

**AYM Eski Üyesi Alparslan Altan Hakkındaki 16 Nisan 2019 Tarihli AİHM
Kararının Hukuki Değerlendirmesi¹
*Alparslan Altan v. Turkey (no. 12778/17)***

Giriş

1. AİHM, 16 Nisan 2019 tarihinde, Anayasa Mahkemesi (AYM) eski üyesi Alparslan Altan tarafından yapılan bireysel başvuruyu karara bağladı ve özgürlük ve güvenlik hakkının (AİHS m. 5) iki açıdan ihlal edildiğine hükmetti. Bu karar bir taraftan 15 Temmuz 2016 sonrası tutuklanan tüm hâkim ve savcılarını ilgilendirdiği gibi, diğer taraftan da darbe girişimi sonrası tutuklananların neredeyse büyük çoğunluğunu ilgilendiren gerekçeler içermektedir. Bu nedenle hukuki açıdan değerlendirmeyi fazlasıyla hak etmektedir.

A. Olaylar

2. Eski AYM üyesi Alparslan Altan, 16 Temmuz 2016 günü gözaltına alınmış ve 20 Temmuz 2016 tarihinde *terör örgütü üyeliği* suçlamasıyla tutuklanmıştır. Mr. Altan, özellikle somut hiçbir delil olmadan ve iç hukuka aykırı olarak tutuklandığını belirterek tutuklama kararına hemen itiraz etmiştir.

3. 4 Ağustos 2016 tarihinde de Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu, 667 s. KHK m. 3 uyarınca Mr. Altan'ın üyeliğini düşürmüştür. Üyelikten çıkarma kararına, “sosyal çevre bilgisi” ve karar veren AYM üyelerinde “*zaman içerisinde oluşan ortak kanaat*”² gerekçe gösterilmiştir.

4. 9 Ağustos 2016 tarihinde Ankara sulh ceza hâkimliği itirazı reddetmiştir. Mr. Altan'ın daha sonraki tahliye talepleri de değişik sulh ceza hâkimliklerince reddedilmiştir. İddianame düzenlendikten (kamu davası açıldıktan) sonra da Yargıtay 9. Ceza Dairesince Mr. Altan'ın tutukluluk halinin devamına karar verilmiş ve başvuru tutuklu olarak yargılanmıştır.

5. 7 Eylül 2016 tarihinde Mr. Altan Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur.

6. 11 Ocak 2018 tarihinde Anayasa Mahkemesi başvuruyu reddetmiştir. AYM, “*gizli tanık ifadeleri, (AYM eski rapörtörü) bir şüphelinin ifadesi, telefon sinyal bilgileri ve ByLock kullanma*” iddialarına dayalı olarak kuvvetli suç şüphesinin olduğunu değerlendirmiştir. AYM, somut olayın olağanüstü koşullarını da dikkate alarak, “*tutuklamanın ölçülü olduğunu ve meşru gerekçelere dayandığını*” kararlaştırmıştır. Başvurucunun AYM üyesi olduğu ve bu nedenle özel soruşturma ve yargılama usullerine tabi olduğu yönündeki şikâyeti ise AYM tarafından, atılı suçun *ağır ceza mahkemesinin yetkisine giren silahlı terör örgütüne üyelik* suçlaması olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir.

7. 15 Ocak 2018 tarihinde (tutuklandığı tarihten 18 ay sonra) Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca başvuru aleyhine TCK m. 314 uyarınca “*FETÖ/PDY isimli örgüte üyelik*” suçlamasıyla iddianame düzenlenmiştir.

8. 6 Mart 2019 tarihinde de Yargıtay 9. Ceza Dairesi Mr. Altan'ı terör örgütü üyeliği suçlamasıyla 11 yıl 3 ay ağır hapis cezasına mahkûm etmiştir.

¹ Bu değerlendirme 18 Nisan 2019 tarihinde yapılmıştır.

² Tarafsızlık, hâkimde önyargının olmaması anlamına gelir. Kanaatimizce, tek başına bu gerekçe, kararda imzası bulunan diğer tüm AYM üyelerinin tarafsızlıklarını kaybettiklerini göstermektedir.

