınabilen hâkimler olup bu nedenle de bağımsız hâkimlikler değildir. Kaldı ki, genel olarak 15 Temmuz 2016 tarihli darbe girişimi sonrası, 4000'e yakın ilk ve/veya ikinci derece yargı mensubu (doğrudan HSYK'nın kontrolünde olanlar), haklarında hiçbir soruşturma açılmadan, adil bir disiplin yargılama süreci işletilmeden, Anayasanın 15, 121, 129/2-3 ile 139. maddelerine tamamen aykırı olarak, HSYK'nın bir OHAL KHK'sına dayanarak aldığı tek taraflı keyfi bir kararla hâkimlik ve savcılık mesleğinden atılmışlardır. Herhalde bir OHAL KHK'sı Anayasanın 129 ile 139. maddelerinin üzerinde değildir. Hatta Anayasaya göre, kendisi de hâkimlik teminatına göre işlev gören HSYK da beş üyesini hiçbir disiplin ya da yargısal süreç işletmeden birkaç saat içerisinde üyelikten atmış ve kendisi de bağımsızlığını kaybetmiştir. Dolayısıyla, Türkiye'de HSYK'nın denetim ve gözetimi altında faaliyet gösteren ilk ve ikinci derece yargı organları sadece bu gerekçe ile bağımsızlıklarını kaybetmiştir.

64. Tüm bu belirtilenler ve yukarıda olaylar kısmında ifade edilen somut olgular birlikte değerlendirildiğinde, başvurucuyu tutuklayan ve itirazını reddeden sulh ceza hâkimlikleri bağımsız ve tarafsız olmadığı veya en azından yargılanan kişilerin gözünde “bağımsız ve tarafsız görünmelerinin imkânsız olduğu” açıktır. AİHM bir mahkemenin bağımsız olup olmaması hususunda, somut bazı olgulara dayanılması kaydıyla, sanığın algılarının da önemli olduğunu açıkça ifade etmiştir. Somut olayda, son derece fazla somut bulgunun olduğunda kuşku yoktur. AİHM'nin birçok kararında belirtildiği gibi, bir mahkeme, bağımsızlık ve tarafsızlık hususlarında özellikle sanıklara karşı güven vermek zorundadır.

65. Tüm bu belirtilenler ve olaylar kısmında yer verilenler birlikte değerlendirildiğinde tutuklama ve tutukluluğun devamına karar veren ve itirazı inceleyen sulh ceza hâkimlikleri bağımsızlık ve tarafsızlık güvencelerinden yoksundur. Oysa tutukluluk hususundaki kararlara ancak bağımsız ve tarafsız bir yargı organı karar verebilir (*Assenov ve Diğerleri/Bulgaristan*, par. 146-150 – *Nikolova/Bulgaristan*, par. 51 ve 52, *D.N./İsviçre*). Başvurucu gözaltı sonrası bağımsız ve tarafsız olmayan bir organ önüne çıkarıldığı için de Sözleşmenin 5/3 maddesi ihlal edilmiştir.

c. Tutuklamanın hukuka uygunluğunu denetleyecek etkili başvuru yolunun bulunmaması nedeniyle ihlal (AİHS md. 5/4 ve AY md. 19/8)

aa. İtirazın reddi kararlarının gerekçeleri yeterli ve ilgili olmadığı gibi, başvurucunun açıkça ileri sürdüğü ve tutuklama kararındaki gerekçeyi çürüten talepler incelenmeden ret kararı verildiği için, Sözleşmenin 5/4 ve AİHS'nin 19/8 maddeleri ihlal edilmiştir.

66. Tutukluluk incelemesi ve itiraz üzerine verilen kararlarda, mahkeme kararları gerekçeli olmak zorundadır; bu Anayasanın da amir hükmünün bir gereğidir. Anayasaya göre, “***bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır***” (AY mad. 141/3). Tutuklamaya ilişkin kararlar veren hâkimler bir taraftan AİHS ve onu açıklayan ve yorumlayan AİHM kararları ile bağlı iken, diğer taraftan da iç hukukla ve dolayısıyla Anayasa hükümleriyle de bağlıdırlar; emredici nitelikteki tüm bu hükümlere uygun karar vermek zorundadırlar. İlk tutukluluk incelemesindeki kararda, şüphelinin üzerine atılı suç, bu suçun şüpheli tarafından işlendiğini gösteren bağlantı ve somut deliller ve bilgiler ile bunların kuvvetli suç şüphesi yoğunluğuna ulaştığı gösterilmeli ve en az bir

tutuklama nedenine dayanılmalıdır. Tutuklama nedeni (kaçma şüphesi ya da delilleri karartma tehlikesi) somut bulgularla gerekçelendirilmelidir. Ayrıca, adli kontrole başvurunun neden yeterli olmayacağı, somut bulgulara dayalı olarak gerekçede belirtilmelidir. Bütün bunlar objektif bir gözlemciyi ikna etmeye yeterli olmalı ve gerekçede kullanılan dil, masumiyet karinesini ihlal eder nitelikte olmamalıdır. Yukarıda AİHS'nin 5/3 ile Anayasanın 19/7 maddelerinin ihlali konusunda belirtildiği gibi, tutuklamaya ilişkin kararlarda olduğu gibi, itirazın reddi kararları da AİHM'nin aradığı ölçütlere uygun olmayıp, bu nedenle ilk olarak Sözleşmenin 5/4 ile AY madde 19/8 ihlal edilmiştir.

67. Tahliye talebi ve itiraz incelemelerine gelince, bu türden yargılamalarda, şüpheli ya da avukatının ileri sürdüğü ve tutuklama veya devamı kararındaki gerekçede yer verilen nedenleri çürüten ya da şüpheye düşüren iddialara ve taleplere karar gerekçesinde yer verilerek, gerekçe oluşturulmak zorunludur. Örneğin, kaçma şüphesine dayanılmış ise, bu gerekçeyi çürüten veya şüpheli hale getiren şüpheli iddialarına, talebi inceleyen mahkeme ikna edici bir şekilde cevap vermek zorundadır. Bu konudaki mahkeme kararlarının gerekçesinde, özellikle başvuru ileri sürdüğü (ve tutukluluk kararında belirtilen gerekçeleri tartışmalı hale getiren ya da çürüten) ve tutukluluğun devamının yasa dışı olduğunu gösteren taleplere ikna edici cevaplar verilmelidir. AİHM, *kaçma şüphesi ve soruşturmaya engel olma riskine ilişkin başvurunun özel olarak ileri sürdüğü karşı argüman ve uygun gerekçelere* hiçbir açıklama getirilmeden talebi reddeden (ulusal) mahkemenin, Sözleşmenin 5/4 hükmünün gereklerine aykırı hareket ettiğini belirtmiş ve bu hükmün somut olayda ihlal edildiğine karar vermiştir (*Tymoshenko/Ukrayna*, 30/04/2013, No. 49872/11, para. 276-282). Kısaca, AİHM kararlarına göre, tahliye talepleri ile itiraz dilekçelerinde ileri sürülen ve tutuklama kararındaki nedenleri tartışılır hale getiren ya da çürüten sanığın karşı talep ya da iddialarına, talebi inceleyen mahkeme ikna edici şekilde cevap vermek zorundadır.

68. Somut olayda, başvuru ileri sürdüğü ve tutuklama kararındaki gerekçeleri çürüten, onları şüpheli hale düşüren ve tutukluluğun yasa dışı olduğunu gösteren argümanlar incelenmeden, bu argümanlara cevap verilmeden itiraz talebi reddedilmiştir. Başvurucunun açıkça ileri sürdüğü ve tutuklamanın yasa dışı olduğunu gösteren, tutuklama kararının gerekçesini çürüten argümanlar incelenmeden, onlara açıklama getirilmeden itiraz reddedildiği için AİHS'nin 5/4 ve Anayasanın 19/8 maddeleri somut olayda ihlal edilmiştir.

bb. Kanunla önceden kurulmuş, bağımsız ve tarafsız mahkeme ilkesinin ihlali nedeniyle Sözleşmenin 5/4 ve AİHS'nin 19/8 maddeleri ihlal edilmiştir.