9. Karar tarihi itibari ile başvuru Mr. Altan tutuklu olup, hakkındaki yargılama temyiz aşamasında derdesttir. Başvurucunun iki ayrı başvurusu da AYM önünde karar tarihinde derdesttir.

B. Başvurucunun Şikâyetleri

10. Başvurucu Mr. Altan 16 Ocak 2017 tarihinde AİHM'ye yaptığı başvuruda ilk olarak iç hukuka (6216 sayılı AYM Kanununa) aykırı olarak tutuklandığını ileri sürmüştür.

11. İkinci olarak, atılı suçu işlediğini gösteren spesifik hiçbir suç delili olmadan tutuklandığını ve tutukluluğunun ulusal mahkemelerce yetersiz gerekçelerle uzatıldığını iddia etmiştir.

C. AİHM'nin Değerlendirmesi

12. AİHM başvuru şikâyetlerini AİHS m. 5 §§ 1 ve 3 altında incelemiştir.

a) Tutukluluğun iç hukuka aykırı olduğuna dair şikâyet

13. Başvurucu Mr. Altan, olay tarihinde Anayasa Mahkemesi üyesi olduğunu, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi Kanununun 16. Maddesi uyarınca ağır cezalı suçüstü hali olmadıkça ve AYM Genel Kurulu karar vermedikçe hakkında soruşturma açılmayacağını ve tutuklanamayacağını belirtmiştir. Somut olayda suçüstü hali olmamasına rağmen, yasalara aykırı olarak tutuklandığını belirtip, iç hukukta öngörülen yasalara aykırı olarak (not “*in accordance with a procedure prescribed by law*”) özgürlüğünden yoksun bırakıldığını ileri sürmüştür.

14. 6216 sayılı Kanunun 16. Maddesi uyarınca, AYM başkan ve üyeleri, ağır ceza mahkemesinin yetkisine giren suçüstü halinde (*in flagrante delicto*), genel kanun (CMK) hükümlerine göre soruşturulur. Dolayısıyla CMK hükümlerine uygun olarak tutuklanabilir.

15. AİHM öncelikle “*suçüstü hali*” kavramının ne anlama geldiğini irdelemiştir. Yargıtay'ın bu konudaki 10 Ekim 2017 tarihli temel kararını ve Ceza Muhakemesi Kanununun 2. Maddesini birlikte inceleyerek somut olayda suçüstü halinin olup olmadığını kararlaştırmıştır.

16. AİHM kararında belirtildiği gibi, Yargıtay'ın 10 Ekim 2017 tarihli kararına göre, örgüt üyeliği suçu mütemadi (temadi eden) suç olduğu için “*bir hâkim silahlı örgüt üyeliği suç şüphesiyle yakalanırsa, suçüstü hali vardır*”.

17. Ancak AİHM'ye göre, CMK m. 2 suçüstü halinin olağan şeklini tanımlamış olup, bu hükme göre, “*suçüstü hali, işlenmekte olan suçu, henüz işlenmiş olan fiil ile fiilin işlenmesinden hemen sonra ... yakalanan kişinin işlediği suçu veya fiilin pek az önce işlendiğini gösteren eşya veya delille yakalanan kimsenin işlediği suçu*” ifade eder.

18. AİHM kararında belirtildiği gibi, Yargıtay'ın 10 Ekim 2017 tarihli kararına göre, “*suçüstü hali açısından, silahlı örgüte üyelik şüphesi yeterli olup, ayrıca güncel hiçbir olgusal (maddi) delilin veya işlenmekte olan somut suç izinin bulunmasına gerek yoktur.*”

19. AİHM'ye göre, Yargıtay'ın bu yorumu, CMK m. 2'deki suçüstü kavramının metnine aykırı olup, bu geniş yorum “*suçüstü hali*” kavramının kapsamı genişletilmiştir. Ancak Yargıtay kararında, “*mütemadi suç kavramının*”, işlenmekte olan suçun varlığı ile bağlantılı olan suçüstü kavramının kapsamını genişletmesini

nasıl meşru gösterdiği açıklanmamıştır. AİHM'ye göre, ulusal yargı organlarının suçüstü kavramının kapsamını genişletmesi ve somut olaydaki uygulama *hukuki güvenlik ilkesi (legal certainty)* açısından sorun oluşturduğu gibi, açıkça da gayri makul (*manifestly unreasonable*) görünmektedir.

20. Dolayısıyla, başvurunun özgürlüğünden yoksun bırakılması, 6216 sayılı Kanunla Anayasa Mahkemesi üyelerine tanınmış olan prosedüral güvencelerden başvuruca yoksun bırakarak tutma olup, bu durum AİHS m. 5 § 1'in emrettiği "*kanunla öngörölmüş prosedüre uygun olarak*" (*in accordance with a procedure prescribed by law*) tutma ilkesine aykırıdır (Eş ifade ile, "suçüstü hali" kavramına, başvuruca tanınmış yasal güvenceleri yok sayarak onu tutuklamak için başvurulduğu sonucu çıkmaktadır, Eklendi).

21. AİHM'ye göre, suçüstü hali kavramının geniş yorumlanıp uygulanması (*extensive interpretation*), sadece hukuki güvenlik ilkesi açısından sorunlu olmayıp, ayrıca yargı mensuplarını Yürütme organının müdahalelerine karşı koruyacak güvenceleri de yok saydığı için problemlidir. Bu geniş yorum ve uygulama, OHAL'in ötesine geçen legal sonuçlara yol açmış olup, OHAL durumunun özel koşulları ile de meşru gösterilemez.

22. Sonuç olarak AİHM'ye göre, olay tarihinde AYM üyesi olan başvuruca özgürlüğünden yoksun bırakılması "*kanunla öngörölmüş prosedüre uygun*" olmadan (iç hukuka aykırı olarak) gerçekleşmiştir (AİHS m. 5 § 1'e göre, her türlü özgürlükten yoksun bırakmanın iç hukukta yasal bir dayanağı olmalı ve her türlü tutma iç hukuktaki yasalara uygun olarak gerçekleştirilmelidir).

23. Başvuruca iç hukuka (6216 s. Kanun m. 16) aykırı olarak özgürlüğünden yoksun bırakıldığı için somut olayda AİHS m. 5 § 1 ihlal edilmiştir.

b) Makul şüphe olmadan tutuklanmaya dair şikâyet

24. AİHM ilk tutma anında makul şüphenin varlığını gösteren objektif bilgi ya da bulguların bulunup bulunmadığını incelemiştir. AİHM bu açıdan özellikle ilk özgürlükten yoksun bırakma esnasında başvuruca özgürlüğünün gözaltına alınıp tutuklanmasını gerektiren objektif delil unsurlarının bulunup bulunmadığını inceleyerek karar verebileceğini ifade etmiştir.

25. İlk olarak Anayasa Mahkemesi kararındaki gerekçeyi özetlemiş ve bu karara göre, "*iki gizli tanık ifadesi ile eski bir AYM Raportörü şüphelinin tanık beyanları, ByLock aracılığıyla diğer kişilerle mesajlaşma, telefon hattına dair sinyal bilgileri ve yurt dışı ziyaretlerine ilişkin kayıtlar*" gerekçe gösterilerek, makul şüphe olmadan tutuklanmaya dair şikâyetin reddedildiğini saptamıştır.

26. AİHM'nin tespitlerine göre, belirtilen deliller başvuruca özgürlüğünden yoksun bırakıldığı tarihten çok sonra elde edilmiştir. İlk tutuklama tarihinden iki haftadan fazla bir süre sonra, 4 Ağustos 2016 tarihinde elde edilmiştir. Diğer tanık beyanları ile deliller ise kayda değer bir süre sonra elde edilmiştir. Başvuruca tüm taleplerinde sürekli olarak tutukluluğunu meşru gösterecek hiçbir somut delil olmadığını ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi bu argümanı incelemeyen başvuruca reddetmiştir. Hükümet de bu hususta sessiz kalmıştır.