69. AİHS'nin 5. maddesinde birçok kez “mahkeme” ya da “hâkim” terimine yer verilmiş olmasına rağmen, bu madde anlamında “mahkemenin” nasıl anlaşılacağı AİHM kararlarında açıklanmıştır. AİHM'ye göre, 5. madde anlamındaki “mahkeme” kavramı, 6. madde anlamındaki “mahkeme” kavramının bütün unsurlarını taşımak zorunda değildir (*Reinprecht/Avusturya*, 2005). Ancak Mahkeme'ye göre, 5. madde anlamındaki “hâkim” veya “mahkemenin” de en azından temel bazı yargısal güvence, nitelik veya özelliklere sahip olması gerekir (*Megyeri/Almanya*, 12.05.1992 - *Brannigan ve McBride/İngiltere*, 26.05.1993). Aksi halde, söz konusu organ, AİHS'nin 5. maddesi anlamında “mahkeme” olarak nitelendirilemez. Sözleşmenin 5. maddesi anlamında “mahkeme” veya “hâkim”de bulunması gereken özellikler, AİHM'ye göre özellikle “kanunla kurulmuş mahkeme ilkesi” (doğal hâkim güvencesi) (*Lavents/Letonya*, 28.11.2002, no. 58442/00, par. 81-82), “bağımsızlık ve tarafsızlık” (*D.N./İsviçre* (Büyük

Daire Kararı), 29.03.2001, no. 27154/95, par. 42; *Lavents/Letonya*, par. 81), “çekişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkeleri”ne (*Nikolova/Bulgaristan* (Büyük Daire Kararı), 25.03.1999, no. 31195/96, par. 58) uygun yargılama yaparak, özgürlükten yoksun bırakma hukuka aykırı ise, “kişiyi serbest bırakma yetkisiyle donatılmış olma” (*Chahal/İngiltere*, par. 130 - *Assenov ve Diğerleri/Bulgaristan*, 28.10.1998, no. 24760/94, par. 148 - *Medvedyev ve Diğerleri/Fransa* (BD), par. 124), “gerekçeli karar hakkı” (*Tymoshenko/Ukrayna*, par. 276-282) ve “söz konusu başvuru yolunun [hukuken ve uygulamada] kişiye serbest kalma anlamında başarı şansı sunması” (basmakalıp gerekçe sorunu) (*Koştı ve Diğerleri/Türkiye*, 03.05.2007, no. 74321/01, par. 30 - *Mehmet Özcan ve Diğerleri/Türkiye*, 26/10/2010, no. 4018/07 vd., par. 34) gibi niteliklerdir. Sözleşmenin 5/1c hükmü çerçevesinde özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin durumu, makul aralıklarla duruşmalı olarak incelenmelidir (*Lamy/Belçika*, 30.03.1989, par. 29 - *Schöps/Almanya*, 13.02.2001, par. 44). AİHS’nin 5. maddesi anlamında bir mahkemede bulunması gereken nitelikler ve yetkileri konusunda ayrıca bakınız. *Medvedyev ve Diğerleri/Fransa* (Büyük Daire Kararı), 29.03.2010, No. 3394/03, par. 121 ve devamı.).

70. 27 Haziran 2014 tarihinde yürürlüğe giren kanunla kurulan sulh ceza hâkimlikleri sistemi ile, bir sulh ceza hâkiminin verdiği tutuklama kararına başka bir sulh ceza hâkimi önünde itiraz edilebilir ve tahliye talebi de yine nöbetçi sulh ceza hâkimliğine yapılabilir. Anlaşılacağı gibi, tutuklama kararına yapılan itirazı veya tahliye talebini inceleyecek organ, kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme olmak zorundadır. Yukarıda tutuklama kararı veren sulh ceza hâkiminin bu güvencelerden yoksun olduğuna dair yapılan açıklamalar ile tutuklama kararı verme konusunda iç hukuka göre yetkisiz olduğu gerekçesine ilişkin yapılan açıklamalar, itiraz mercii olan sulh ceza hâkimlikleri için de geçerlidir. Başvurucu hâkim ve savcı statüsünde bir kamu görevlisi olduğu için, hakkında açılan ceza soruşturmalarında, sadece bir ağır ceza mahkemesi tarafından tutuklanabileceği gibi, itirazı da sadece bir diğer ağır ceza mahkemesince incelenip karara bağlanabilir. Sulh ceza hâkimliklerinin, başvuru açısından tahliye talebi ve itiraz talebinin incelenmesi açısından da hiçbir yetkisi yoktur. (NOT: MÜMKÜNSE BU BAŞVURUYU YAPMADAN ÖNCE SON BİR KEZ TAHLİYE TALEBİNDE BULUNUNUZ VE RET KARARINA İTİRAZ EDİNİZ; BU İTİRAZ DİLEKÇESİNDE HÂKİM VE SAVCILARI SADECE AĞIR CEZA MAHKEMELERİNİN TUTUKLAYABİLECEĞİNİ VE İTİRAZIN DA BİR SONRAKİ AĞIR CEZA MAHKEMESİNCE İNCELENEBİLECEĞİNİ BELİRTEREK İTİRAZ DİLEKÇESİ HAZIRLAYINIZ. BU DİLEKÇEYİ SUNDUĞUNUZ SULH CEZA HÂKİMLİĞİNDEN YETKİSİZLİK KARARI VERİP İTİRAZ DİLEKÇESİNİ YETKİLİ AĞIR CEZA MAHKEMESİNE GÖNDERMESİNİ TALEP EDİNİZ. BU TALEBİ AYM BAŞVURUSUNU YAPTIKTAN SONRA DA YAPABİLİRSİNİZ, SULH CEZA HÂKİMLİĞİNİN BU TALEBİNİZİ REDDETMEŞİ HALİNDE KARARIN BİR ÖRNEĞİNİ AYM DOSYANIZA EKLETİNİZ). Yukarıda belirtildiği gibi, Anayasanın 159/9 hükmü dikkate alındığında, CMK’nın 161/8 hükmünün somut olayda hâkim ve savcılara uygulanması imkânsızdır. Dolayısıyla, itirazı inceleyen sulh ceza hâkimliği, başvuru açısından kanunla önceden kurulmuş, bağımsız ve tarafsızlık güvencelerinden yoksundur. Yukarıda bağımsızlık ve tarafsızlık açısından belirtilen gerekçeler itiraz mercii olan sulh ceza hâkimlikleri için de geçerlidir. Tüm bu nedenlerle, itiraz talebi kanunla önceden kurulmuş (*Lavents/Letonya*), bağımsız ve tarafsız (*D.N./İsviçre*) bir mahkeme tarafından incelenmediği için, somut olayda AİHS’nin 5/4 ve Anayasanın 19/8 maddeleri ihlal edilmiştir.

cc. Başvurucu kendi seçtiği bir avukat yardımından yararlandırılmadığı ve dosyaya erişimi engellendiği için AİHS’nin 5/4 maddesi ihlal edilmiştir.

71. AİHS'nin 5/4 maddesi anlamındaki iç hukuk yolunun etkin olarak değerlendirilebilmesi için, itiraz yoluna başvuran kişinin hâkim tarafından gerektiği gibi dinlenilmesi gerekir (*Knebl/Çek Cumhuriyeti*) ve şüpheli ya da sanık bu inceleme açısından kendi seçtiği bir avukat yardımından da yararlanma hakkına sahiptir (*Kampanis/Yunanistan*). Bu hak gözaltına alınmanın ilk anlarından itibaren başlar (*Dayanan/Türkiye*). Avukat yardımından yararlanma hakkı, çekişmeli yargılama ilkesinin de bir gereği olup, itiraz incelemesi ayrıca çekişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerinin gereklerini de karşılar şekilde olmalıdır. Bu açıdan, tutuklamaya dayanak yapılan ana önemdeki deliller tutuklu kişiye ya da en azından vekiline verilerek, kendisine makul süre ve imkân tanınarak, bu konudaki görüşlerinin alınması gerekir (*Svipsta/Letonya*).

72. 15 Temmuz 2016 tarihli menfur darbe girişiminden sonra darbeye hiçbir ilişkisi olmayan binlerce kişi gözaltına alınmış olup, başvuru da bunlardan biridir. Bu süreçte gözaltına alınan kişilere kendi belirleyecekleri avukatı seçme hakkından yararlandırma konusunda çıkarılan zorluklar herkes tarafından bilinmektedir. Aynı tarihlerde onlarca avukat hakkında da gözaltına alma kararı verilerek, 200'den fazla avukat tutuklanmış, birçoğu hakkında da gözaltı kararı bulunduğu için mesleklerini icra etmeleri imkânsız hale getirilmiştir; diğer tüm avukatlara da böylece gözdağı verilmiştir. Kısaca başvuru gözaltının ilk anlarından itibaren bir avukat yardımından yararlanma hakkına sahipken (*Dayanan/Türkiye, Salduz/Türkiye*), bu hakkından yararlandırılmadığı gibi, itiraz aşamasında da kendi seçeceği avukat yardımından yararlandırılmadan itiraz etmek zorunda bırakılmıştır. Bu nedenle AİHS'nin 5/4 ile Anayasanın 19/8 maddeleri ihlal edilmiştir.

73. Ayrıca dosyaya erişim hakkı yasaklanmış ve suçlamalara ve tutuklama nedenlerine ilişkin temel değerdeki bilgi ve deliller kendisine gösterilmeden, bu hususlarda kendisine görüş sunma imkânı tanınmadan itiraz etmek zorunda bırakılmıştır. Oysa AİHM'ye göre, etkin bir iç başvuru yolunun olmazsa olmaz özelliklerinden biri de tutuklamaya dayanak yapılan temel değerdeki delillerin şüpheliye gösterilip kendisine bu delillere dayalı olarak savunma yapma hakkının tanınmasıdır. Türkiye'de özellikle sulh ceza hakimliklerinin kurulmasından sonra, CMK'nın 153. Maddesinde istisnai olarak düzenlenen dosyaya kısıtlama kararı uygulanması, kural haline gelmiş ve neredeyse kamuyu uzaktan yakından ilgilendiren her türlü soruşturmada hemen kısıtlama kararları verilmiştir; kural istisna haline geldiği için bu sorun Türk Hukukunda sistematik bir sorun olup somut olayda da bu yola başvurulmuştur. Bu yola başvurmanın bir nedeni de tutuklama esnasında toplanmış delil olmadığı için, dosyanın boş olduğunu göstermemek için bu yola başvurulmaktadır. Somut olayda da bu gerekçeyle dosyaya kısıtlama kararı verilmiştir (Bu konu yukarıda açıklanmıştır; Anayasanın 159/9 hükmüne uygun soruşturma açılmadan hâkim ve savcılar hakkında delil toplanma girişimine başvurulamaz; başvuru dâhil tutuklanan hâkim ve savcılar hakkındaki soruşturma izni, gözaltına alındıkları andan sonra verilmiştir. Diğer bir ifade ile haklarında hukuka uygun olarak toplanmış hiçbir delil yoktur.). Dosyaya kısıtlama kararı verilmesi ve ana nitelikteki delillerin kendisine gösterilmemesi nedeniyle de AİHS'nin 5/4 ve Anayasanın 19/8 maddeleri ihlal edilmiştir.

74. **Bilindiği gibi başvuru OHAL ilan edilmeden gözaltına alınmış ve tutuklanmıştır.** Kaldı ki, avukata erişim, kendi seçeceği avukat yardımından yararlanma ile dosyaya kısıtlama kararı verilmesinin OHAL ile hiçbir ilgisi bulunmamaktadır. Bu tedbirler, daha sonraki yargılamaların adil olup olmamasını da etkileyeceği için OHAL durumunda dahi AİHM'nin Büyük Daire kararı olan *Salduz/Türkiye* kararının gereklerine

aykırı tedbir alınmaz. *Habeas corpus* güvenceleri, OHAL durumunda dahi saygı gösterilmesi gereken çok temel güvencelerdir.

2. ADİL YARGILANMA HAKKININ İHLALİ (AİHS mad. 6/3c)

75. AİHM kararlarına göre, bir suç soruşturması çerçevesinde gözaltına alınan her şüpheli, gözaltının ilk anlarından itibaren kendi belirleyeceği bir avukat yardımından yararlanma hakkına sahiptir (*Dayanan/Türkiye, Salduz/Türkiye*). Başvurucu bu en temel sanık hakkından yararlandırılmadan, kimseyle görüşülmeden gözaltında bekletilmiş ve ifadesi alınmıştır.

76. Her ne kadar adil yargılanma hakkı ihlallerinin ileri sürülebilmesi için öncelikle yargılamanın sona ermiş olması gerekse de, başvuruya konu hak ihlalinin niteliği dikkate alındığında, ihlal doğmuş ve yaşanmıştır. Bu ihlal son derece açık şekilde yaşandığı için, bu ihlali ileri sürmek için yıllarca sürececek yargılamanın tamamlanmasını beklemeye gerek yoktur; kaldı ki, yargılamanın sona ermesi ile ihlalin giderilmesi de mümkün değildir. Derhal soruşturmaya son verip, başvurucu hakkındaki tüm soruşturma işlemleri ve tutuklama sona erdirilmediği sürece, bu ihlalin giderilmesi mümkün değildir. Bu nedenle, AİHS'nin 6/3c maddesini açıkça ihlal etmiş olan hak ihlalinin incelenerek karara bağlanması gerekir.

77. En temel sanık haklarından olduğu herkesçe ve özellikle soruşturma organlarınca bilinmesine rağmen, AİHS'nin 6/3c maddesinin açık hükmüne tamamen aykırı olarak, başvurusunun kendi belirlediği avukat yardımından gözaltının ilk anlarından itibaren yararlandırılmaması, kendisinin adil yargılanma hakkını açıkça ihlal etmiştir.

3. ÖZEL HAYATA VE AİLE HAYATINA SAYGI HAKKININ İHLALİ

78. Özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı AİHS'nin 8 ile Anayasanın 20. maddesinde koruma altına alınmıştır. Bu hakka yönelik bir müdahale varsa, bu müdahale kanunla öngörülmüş olmalı, AİHS'nin 8/2 maddesinde sınırlı olarak belirtilen meşru amaçlardan en az birini gerçekleştirme amacı gütmeli ve müdahale demokratik toplumda çok temel bir sosyal ihtiyaca cevap vermeli, ölçülü olmalıdır. Bu kurallara aykırı bir uygulama AİHS'nin 8 ile Anayasanın 20. maddesi ihlal eder.

79. Başvurucu Anayasanın 159/9 hükmüne uygun bir soruşturma başlatılmadan, yetkisiz bir hakimlik tarafından hakkında arama kararı verilmiş, evinde arama yapılmış, eşinin özel eşyaları dahi aranmış, çocuğunun odası aranmış ve ona ait elektronik materyallere el konulmuştur (**NOT: BU KISMI SOMUT OLAYDA YAŞANANLARA GÖRE YENİDEN YAZINIZ**). Söz konusu aramaya tamamen yetkisiz bir sulh ceza hâkimliğince karar verilmiştir. Tüm bu nedenlerle, başvurusunun ve aile fertlerinin özel hayata ve aile hayatlarına saygı hakkı, Anayasa ve kanunlara açıkça aykırı uygulamalar nedeniyle ihlal edilmiştir.