27. AİHM başvuruca özgürlüğünden yoksun bırakıldığı esnada hiçbir delil olmadığını, söz konusu delil unsurlarının sonradan elde edildiğini belirtmiş ve şu değerlendirmede bulunmuştur: "*Daha sonra toplanan deliller, ulusal otoritelerin, başvuruca özgürlüğünden yoksun bırakılmasını meşru gösterecek yeterli maddi (olgusal) delil (factual basis) sunma*

yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz.” Eş ifade ile ulusal otoriteler ilk tutuklama anından itibaren, tutukluluğu meşru gösterecek maddi delil unsurları sunma yükümlülüğü altındadırlar. Aksi uygulama, AİHS’nin 5. Maddesinin varlık nedenini (keyfi ve meşru olmayan özgürlükten yoksun bırakmalara karşı bireyleri koruma) ortadan kaldırır.

28. AİHM, Mr. Altan’ın 15 Temmuz 2016 tarihli olaylara hiçbir şekilde katılmadığını tespit ettikten sonra, sadece terör örgütü üyeliği ile suçlandığını ve Ankara savcılığınca “terör örgütü üyeliği” suçlaması ile tutuklamaya sevk edildiğini tespit etmiştir. Ancak, Hükümetin, savcılığın talebinin doğruluğunu gösteren somut hiçbir maddi (olgusal) delil veya bilgi (*factual basis*) sunmadığını belirtmiştir.

29. AİHM, tutuklama kararında da kuvvetli suç şüphesini gösteren somut hiçbir maddi delile dayanılmadığını not etmiştir. AİHM’ye göre, sulh ceza hâkimliğinin CMK m. 100’deki tutuklama koşullarına dair ifadelerine genel ve belirgin olmayan şekilde atıf yapması makul şüphenin varlığını gösterme açısından yeterli değildir; bu açıdan tutuklama kararı, delil unsurlarının tek tek özel olarak değerlendirilme, başvurucuya karşı şüpheyi meşru gösterecek bilgiler veya doğruluğu kontrol edilebilir diğer her türlü maddi olgular veya bulgulardan yoksundur (Eş ifade ile AİHM açısından, tutuklama kararında kanunda yazılı genel ifadelerine yer vermenin herhangi bir anlamı yoktur; suç şüphesini göstermek için, dosyadaki somut delil unsurlarını tek tek belirtip incelemek, başvurucunun atılı suçu işlediğine dair şüpheyi gösteren bilgileri belirtmek ve/veya gerçekliği kontrol edilebilir diğer her türlü maddi bulgu ya da olguları karar gerekçesinde belirtilmek gerekir. Eklendi).

30. AİHM, ilk tutuklama kararında, Mr. Altan’ın tutukluluğunu meşru gösterecek şüpheye dair (belirtilen türden) somut delil unsurlarından (spesifik olay ya da bilgi) hiçbirinin gösterilmediğini veya sunulmadığını, ancak buna rağmen tutuklandığını tespit etmiştir.

31. AİHM, belirtilen analizler ışığında, tutuklama aşamasında tutukluluğu meşru gösterecek yeterli delil olmadığını ve Hükümet açıklamalarının da AİHS m. 5 § 1 (c)’nin gereklerini karşılamadığını kararlaştırmıştır.

32. AİHM’ye göre, özgürlükten yoksun bırakmaya dayanak olacak (somut olgu, bilgi, bulgu veya maddi delillere dayalı) makul şüphenin varlığı, AİHS m. 5 § 1 (c)’de öngörülen güvencenin temel parçasını oluşturmaktadır.

33. Sonuç olarak başvurucunun özgürlüğünden yoksun bırakılması, bir suç örgütüne üyelik açısından “basit bir şüpheye dayalı” (*mere suspicion*) olup, bu türden bir şüphe bir kişinin tutukluğunu meşru gösteremez. Tutuklama tedbiri somut olayda durumun kesinlikle gerektirdiği bir tedbir olmayıp, aksini düşünmek AİHS m. 5 § 1 (c)’de öngörülen minimum güvencelerin (Somut delillere dayalı makul şüphe olmadan kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz.) varlığını yok sayma anlamına gelir ve AİHS m. 5’in varlık nedenini (Keyfi tutuklama yapılamaz.) ortadan kaldırır. Üstelik somut olayda bir yüksek mahkeme (Anayasa Mahkemesi) üyesinin tutukluluğu söz konusu olup, AİHM bu değerlendirmeleri bu nedenle de özellikle önemli görmektedir.