80. Başvurucuya tutuklama incelemesinde sorulan sorulardan anlaşıldığına göre, Anayasanın 159/9 hükmüne uygun soruşturma başlatılmadan çok önce, başvurusunun özel hayatı ve aile hayatı, çevresi, iletişim bilgileri, telefonu, elektronik eşyaları ve benzeri birçok husus illegal şekilde incelenip kayıt altına alınmıştır. Suç olmasına rağmen fişleme yapılmış ve böylece özel hayata ve aile hayatına müdahale oluşturan birçok işleme yasa dışı şekilde başvurulmuştur. Bunlar yapılmadan, darbe teşebbüsünün üzerinden birkaç saat geçmeden, bir tatil günü (Cumartesi), henüz Anayasanın 159/9 hükmüne uygun bir soruşturma başlatılmadan arama ve gözaltı kararı

verilmesi imkânsız olduğu için, çok önceden özel hayata ve aile hayatına müdahale oluşturan yasa dışı işlemler yapıldığı açıktır. Yukarıda belirtildiği gibi, HSYK Başkanvekili Mehmet Yılmaz, birçok beyanına zaten bu durumu, 2014 yılından bu yana araştırmalar yaptıklarını belirterek, itiraf etmiştir. Başvurucunun da aralarında bulunduğu binlerce hâkim ve savcı hakkında, Anayasanın 159/9 maddesinin şartlarına uygun bir soruşturma başlatılmadan, tamamen illegal şekilde ve suç işlenerek, fişleme ve özel hayata ve aile hayatına aykırı birçok inceleme ve soruşturma işlemine girildiği açıktır. Anayasanın 159/9 hükmü dikkate alındığında, bu işlemlerin Türk Hukukunda hiçbir yasal dayanağı yoktur. Hâkim ve savcılar hakkında Anayasaya uygun bir inceleme veya soruşturma izni verilmeden özel hayata müdahale oluşturan araştırma, inceleme ve soruşturma işlemleri yapılamaz. 16 Temmuz 2016 günü ayrıca haklarında gözaltı kararı bulunan 2745 hâkim ve savcı açığa alınmıştır. Açığa alma kararı verebilmek için, öncelikle hâkim ve savcılar hakkında yine Anayasanın 159/9 hükmüne uygun olarak yasal bir inceleme başlatılmış olması ve bu çerçevede müfettiş görevlendirilip, ilgili hâkim ve savcılarının savunmalarının alınmış olması gerekir. Bahse konu kurallara uyulmadan, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkına saldırı oluşturan yasa dışı işlemler nedeniyle başvurucunun özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı açıkça ihlal edilmiştir.

81. CMK'ya göre de, bir kişi hakkında soruşturma açılmadan iletişimin tespiti tedbirine başvurulamaz; mutlak soruşturmaya bağlı olan iletişimin tespitine dair telefon kayıtlarının elde edilmesi ve incelenmesi, HTS kayıtlarının elde edilip incelenmesi, banka bilgilerinin elde edilmesi, hukuka uygun bir şekilde bir soruşturma açılmadan imkânsızdır. Üstelik sinyal bilgilerinin elde edilip değerlendirilmesi, gecikmesinde sakınca bulunan herhangi bir durum oluşturmadığı için, Anayasanın 159/9 hükmüne uygun bir soruşturma başlatılmadan asla bu tedbirlere başvurulamaz. CMK'nın 135/1 hükmüne göre, iletişimin tespitine ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ancak kuvvetli suç şüphesini gösteren somut bulguların varlığı halinde başvurulabileceğine göre, hukuka uygun bir soruşturma açılmadan ve atılı suçlara ilişkin kuvvetli suç şüphesini gösteren somut bulgular gösterilmeden (ki yoktur), iletişimin tespiti gibi mutlak soruşturmaya bağlı bir delil toplama işlemine girilemez. Eğer bu türden işlemlere de girildi ise (dosyaya erişim başvurucuya yasaklandığı için bu aşamada herhangi bir bilgiye sahip değiliz), bu nedenle de başvurucunun özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı ihlal edilmiştir. Bu işlemlere dayalı olarak başvuru hakkında ceza soruşturması başlatılmış ve meslekten ihraç kararı verilmiş olduğu için, her iki karar da kaldırılmadıkça bu ihlal giderilemez. Mesleğe dönmesine karar verilse dahi ceza soruşturması derhal sonlandırılmadıkça bu ihlal giderilemez; zira bu şekilde elde edilen bilgiler ceza soruşturmasına dayanak yapılmıştır. Ceza soruşturmasına derhal son verip bu ihlalin giderilmesini sağlayacak hiçbir etkili başvuru mercii bulunmadığı ve soruşturma sürdüğü için 30 günlük başvuru süresi işlemeye dahi başlamamıştır.

82. İletişimin tespitine izin veren CMK'nın 135. maddesi, soruşturma organlarına suç tarihiyle tamamen ilgisiz bir şekilde, kişinin geçmişe dönük on yıla yakın bir süre HTS kayıtlarının istenmesine izin verdiği, banka bilgilerinin toplandığı ve özellikle bu konularda süre açısından herhangi bir limit öngörmediği için (örneğin suç tarihinden geriye dönük beş yıllık gibi), CMK'nın 135. maddesi erişilebilir olsa da uygulaması keyfiliğe açık olup, öngörülebilir değildir. Başvurucuya ilişkin HTS kayıtları suç tarihiyle ilgisiz bir şekilde talep edilir ve bu karar uygulanırsa, AİHS'nin 8. maddesi anlamında bir yasada bulunması gereken niteliklerden yoksun olan CMK'nın 135. maddesi bu talebe dayanak yapılacağı ve özel hayata yapılan söz konusu müdahale yasal dayanaktan yoksun olacağı için, bu açıdan da özel hayata saygı hakkı ihlal edilmiş olur.

83. Ayrıca, suç ve cezaların şahsiliği prensibi dikkate alındığında, başvuruçunun yakınlarına ilişkin yapılan araştırmalar varsa (ki önceki soruşturmalarda bu türden araştırmalar medyaya yansımıştır), yakınlarının hangi okula gittiği, nerede çalıştığı, kimlerle görüştüğü veya yakın ilişki kurduğu gibi bilgilerin araştırılmasına CMK'nın hiçbir hükmü izin vermemektedir. Bu türden araştırmalar da başvuruçunun aile fertleri ve yakınlarıyla ilgili olacağı için, aile hayatına yönelik yasa dışı bu müdahale nedeniyle de başvuruçunun aile hayatına saygı hakkı ihlal edilmiştir.

84. Somut olayda başvuruçunun hakkında Anayasanın 159/9 hükmüne uygun bir soruşturma başlatılmadan özel hayatı ve aile hayatı kapsamındaki birçok bilgiyi ve belgeyi toplama, elde etme ve bunları kullanma, Anayasaya ve yasalara rağmen yapıldığı için ilgaldır. Bu işlemler bir taraftan Anayasanın 159/9 hükmüne aykırı olarak yapılırken, diğer taraftan da söz konusu işlemlere izin veren yasal hükümler erişilebilir olsa da uygulamaları kesinlikle öngörülebilir değildir. Müdahaleye dayanak yapılan yasal hükümler açık ve belirgin (*clear and precise*) olmalı ve uygulaması öngörülebilir (*foreseeable*) olmalıdır.

85. Sonuç olarak yukarıda belirtilen ve özel hayata ve aile hayatına saygı hakkına müdahale oluşturan uygulamalar yasal dayanaktan yoksun olarak uygulandıkları için başvuruçunun özel hayata ve aile hayatına saygı hakkını birçok açıdan ihlal etmiştir. Söz konusu uygulamalar sonucu elde edilen veriler yasa dışı delil niteliğinde oldukları için, Anayasanın 38/6 maddesi uyarınca, gözaltı ve tutuklama kararı dâhil hiçbir karara dayanak yapılamazlar. Soruşturmaya derhal son verilip tutuklama kararı sonlandırılmadığça ihlal devam eden türden bir ihlal olacaktır. Türk Hukukunda bu türden devam eden ihlali ortadan kaldıracak herhangi bir başvuru yolu mevcut değildir. Belirtilen işlemlere girişmekle oluşan ihlal devam ettiği için, bu ihlal açısından 30 günlük başvuru süresi de işlemeye başlamamıştır.

86. Başvuruçunun tutuklanmasına ve hakkında kamu davası açılmasına illegal elde edildiği açık olan *Bylock* isimli akıllı telefon uygulamasını indirmiş olmak da gerekçe gösterilmiştir. Bu iddianın bir an için doğru olduğu varsayılsa dahi, “*yasa dışı elde edilmiş deliller hiçbir şekilde tutuklamaya dayanak yapılamaz ve hiçbir yargılamada kullanılamaz*”. Aksi durum Anayasanın 38/6 maddesine açıkça aykırı olur ve yasa dışı delillere dayalı tutukluluk ve devamı kararı ile bu türden delillere dayalı açılan davada yasa dışı delillerin kullanılması Anayasayı ihlal eder. *Bylock* uygulamasına dair bilgiler CMK'nın iletişimin tespitine ilişkin hükümlere (hukuka) uygun olarak elde edilmişse, bu durumu hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde gösterme yükümlülüğü soruşturma ve kovuşturma organlarına aittir. Ayrıca yasa dışı elde edilen bilgiler listelenip Emniyete gönderilmekle yasal hale gelmez. İstihbarat örgütleri tarafından bu amaçla elde edilmiş bilgiler de soruşturma ve yargılamada kullanılamaz. Anayasanın 13. maddesine göre, Anayasa tüm normların üzerinde olup, yasama, yürütme ve yargı organlarını bağlar. Ceza yargılamalarında yasa dışı deliller kullanılamaz (CMK m. 217/2). Mahkûmiyete esas alınamayacak yasa dışı deliller, tutuklama gibi bir tedbire ve suçlamalara hiçbir şekilde dayanak yapılamaz. Aksi uygulama Anayasayı takmama, Anayasa koyucuyu ve Anayasayı yok sayma anlamına gelir. Anayasanın 38/6 hükmü dikkate alındığında, *Bylock* isimli uygulamayı kullanma iddiası hiçbir yargılamada (özel hukuk, idare ve disiplin hukuku dâhil) kullanılamaz. Zira Anayasanın belirtilen maddesi sadece ceza hukukunu değil tüm hukuk dallarını kapsamaktadır. Bilindiği gibi CMK'nın 135. maddesine göre, bir kişinin iletişimin tespiti ancak “*suç işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması halinde*”

mahkemece verilecek izne dayalı olarak yapılabilir. Bu şekilde her bir sanık hakkında, önceden verilmiş ve belirtilen şartların varlığını gösteren gerekçeli mahkeme kararı olmadan, Apple Store ve Google Play’da kamuya açık olan *Bylock* isimli haberleşme uygulamasına dair bilgilerin MİT veya başkaca bir devlet kurumu tarafından elde edilip, tutuklamaya ve yargılamaya dayanak yapılması CMK’nın 135. maddesine tamamen aykırı olup, yüzbinlerce kişinin iletişimine dair bu müdahale yasal dayanaktan yoksundur. İletişim araçlarının kullanılmasının haberleşme özgürlüğü ve AİHS’nin 8. maddesi anlamında özel hayata saygı hakkının kapsamında olduğunda kuşku yoktur. CMK’nın 135. maddesine aykırı olarak ve dolayısıyla yasal dayanaktan yoksun şekilde herkese açık bir uygulamaya ilişkin iletişime dair bilgilerin elde edilip kullanılması açıkça özel hayata saygı hakkını (AİHS m. 8) ihlal etmiştir.

NOT: Bylock argümanı, sadece bylock uygulamasını kullanmakla suçlananlar tarafından kullanılabilir. Diğer başvuru bu argümanı başvuru metninden çıkarmalıdır.

87. Belirtilen nedenlerle AİHS’nin 8 ile Anayasanın 20-22 maddeleri birçok açıdan açıkça ihlal edilmiştir.

4. AİHS’YE EK 7 NOLU PROTOKOLÜN 4. MADDESİNİN İHLALİ

88. Başvurucu 667 sayılı KHK’nın 3. maddesi uyarınca, “terör örgütüyle iltisaklı olduğu” gerekçesiyle, bir daha kamu görevinde çalışmayacak şekilde mesleğinden ihraç edilmiş ve sivil ölüme terk edilmiştir. Özel sektörde de iş bulması imkânsız hale getirilmiş, 691 sayılı KHK ile arabuluculuk yapması dahi yasaklanmıştır. Bu karara dayanak yapılan suçlamanın niteliği (terör örgütü üyeliği) ve yaptırımın ağırlığı dikkate alındığında, bu uygulama AİHS’nin 6. maddesi anlamında bir cezadır (*Engel and others v. The Netherlands – Öztürk v. Germany*); idari bir tedbir değildir. Sözleşmenin 6. maddesi anlamında bir ceza, Ek 7 No.lu Protokolün 4. maddesi anlamında da ceza olup (*Gradinger v. Austria*), somut olaya bu son hüküm uygulanır. HSYK kararıyla 667 sayılı KHK’nın 3. maddesi uyarınca hâkimlik mesleğinden çıkarılan bir kişinin açtığı davaya dair 4 Ekim 2016 tarihli Danıştay kararı ve aynı konudaki diğer idari yargı organlarının verdiği kararlar dikkate alındığında, HSYK’nın bu kararı yargı denetimi dışında olup kesindir. Zira söz konusu kararlarda, 667 sayılı KHK’nın 3 veya 4. maddesi ile kamu görevinden çıkarma işleminin “geçici olmayan ve nihai sonuç doğuran olağanüstü bir tedbir niteliğinde” ve “dava konusu işleme karşı yargı yolunun kapalı olduğu”, bu nedenle **HSYK kararının nihai (kesin) olduğu** açıkça hükme bağlanmıştır (Danıştay 5. Dairesi, 4.10.2016 tarih ve 2016/8196E – 2016/4066K ve Ankara 11. İdare Mahkemesi’nin 25.11.2016 tarih ve 2016/5060E – 2016/3998K sayılı kararı). Kısaca, başvuru “terör örgütü üyeliği” ile suçlanmış, tüm aile fertleri dâhil sosyal hiçbir güvencesi olmadan yaşamaya mahkûm edilmiş ve sonuçları sivil ölüm oluşturacak şekilde kesin nitelikli kararlarla cezalandırılmıştır (ilk ceza).

89. 685 sayılı KHK’nın 11. maddesi ile başvurunun meslekten ihracına dair karara karşı Danıştay’da dava açma hakkının getirilmesi, ilk verilen kararın kesin nitelikli olma özelliğini ortadan kaldırmaz. 685 sayılı KHK, başvurulacak mahkeme bulunmadığı ortaya çıktığı için Avrupa Konseyi ile Türkiye Cumhuriyeti arasındaki pazarlıklar sonucu, kişilere bu temel hakkı sunmak amacıyla çıkarılmıştır. 685 sayılı KHK, birden çok yargı organı arasında, hangisinin yetkili olduğunu netleştirmek ve yetki uyuşmazlıklarını ortadan kaldırıp hangi mahkemede dava açılacağını belirlemek için çıkarılmamıştır. 685 sayılı KHK’nın 11. maddesi, olmayan dava açma hakkını tanımak için kabul edilmiştir. Dolayısıyla, HSYK’nın verdiği kamu görevinden çıkarma kararı kesin nitelikli olup, bu işleme karşı sonradan dava açma hakkının tanınması, ilk işlemin kesin nitelikli olma

özelliğini ortadan kaldırmaz.