34. AİHM, sonuç olarak AİHS m. 5 § 1 (c)’nin ihlal edildiğini (başvurucunun makul şüphe olmadan tutuklandığını) kararlaştırmıştır.

c) Yetersiz gerekçelerle tutukluluğun devam ettirildiğine dair şikâyet

35. AİHM, AİHS m. 5 § 1 (c)'nin ihlal edildiğini kararlaştırdığı için tutukluluğun devamı kararlarının yeterli ve ilgili gerekçe içerip içermediğini (AİHS m. 5 § 3) incelemeye gerek görmemiştir.

36. Mahkeme ayrıca Türkiye Cumhuriyeti Devletinin başvuruca 10 000 avro manevi tazminat ödemesine hükmetmiştir.

D. AİHM'nin Alparslan Altan Kararının Sonuçları

a) 15 Temmuz 2016 sonrası tutuklanan yargı mensupları açısından sonuçlar

37. AİHM'nin *Alparslan Altan v. Turkey* kararı, 15 Temmuz 2016 sonrası "suçüstü hali" olduğu iddiasıyla tutuklanan tüm hâkim ve savcılar açısından ilk içtihat olması açısından çok önemlidir.

38. AİHM, 15 Temmuz 2016 tarihli olaylara katılmamış olan yargı mensuplarının, "terör örgütü üyeliği suçunun temadi eden suç olduğu ve bu suç açısından suçüstü halinin bulunduğu" yönündeki ulusal yargı uygulamalarını kabul etmemiştir. Aynen BM Keyfi Tutuklamalar Çalışma Grubu (UN WGAD) gibi, AİHM de suçüstü kavramının kanundaki tanımına aykırı olan Yargıtay yorumunu kabul etmemiştir.

39. UN WGAD eski Yargıtay üyesi Hamza Yaman hakkında Şubat 2019'da verdiği bir kararda aynı içtihadı tekrarlamış ve terör örgütü üyeliği suçunun temadi ettiği için, bu suç açısından her an suçüstü hali bulunduğu yönündeki Türk makamlarının savunmasını reddetmiştir.

40. 4000 civarındaki hâkim ve savcıya uygulanan suçüstü hali doktrini, AİHM tarafından kabul edilmediği için, ilk ve ikinci derece mahkemesi hâkim ve savcılarının tamamı, 2802 sayılı Kanununun 88. Maddesine aykırı olarak (iç hukuka aykırı olarak) özgürlüklerinden yoksun bırakılmışlardır. Bu nedenle, iç hukuku usule uygun olarak tüketip AİHM'ye başvuran tüm yargı mensuplarının başvurularında bu açıdan ihlal çıkma ihtimali çok yüksek görünmektedir.

41. Suçüstü hali olmadığı kabul edildiğine göre, tüm ilk ve ikinci derece mahkeme hâkim ve savcılar, yetkisiz hâkimliklerce tutuklanmış ve yargılanmış olup, tutuklanmış olanların tüm bu şikâyetlerini usule uygun olarak ileri sürmelerinde yarar bulunmaktadır.

42. Eski Yargıtay ve Danıştay üyelerinin tutuklanmasında da Anayasa Mahkemesi eski üyesi Alparslan Altan kararının benzerinin çıkma ihtimali çok yüksektir; zira Yargıtay ve Danıştay Kanunlarına göre, bu mahkemelerin üyeleri de sadece ağır cezalı suçüstü halinde genel hükümlere göre tutuklanabilir. Somut olayda suçüstü hali kabul edilmediğine göre, ihlal çıkma ihtimali neredeyse kesin gibidir.

Hâkim ve savcılar açısından kanunla önceden kurulmuş mahkeme önünde yargılanma hakkı ihlali (AİHS m. 6)

43. Yukarıda açıklananlara ek olarak, özgürlük ve güvenlik hakkından bağımsız olarak, yargılamaları sonuçlanıp ceza alanlar ve aldıkları ceza Yargıtay'ca onaylanan hâkim ve savcılar "adil yargılanma hakkı" başvurularında AYM ve AİHM önünde ileri sürmeleri gereken çok önemli bir ihlal gerekçesi bulunmaktadır.

44. HSYK 3. Dairesi 16 Temmuz 2016 tarihinde 2745 hâkim ve savcı hakkında “soruşturma izni” vermiş ve bu izin HSYK Başkanı tarafından da onaylanmıştır.