90. Bu kesin cezaya rağmen, başvuru hakkında ayrıca aynı eylemler nedeniyle ceza soruşturması açılmış ve gözaltına alınıp tutuklanmıştır (ikinci yargılama). Oysa Ek 7. Protokolün 4. maddesine göre aynı eylem ya da suçlamalar nedeniyle bir kişi hakkında iki ayrı yargılama yapılamayacağı gibi iki ayrı cezaya da hükmedilemez. Bu açıdan AİHM atılı suçu ya da suçlamaları değil, suçlamalara dayanak gösterilen eylemleri dikkate almakta ve *non bis in idem* kuralını sanık lehine yorumlamaktadır (*Grande Stevens and others v. Italy*, § 277). Dolayısıyla bir kişi aynı eylem ya da faaliyetler gerekçe gösterilerek iki kez yargılanamaz veya iki ayrı cezaya çarptırılmaz. Somut olaydaki uygulamalar dikkate alındığında, *non bis in idem* kuralı açıkça ihlal edilmiştir.

91. Türkiye Cumhuriyeti AİHS'ye Ek 7 No.lu Protokolü Nisan 2016 tarihinde onaylamış ve Ağustos 2016 tarihinde de bu onay belgesini Avrupa Konseyine sunmuştur. Bu ilke BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 14/7 maddesince de korunmakta olup, Türkiye Cumhuriyeti bu Sözleşmeye de taraftır.

C- Başvurucuların güncel ve kişisel bir temel hakkının doğrudan zedelendiği iddiasının açıklanması:

92. Başvurucunun bireysel haklarından özgürlük ve güvenlik hakkı, adil yargılanma hakkı ile özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı ve *non bis in idem* kuralı güncel bir şekilde ihlal edilmiştir.

III- BAŞVURU YOLLARININ TÜKETİLDİĞİNE İLİŞKİN BİLGİLER

A. Başvuru yollarının tüketilmesine ilişkin aşamalar:

93. Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı açısından ileri sürülen tüm hak ihlalleri açısından Anayasa Mahkemesine başvurmadan önce tüketilmesi gereken son başvuru yolu itiraz kanun yoludur. Başvurucu tutuklama kararına itiraz etmiş olup, bu talep nihai olarak reddedilmiştir. Daha sonra tutukluluğun devamına ilişkin kararlara da itiraz edilmiş ve bu talepler de reddedilmiştir (**NOT: ÖZELLİKLE AİHS m. 5/4 İHLALİ AÇISINDAN, BU BAŞVURUYU SON İTİRAZIN REDDİ KARARINDAN İTİBAREN 30 GÜN İÇERİSİNDE YAPINIZ**).

94. Başvurucunun gözaltının ilk anından itibaren kendi seçtiği bir avukat yardımından yararlanma hakkının ihlaline dayalı olarak oluşan adil yargılanma hakkı ihlali açısından yargılama sona ermediği için henüz kanun yolları tüketilmemiş görünse de, bu ihlal bir kez ortaya çıkmakla gerçekleşmiştir. Soruşturma işlemlerine derhal son verilip başvuru serbest bırakılmadıkça bu ihlal giderilemez. Kısaca bu ihlal açısından yargılamanın sonucunu beklemek anlamsızdır. Başvurucu aleyhine ceza soruşturması başlatıldığına göre, hakkında bir ceza yargılaması bulunmaktadır. Ceza yargılamasının soruşturma ve kovuşturma evreleri olarak iki evreden oluştuğu herkesin malumudur. AİHM kararları dikkate alındığında (*Salduz/Türkiye Büyük Daire ve Dayanan/Türkiye*) bu başvuruda ileri sürülen ihlal mutlak şekilde oluşmuştur. Bu ihlalin ileri sürülmesi için yıllar süreceğ üç dereceli yargılamanın sonucunu beklemeye dahi gerek yoktur. Soruşturmaya derhal son verilip başvuru serbest bırakılmasına imkân veren bir başvuru yolu mevcut olmadığı sürece, iç hukukta bu ihlali giderecek etkili bir başvuru yolu da olmayacaktır. Bilindiği gibi, bu türden bir başvuru yolu veya başvurulacak ve oluşan

ihlali giderecek herhangi bir merci de bulunmamaktadır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur. Ceza yargılaması sürdürüldüğü sürece ihlal devam edeceği için, bu hak ihlali açısından 30 günlük başvuru süresi de işlemeye başlamaz.

95. Özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı açısından oluşan ihlaller de ceza yargılamasına derhal son verilmediği sürece devam eden türden ihlaller olacaktır. Özel hayata ve aile hayatına saygı hakkını ihlal eden uygulamalar ceza soruşturmasına dayanak yapıldığı için, bu soruşturmaya son verilmediği sürece ihlal devam eden türden olacaktır. Bu nedenle, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı açısından oluşan hak ihlallerini ortadan kaldıracak herhangi bir etkili başvuru mercii (başvurucunun kendisinin başvuracağı bir merci) de bulunmamaktadır. Sadece savcılık soruşturmaya son verme yetkisine sahip olup, başvurunun savcıdan bu yönde herhangi bir talepte bulunması da hukuken mümkün değildir. Soruşturmaya son verme yetkisi savcının keyfine kalmış bir uygulamadır; başvurunun bu açıdan yapması gereken herhangi bir yükümlülüğü yoktur. Ceza soruşturmasına bu aşamada derhal son verip başvurunun serbest bırakılmasına imkân veren ve başvurunun doğrudan başvurabileceği bir başvuru yolu olmadıkça, bu hak ihlalinin bütün sonuçlarıyla oradan kaldıracak etkili bir başvuru merci bulunmadıkça, iç hukukta etkili bir başvuru mercininin varlığından bahsedilemez. Ceza yargılaması sürdürüldükçe söz konusu ihlal devam edecek olup, bu nedenle 30 günlük başvuru süresi dahi işlemeye başlamaz. Bireysel başvuru yolu dışında ortaya çıkan ihlale son verecek etkili hiçbir merci bulunmadığı için bu hak ihlali açısından da doğrudan Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur.

96. *Non bis in idem* kuralı devam eden şekilde ihlal edilmekte olup, başvuru serbest bırakılıp soruşturma ve/veya kamu davasına derhal son verilmedikçe bu ihlal giderilemez.

B- Başvuru yollarının tüketildiği veya başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarih:

1- KARARI VEREN MAHKEME/MERCİİ/ MAKAM:

97. Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı açısından nihai karar mercii, itirazı karara bağlayan ... sulh ceza hakimliğidir.

2- KARARIN TARİHİ VE SAYISI:2016 tarih ve 2016/... D.İş sayılı karar.