45. 16/07/2016 tarihli, 2016/7900 Dosya No.lu ve 2016/9052 Karar No.lu HSYK 3. Dairesinin 70 sayfalık kararının son kısmında şu ifadeler yazılıdır: “*Adı geçenler (2740 hâkim ve savcı) hakkında, Kurul müfettişi tarafından soruşturma yapılmak üzere 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu’nun 82. Maddesi uyarınca soruşturma izni verilmesi hususunda Kurul Başkanına teklifte bulunulmasına oy birliği ile karar verildi*”. Atılı suç olarak, “*Anayasayı ihlal, Yasama organına karşı suç, Hükümete karşı suç, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetine karşı silahlı isyan ve silahlı örgüt suçları*” gösterilmiştir.

46. 16/7/2016 tarih ve 669 sayfalık HSYK kararının 44. sayfasında aynen şu ifade yer almaktadır: (2745 hâkim ve savcı) “*hakkındaki Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu 3. Dairesinin 16/07/2016 gün 2016/7900 dosya, 2016/9052 sayılı soruşturma izni teklifi, Kurul Başkanının 16/07/2016 günlü "Olur"ları üzerine, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Teftiş Kurulu Başkanlığı'nın 16/07/2016 gün 2016/282 sayılı görevlendirmesine istinaden HSYK Başmüfettişi Ömer KARA tarafından düzenlenen 16/07/2016 tarihli ön rapor ve ekleri incelendi.*”

47. Bu resmi iki evrak incelendiğinde anlaşılacağı gibi, 16 Temmuz 2016 tarihinde HSYK tarafından 2745 hâkim ve savcı hakkında soruşturma izni verildiği mutlak bir gerçektir.

48. Anayasanın 159 § 9 hükmüne göre, hâkim ve savcılar hakkında sadece görevden doğan veya görev sırasında işlenen suçlarda “soruşturma izni verilmesi” zorunludur. Kişisel suçlarda (2802 sayılı Kanun m. 93) ve ağır cezalı suçüstü halinde (2802 sayılı Kanun m. 94) soruşturma izni alınmaz; yetkili savcı doğrudan soruşturma açar ve yürütür.

49. 15 Temmuz 2016 sonrası Anayasanın 159 § 9 hükmüne uygun olarak soruşturma izni verildiğine göre, darbe girişimi sonrası yargılanan hâkim ve savcılar “görev suçu” nedeniyle yargılanmaktadırlar. Aksini düşünmek HSYK’nın abesle iştiğal ettiği sonucunu doğurur ki, asgari 20 yıl tecrübeli hukukçulardan oluşan HSK’nın abesle iştiğal etmeyeceği açıktır.

50. Ayrıca 2014 yılında CMK’ya eklenen 161 § 8 hükmü, Anayasaya (m. 159 § 9) aykırı olamayacağına göre, hâkimler ve savcılar hakkında uygulanamaz. CMK m. 161 § 8 hükmü uyarınca, terör suçlarında savcı “*görev sırasında veya görevi nedeniyle suç işlediği iddia olunan kamu görevlisinin çalıştığı idareden izin almadan*”, doğrudan soruşturma yürütebilir. Oysa hâkim ve savcılarının görev suçlarında “*soruşturma izni alınması zorunluluğu*” Anayasadan kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, Anayasanın amir hükmü uyarınca, görev suçlarında HSK’nın izni olmadan hiçbir soruşturma açılmaz; hiçbir soruşturma işlemi yapılamaz. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz (AY m. 11).

51. HSYK’nın 16 Temmuz 2016 tarihli soruşturma izni dikkate alındığında, ilk ve ikinci derece hâkim ve savcılarını “*görev suçu*” nedeniyle yargılandıklarına göre, görev suçuna dair yargılama mercii 2802 sayılı Kanunun 90. Maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre, birinci sınıfa ayrılmış hâkim ve savcılarını yargılama (kovuşturma) mercii Yargıtay 16. Ceza Dairesidir; temyiz mercii de Yargıtay Ceza Genel Kuruludur. Diğer hâkim ve savcılar ise çalıştıkları adliyeye en yakın ilin ağır ceza mahkemesi tarafından yargılanabilir.

52. Oysa 15 Temmuz 2016 sonrası yargılanan hâkim ve savcılar, 680 sayılı KHK'nın 6. Maddesi uyarınca, çalıştıkları adliyenin bağlı olduğu bölge adliye mahkemesinin bulunduğu ilin Ağır ceza mahkemesi önünde yargılanmışlardır. 20 Temmuz 2016 tarihinde (sonradan kurulan) istinaf mahkemeleri de yeniden yargılama yapıp tüm işlemleri tekrarlamadan, dosya üzerinden kararları onamışlardır. Yargıtay'ın tam yetkili mahkeme olmadığı da dikkate alındığında, hâkim ve savcılar “*kanunla önceden kurulmuş mahkeme*” tarafından yargılanmamışlar ve adil yargılanma hakları ihlal edilmiştir (AİHS m. 6, AY m. 37, 142).

53. Aynı durum eski Yargıtay ve Danıştay üyeleri, kaymakam ve valiler, diplomatlar vb. için de geçerlidir (680 sayılı KHK m. hükümleri). Eski Yargıtay ve Danıştay üyeleri, tutuklandıktan sonra kabul edilen bir KHK ile (“kanunla” dahi değil) görevlendirilen mahkemeler (Yargıtay 9. CD) tarafından yargılanmakta olup, temyiz mercii de yine KHK ile belirlenmiştir. Oysa AY m. 37 ve 142 uyarınca “*mahkemeler sadece kanunla (önceden) kurulabilir ve yetkilendirilir.*” Sonuç olarak eski Yargıtay ve Danıştay üyeleri de “*kanunla önceden kurulmuş mahkeme önünde yargılanma*” hakları ihlal edilerek yargılanmakta ve mahkûm edilmektedirler. Buna eski AYM üyeleri Alparslan Altan ve Erdal Tercan da dâhildir.

54. Bu durumda yapılması gerekenler şunlardır: Yukarıda belirtilenler mahkemeler önünde ileri sürülmeli ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiği belirtilmelidir. Atıf olarak, AİHM'nin *Coeme and others v. Belgium VE Lavents v. Latvia* kararlarına atıf yapılabilir. Ceza Yargıtay'ca onanıp kesinleştikten sonra ise, süresi içerisinde, 30 gün, AYM'ye bireysel başvuru yapıp, kanunla önceden kurulmuş mahkeme ilkesine aykırı yargılama nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği ileri sürülmelidir.

55. Unutulmamalıdır ki, yapılacak bu yeni başvuru, özgürlük ve güvenlik hakkı ihlalinin bağımsızdır. Adil yargılanma hakkından (AİHS m. 6) ihlal çıkarsa tüm yargılama çökecek ve yeniden yargılama yapılacaktır. Oysa AİHS m. 5 ihlali sadece “*illegal özgürlükten yoksun bırakma*” anlamı taşımaktadır.

56. Önerimiz şudur: bu durumdaki tüm hâkim ve savcılar (mülki idare amirleri, diplomatlar vb) mutlaka AYM'ye bu şikâyeti gerekçeli olarak sunmalı ve AYM kararından sonra da süresi içerisinde AİHM'ye başvuru yapıp adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmelidirler. Buna ek olarak, kanunla kurulmuş mahkeme tarafından mahkûm edilmemeye dayalı cezanın infazının, **AİHS m. 5 § 1 (a)** anlamında “*bağımsız, tarafsız ve kanunla önceden kurulmuş*” bir mahkeme tarafından hükmedilmiş cezaya dayalı olmadığı için özgürlük ve güvenlik hakkının ihlali de AYRICA ileri sürülebilir. Bu şikâyet, yukarıda özetlenen Mr. Alparslan Altan kararındaki şikâyetten farklı yeni bir şikâyettir.