3- TEBLİĞ VEYA ÖĞRENME TARİHİ: (BAŞVURUYU SON İTİRAZIN REDDİ KARARININ TEBLİĞİNDEN İTİBAREN 30 GÜN İÇERİSİNDE YAPINIZ ve bu kısma son ret kararının tebliğ tarihini yazınız. Herhangi bir tebligat yapılmadıysa bu durumda her zaman başvuru yapabilirsiniz; ancak tebligatın yapılmadığını bu kısma belirtiniz. İtirazın reddi kararı tebliğ edilmediyse, 30 günlük başvuru süresi işlemeye başlamaz)

C- Başvuru mazeret nedeniyle süresi içinde yapılamamışsa buna dair açıklamalar:

1- MAZERET NEDENİ:

2- MAZERETİN BAŞLANGIÇ VE BİTİŞ TARİHİ

a- BAŞLANGIÇ TARİHİ : / /

b- BİTİŞ TARİHİ : / /

3- MAZERETE İLİŞKİN BELGELER:

VI- DİĞER BİLGİLER

A- Başvurucunun Anayasa Mahkemesi önünde devam eden bir başka başvurusu varsa numarası: Devam eden başka bir başvuru bulunmamaktadır. (VARSA YAZINIZ)

B- Başvurucunun kamuya açık belgelerde kimliğinin gizli tutulması talebi ve bunun gerekçesi:

1-TALEBİ YOK:

2-TALEBİ VAR:

GEREKÇESİ:

V- SONUÇ TALEPLERİ

Açıklanan gerekçelere dayalı olarak başvuruya öncelik verilerek ivedi olarak incelenmesine ve ileri sürülen hak ihlallerinin tespitine karar verilerek, ihlallerin tüm sonuçlarıyla giderilmesi için her türlü gerekli tedbirin alınmasına, manevi tazminat olarak 10 000 000 TL (On milyon Türk Lirası) manevi tazminata hükmedilmesine, maddi zararların ve yaşanan hak ihlallerini gidermek için yapılan her türlü masrafın karar aşamasında tespiti ve tazmini için gerekli incelemenin karar aşamasında yapılmasına veya bu açılardan başvurulacak kanun yollarının gösterilmesine, devam eden ihlallere derhal son verilmesi için gerekli tedbirlerin alınıp ilgili kurumlara bildirilmesine karar verilmesini talep ederim.

Bu başvuru formunda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu; formda belirtilen bilgilerde, adreslerimde veya başvuruyla ilgili koşullarda herhangi bir değişiklik meydana geldiğinde Mahkemeye bildireceğimi beyan ederim.

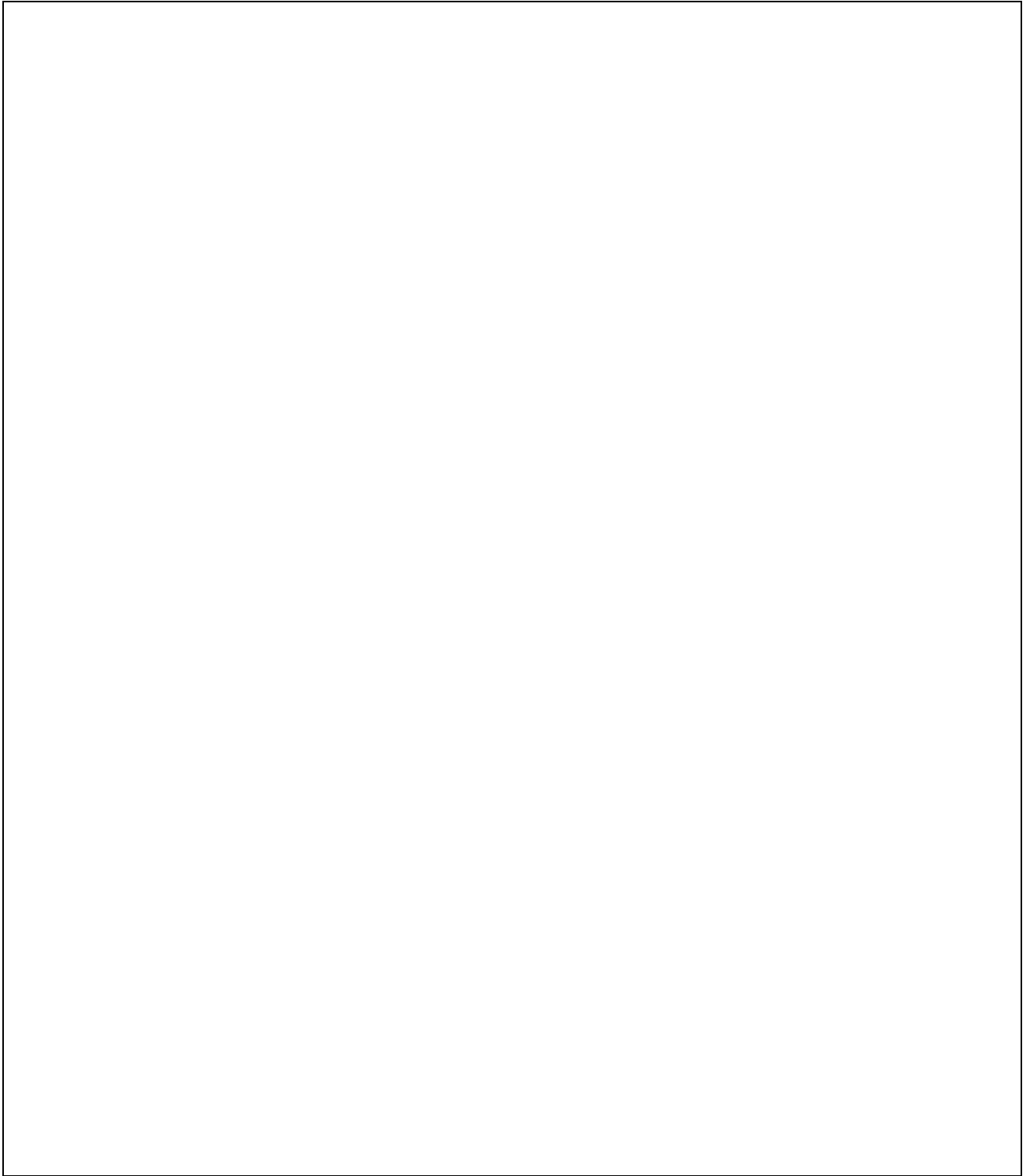
Başvurucu: ...

Tarih:

İmza:

EKLER

1. Tutuklama kararının fotokopisi
2. İtiraz dilekçesinin fotokopisi
3. İtirazın reddi kararının fotokopisi
4. İtirazın reddi kararının ... tarihinde tebliğ edildiğine dair belgenin fotokopisi
5. Bireysel başvuru formu özeti
6. Başvuru harcına ilişkin makbuz
7. Vekâletname (Avukat tarafından temsil halinde).



ÖZET

1. 15 Temmuz 2016 tarihinde Türkiye Cumhuriyeti devleti, tarihinin karanlık günlerinden birini daha yaşamış ve ordu içerisindeki bir grup asker tarafından menfur bir darbe teşebbüsünde bulunulmuştur. Gece saat 21.00 civarında başlayan darbe teşebbüsü sabaha doğru püskürtülmüş, ancak aynı günün ilk saatlerinde 3000'e yakın hâkim ve savcı hakkında, Anayasanın 159/9 hükmüne uygun bir soruşturma olmadan gözaltı kararı verilmiştir. Cumartesi günü olmasına rağmen HSYK derhal toplanmış ve hakkında gözaltı kararı bulunan 2745 hâkim ve savcı hakkında açığa alma kararı verilmiştir.

2. Başvurucunun ismi de haklarında gözaltına alma kararı verilen hâkim ve savcılar arasında yer almış ve çıkarıldığı bir sulh ceza hâkimliği tarafından, Anayasal ve yasal hiçbir güvenceye uyulmadan, tamamen yetkisiz bir yargı organı tarafından, hiçbir somut delil olmadan tutuklanmıştır. Başvurucu 23 Temmuz 2016 tarihinde ilan edilen ve Avrupa Konseyi Genel Sekreterine bildirilen OHAL tedbirlerinin kararlaştırılmasından çok önce gözaltına alınıp tutuklandığı için, 667 ve devamı sayılı KHK'lardaki tedbirler somut olayda uygulanmaz. Bir an için uygulanacağı varsayılsa dahi, söz konusu tedbirler olağanüstü halin kesinlikle gerektirdiği türden tedbirler (AİHS mad. 15) olmayıp, en temel savunma haklarını yok eden tedbirlerin darbe teşebbüsünün bastırılmasıyla hiçbir ilgisi bulunmamaktadır. Bu nedenle söz konusu tedbirler ölçülü olmayıp, AİHM içtihatları dikkate alındığında tamamı hukuk dışıdır. Bu konuda Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri tarafından 26 Temmuz 2016 tarihli *Measures taken under the state of emergency in Turkey* isimli kamuoyuna açıklanan bildiri için bakınız. <http://www.coe.int/en/web/commissioner/-/measures-taken-under-the-state-of-emergency>.