57. Ayrıca yargılama yapan mahkemelerin bağımsız ve tarafsız olmadıkları da yine internet sitelerinde yayınlanmış olan “*bağımsızlığa dair ek raporlar*” dikkate alınarak ileri sürülebilir; sürülmelidir. Hem Yargıtay hem de ilk ve ikinci derece mahkemelerinin bağımsız ve tarafsızlıklarını kaybettiğine dair somut delillere dayalı rapor için bkz. https://drive.google.com/drive/folders/1IZCwla-Kr3GU6xwIDV4CZssariH_XT8l; <http://www.platformpj.org/wp-content/uploads/CPJreport.pdf>.

b) Tutuklanan tüm şüpheliler açısından sonuçlar

58. AİHM kararından anlaşılacağı gibi, makul şüphe (İç hukuk tutuklama açısından “kuvvetli şüpheyi” şart koşmaktadır.) ilk tutuklama kararından itibaren

mutlaka somut delillerle gerekçelendirilmelidir. Oysa sulh ceza hâkimliklerinin kararları incelendiğinde çoğu zaman genel ve belirgin olmayan ifadelerle tutuklama kararları verildiği görünmektedir. Bu uygulama, hâkim ve savcılar dâhil herkesi ilgilendirmektedir.

59. Bu açıdan, önce hiçbir somut delil gösterilmeden tutuklanıp, aylar sonra somut delile (tanık ifadesi, ByLock vb.) dayalı tutukluluğun devam ettirilmesi, ihlali ortadan kaldırmamaktadır. Bu açıdan sonradan dayanılan somut deliller tutuklamayı meşru göstermemektedir. Oysa AYM de, ilk tutuklama kararından aylar sonra elde edilen ve/veya iddianamede belirtilen delil unsurlarına dayalı olarak tutuklamanın kuvvetli şüpheye dayandığına hükmedip başvuruları reddetmektedir. AYM, Alparslan Altan kararında da bu uygulamaya başvurmuş ise de AİHM bu pratiği kabul etmemektedir. AYM'nin bu uygulaması AİHM'nin Alparslan Altan kararındaki içtihadı tamamen aykırıdır.

60. Bu nedenle, herkes, hakkındaki somut suç delillerinin ilk kez hangi tarihte dosyaya girildiğini tespit edip, bu durumu mümkünse hem AYM önünde hem de AİHM önünde belirterek AİHS m. 5 § 1 (c)'nin ihlal edildiğini ileri sürmelidir.

61. Örneğin, 18 Ağustos 2016'da tutuklanan A isimli şüpheli açısından ilk delil ByLock kullanma iddiası olsun ve bu iddia ilk kez 17 Mart 2017 tarihindeki tutukluluk halinin devamı kararında yazılmış olsun. Bu delil başvurusunun başlangıçtaki tutukluluğunu hiçbir şekilde meşru göstermez (Bu açıklama, ByLock'un makul şüphe oluşturup oluşturmadığı nitelendirmesinden bağımsız olarak yapılmıştır.).

Sonuç

62. Tutukluların ve özellikle avukatların AİHM *Alparslan Altan v. Turkey* kararının gereklerini dikkate alarak AYM ve AİHM önünde haklarını aramalarında yarar bulunmaktadır.

63. Ayrıca, AİHM tarafından avukatlık ücretine hükmedilmesini isteyen avukatların, bu hususta mutlaka ikinci görüşleri sundukları aşamada, avukatlık ücretine dair fatura veya benzeri belge sunmaları gerekmektedir. Belge sunmadan AİHM avukatlık ücretine hükmetmemektedir.

64. Eğer tüm hâkim ve savcılar ile illegal tutuklananlar AİHM'ye başvurursa ve her bir başvuru için ortalama 5 000 - 10 000 avro manevi tazminata hükmedilse bunun maliyetinin ne olacağını düşünmek de yöneticilere düşmektedir. Tazminat miktarından bağımsız olarak, bir devletin sürekli olarak insan haklarını ihlal ettiğinin AİHM tarafından karara bağlanmasının tek başına ne anlama geldiği zaten açıktır.

65. Değerlendirmemiz, hukuka aykırı uygulamaları daha fazla devam ettirmeden, tüm mağduriyetleri iç hukukta toplu olarak gidermekte yarar görüldüğü yönündedir. İleride adil yargılanma hakkı açısından da tüm başvuru sahiplerinin tekrar AİHM'ye başvuru yapabilecekleri dikkate alındığında, bu sürecin sürdürülebilirliği makul görünmemektedir. Takdir tabii karar alıcılara aittir.