3. Bu çerçevede başvurucunun başta özgürlük ve güvenlik hakkı olmak üzere birçok temel hakkı ihlal edilmiştir.

a- Özgürlük ve güvenlik hakkı ihlali (AİHS mad. 5 – AY mad. 19)

4. Başvurucu iç hukukta öngörülen birçok Anayasal ve yasal düzenlemeye aykırı olarak gözaltına alınmış ve tutuklanmıştır. Birçok açıdan kanuni dayanaktan yoksun bir şekilde tutuklanmıştır. Özellikle CMK'nın 100 ve 101. Maddelerinde öngörülen koşullara uyulmadan tutuklanmıştır; 2802 sayılı yasanın 88. Maddesi yasaklamasına rağmen tutuklanmıştır; adli kontrolün yetersiz kalacağı somut bulgularla gösterilmedikçe tutuklama kararı verilemez (2012 yılında yapılan 3. Yargı Reformu) ilkesi görmezden gelinerek tutuklanmıştır; Anayasanın 159/9 maddesine uygun bir soruşturma başlatılmadan, illegal şekilde gözaltına alınıp tutuklanmıştır; Anayasanın 159/9 maddesine uygun soruşturma başlatılmadan toplanan illegal deliller temel alınarak ve Anayasanın 38/6 maddesi yasaklamasına rağmen bu yasa dışı delillere dayanılarak tutuklanmıştır; atılı suçların kurucu unsurlarının oluştuğunu gösteren ve başvurucu tarafından işlendiğine dair bağ kurulmadan, iç hukuka tamamen aykırı olarak keyfî şekilde tutuklanmıştır. Sadece bir ağır ceza mahkemesi tarafından tutuklanabileceken, yetkisiz bir sulh ceza hâkimliği tarafından tutuklanmıştır; itiraz mercii de sadece ağır ceza mahkemesi olması gerekirken, bu kurala da uyulmadan tutukluluk devam ettirildiği için kanun dışı tutukluluğu devam ettirilmiştir. Tüm bu nedenlerle Anayasanın 19/2 ve AİHS'nin 5/1 maddeleri ihlal edilmiştir.

5. Tutuklamaya ilişkin kararlardaki gerekçelerin yeterli ve ilgili olmaması nedeniyle, söz konusu gerekçeler tutuklama süresini meşru kılmadığı için AİHS madde 5/3

ile Anayasa madde 19/7 ihlal edilmiştir. Başvurucuyu tutuklayan sulh ceza hâkimlikleri kanunla önceden kurulmuş, bağımsız ve tarafsız mahkeme olmadığı için AİHS'nin 5/1, 5/3 ile Anayasanın 19/2,3 hükümleri ihlal edilmiştir. Başvurucu hakim statüsünde bir kamu görevlisi olduğu için tutuklanması ancak bir ağır ceza mahkemesi tarafından yapılabilirken, bu açıdan yetkisiz sulh ceza hakimliği tarafından tutuklandığı için tamamen illegal şekilde tutuklanmış ve AİHS'nin 5/1 maddesi ile Anayasanın 19/2 maddesi ihlal edilmiştir.

6. İtirazın reddi kararlarının gerekçeleri yeterli ve ilgili olmadığı gibi, başvurunun açıkça ileri sürdüğü ve tutuklama kararındaki gerekçeyi çürüten talepler incelenmeden ret kararı verildiği için, Sözleşmenin 5/4 ve AİHS'nin 19/8 maddeleri ihlal edilmiştir. Kanunla önceden kurulmuş, bağımsız ve tarafsız mahkeme (D.N./İsviçre) ilkesinin ihlali nedeniyle Sözleşmenin 5/4 ve AİHS'nin 19/8 maddeleri ihlal edilmiştir. Hâkim ve savcılar hakkındaki tutuklama kararı ancak yetkili ağır ceza mahkemesince verilebileceği için itiraz da sadece diğer bir ağır ceza mahkemesince incelebilecekken, itiraz da yetkisiz sulh ceza hâkimliğince incelendiği için kanunla kurulmuş mahkeme ilkesi ihlal edilmiştir (Lavents/Letonya). Başvurucu gözaltının ilk anından itibaren kendi seçtiği bir avukat yardımından yararlandırılmadığı ve dosyaya erişimi engellendiği için AİHS'nin 5/4 ile Anayasanın 19/8 maddeleri ihlal edilmiştir.

b- Adil yargılanma hakkı ihlali (AİHS mad. 6/3c)

7. AİHM kararlarına göre, bir suç soruşturması çerçevesinde gözaltına alınan her şüpheli, gözaltının ilk anlarından itibaren kendi belirleyeceği bir avukat yardımından yararlanma hakkına sahiptir (*Dayanan/Türkiye, Salduz/Türkiye*). En temel sanık haklarından olduğu herkesçe ve özellikle soruşturma organlarınca bilinmesine rağmen, AİHS'nin 6/3c maddesinin açık hükmüne tamamen aykırı olarak, başvurunun kendi belirlediği avukat yardımından gözaltının ilk anlarından itibaren yararlandırılmaması kendisinin adil yargılanma hakkını açıkça ihlal etmiştir.

c- Özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının ihlali (AİHS mad. 8)

8. Başvurucu hakkında Anayasanın 159/9 hükmüne uygun bir soruşturma başlatılmadan evinde arama yapılmış, kendisine, eşine ve çocuklarına ait eşyalar araştırılmış ve tutuklama kararında yer verilen bilgilerden anlaşıldığına göre, hakkında daha önceden illegal şekilde hazırlanmış, rapor, fişleme ve benzeri bilgilere dayalı olarak gözaltı ve tutuklama kararı verilmiştir. Oysa bir hâkim ya da savcı hakkında inceleme ve soruşturma başlatılmasının ön şartı, hakkında Anayasanın 159/9 maddesine uygun bir soruşturma izninin bulunmasıdır. Anayasaya uygun bir soruşturma başlatılmadan bir hâkim ya da savcı hakkında, tesadüfen ele geçirilen delillerin kaybolmasını önleme açısından alınacak tedbirler hariç, hiçbir soruşturma işlemi veya inceleme işlemi yapılamaz. Anayasanın 159/9 hükmüne göre, bir hâkim ya da savcı hakkındaki inceleme ve soruşturma işlemleri ancak HSYK ilgili dairesinin TALEBİ ve HSYK başkanının OLURU ile mümkündür. Somut olayda bu türden bir soruşturma izni en erken olarak 16 Temmuz 2016 tarihinde öğleden sonra verilmiş olabilir. Anayasanın bu açık hükmüne açıkça aykırı olarak yapılan ve başvurunun özel hayatı ve aile hayatına saygı hakkına müdahale oluşturan illegal işlemler özel hayata ve aile hayatına saygı hakkını ihlal etmiştir. Zira yasal dayanaktan yoksun her türlü özel hayata müdahale bu hakkı ihlal eder. Somut olayda Anayasaya aykırılığın söz konusu olduğu dikkatlerden kaçmamalıdır.

Tarih: 15 Aralık 2016

Başvurucu Vekili:

