

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Anayasa Mahkemesi Başkanlığından:

**GENEL KURUL
KARAR****MUSTAFA ÖZTERZİ BAŞVURUSU**

Başvuru Numarası : 2016/14597

Karar Tarihi : 31/10/2019

Başkan : Zühtü ARSLAN
Başkanvekili : Hasan Tahsin GÖKCAN
Başkanvekili : Recep KÖMÜRCÜ
Üyeler : Serdar ÖZGÜLDÜR
Burhan ÜSTÜN
Engin YILDIRIM
Hicabi DURSUN
Celal Mümtaz AKINCI
Muammer TOPAL
M. Emin KUZ
Kadir ÖZKAYA
Rıdvan GÜLEÇ
Recai AKYEL
Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Yıldız SEFERİNOĞLU
Selahaddin MENTEŞ

Raportör : Murat BAŞPINAR

Başvurucu : Mustafa ÖZTERZİ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, hâkim olarak görev yapan başvuru hakkında uygulanan yakalama, gözaltına alma ve tutuklama tedbirlerinin hukuki olmaması ve tutukluluğa ilişkin kararların bağımsız ve tarafsız olmayan sulh ceza hâkimliklerince karara bağlanması nedenleriyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının; soruşturma aşamasında arama ve elkoyma işlemlerinin yöntemince yapılmaması nedeniyle özel hayatın gizliliği ve aile hayatına saygı hakkı ile mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 12/8/2016 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık görüşünü bildirmiştir.

6. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanda bulunmamıştır.

7. Birinci Bölüm tarafından 26/9/2019 tarihinde yapılan toplantıda, niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden başvurunun Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

8. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ve Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) aracılığıyla erişilen bilgi ve belgeler çerçevesinde olaylar özetle şöyledir:

A. Genel Bilgiler

9. Türkiye 15/7/2016 tarihinde bir askerî darbe teşebbüsüyle karşı karşıya kalmış ve bu nedenle 21/7/2016 tarihinde ülke genelinde olağanüstü hâl ilan edilmiştir. Olağanüstü hâl süresi 19/7/2018 tarihinde yeniden uzatılmayarak son bulmuştur. Kamu makamları ve yargı organları -olgusal temellere dayanarak- bu teşebbüsün arkasında Türkiye'de çok uzun yıllardır faaliyetlerine devam eden ve son yıllarda Fetullahçı Terör Örgütü (FETÖ) ve/veya Paralel Devlet Yapılanması (PDY) olarak isimlendirilen bir yapılanmanın olduğunu değerlendirmişlerdir (*Aydın Yavuz ve diğerleri* [GK], B. No: 2016/22169, 20/6/2017, §§ 12-25).

10. Darbe teşebbüsü sırasında ve sonrasında ülke genelinde darbe girişimiyle bağlantılı ya da doğrudan darbe girişimiyle bağlantılı olmasa bile FETÖ/PDY ile bağlantılı olan ve aralarında yargı mensuplarının da bulunduğu çok sayıda kişi hakkında Cumhuriyet Başsavcılıkları tarafından soruşturma başlatılmıştır. Bu kapsamda teşebbüsün savuşturulduğu gün Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca -aralarında Yüksek Mahkeme üyelerinin de bulunduğu- üç bine yakın yargı mensubu hakkında FETÖ/PDY ile bağlantılarının bulunduğu iddiasıyla başlatılan soruşturmada bu kişilerin büyük bölümü hakkında gözaltı ve tutuklama tedbirlerine başvurulmuştur (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, §§ 51, 350).

B. Başvurucuya İlişkin Süreç

11. Hâkim olarak görev yapmakta olan başvuru, Bursa Cumhuriyet Başsavcılığınca FETÖ/PDY ile bağlantılı suçlardan yürütülen bir soruşturma kapsamında 17/7/2016 tarihinde gözaltına alınmıştır.

12. Başvurucu 19/7/2016 tarihinde Bursa Cumhuriyet Başsavcılığında ifade vermiş, ifadesinde özetle FETÖ/PDY ile bir ilgisinin bulunmadığını savunmuştur.

13. Bursa Cumhuriyet Başsavcılığı 19/7/2016 tarihinde silahlı terör örgütüne üye olma ve anayasal düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs etme suçlarından tutuklanması istemiyle başvurucuyu Bursa 4. Sulh Ceza Hâkimliğine sevk etmiştir.

14. Başvurucunun sorgusu Bursa 4. Sulh Ceza Hâkimliğinde 19-20/7/2016 tarihlerinde yapılmıştır. Sorgu sırasında başvurucunun müdafii de hazır bulunmuştur.

15. Başvurucunun sorgu sırasındaki ifadesi şöyledir:

"Öncelikle Cumhuriyet savcısında belirttiğim gibi bana bu suçlamaların dayanağını teşkil eden herhangi bir delil bildirilmemiştir, sadece Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu'nun bir üst yazısı okunmuştur. 14 yıllık meslek hayatım boyunca hiç bir şüpheliye herhangi bir delil bildirmeden bir suçlama yöneltildiğine şahit olmadım, bu sebeple söz konusu fetö-pdy terör örgütü üyesi olduğuma ilişkin dosyada ne gibi deliller bulunduğunun tarafıma bildirilmesi, akabinde ise Temmuz 2016 günü vuku bulan darbe olayına ne şekilde iştirak ettiğim, bunun nasıl bir parçası olduğumun tarafıma bildirilmesini istiyorum, çünkü bu darbe olayı olduğu zaman ve şehitler verilmesi üzerine son derece fazla lanet okuyup bu olayları yapanlara ağzıma gelen her şeyi söyledim, ancak 24 saat geçmeden bu olaya sanki iştirak etmişim gibi hakkımda mesleki açığa alınma kararı verildi. Savunma hakkımın kısıtlanmaması açısından sizden ricam bu kanaate nasıl ulaştığımı, hangi delillerin bulunduğu tarafıma bildirilmesini ve müebbet bir ceza ile yargılanma aşamasında olan biri olarak savunmamın kısıtlanmamasını talep ediyorum ... beni olaylarla ilişkilendiren herhangi bir delilin tarafıma bildirilemeyeceği, ayrıca dosyada mevcut olup olmadığı dahi tarafıma bildirilmeyeceği beyan edildiğinden savunmamın kısıtlandığı kanaatindeyim. Çünkü bildiğim kadarıyla fetö-pdy'nin başka eylemleri sebebiyle de açılan davalar vardır, ben bu davaların hiçbirinde şüpheli yada sanık değilim, bu davada neden şüpheli olduğumu bilmiyorum, çünkü olay gecesi ben Bursa'da evimde oturuyordum, hatta yatıyordum, gece vakti verilen sela ve camî anonsu üzerine uyandım, olaydan o sebeple haberdar oldum, olayı gerçekleştiren hiç kimseyi tanımıyorum, olaydan önceki zamanda söz konusu Ankara ve İstanbul illerine gitmedim, yıllar önce çalıştığım Pülümür ilçesinde o zamanki jandarma komutanı dışında tanıdığım bir asker dahi yoktur, ayrıca ben fetö-pdy'nin bir mensubu değilim, hiç bir etkinliğine katılmadım. Hiç bir kurumuna para dahi ödemedim, hiçbir organizasyonuna katılmadım, atılı suçlamaları kabul etmiyorum, neden böyle bir suçlamaya maruz kaldığımı da bilmiyorum, hakkımızda birileri bir yerlerden başka bir hüküm vermişse neden vermiş bilmiyorum, ben sadece mesleğimi yapıp ailemin geçimini temin etmeye çalışan sıradan bir insanım, olay sebebi ile haksız yere ve tamamen usule aykırı bir şekilde söz konusu ağır cezalı bir suç ile hiç bir bağlantım kurulmadan göz altı kararı çıkarılmış ve evimde arama yapılmıştır. İki gün göz altından sonra bu üçüncü günde bu zamana kadar hürriyetim kısıtlanmış, göz altının uzatıldığına dair tarafıma herhangi bir tebligat yapılmamıştır. Usulstüz yapılan işlemleri kabul etmiyorum, hiçbir delil olmayan bu soruşturma sebebi ile savunma hakkımı kullanamadığımı özellikle belirterek benim ve ailemin daha fazla mağdur edilmeden her türlü şekilde tutuksuz yargılanmak üzere saliverilmemi talep ediyorum."

16. Sorğu sonucunda başvurusunun silahlı terör örgütüne üye olma ve anayasal düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs etme suçlarından tutuklanmasına karar verilmiştir. Kararın ilgili kısımları şöyledir:

"...C. Başsavcılığı'nın talep tarihi itibarıyla henüz kamu düzeninin tam olarak sağlanamadığı örgüt üyeliğinin temadi eden bir eylem olduğu bu itibarla suç üstü halinin halen devam ettiği, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 94/1. Maddesi uyarınca atılı eylemin Ağır Ceza Mahkemesinin görevine giren suçüstü hali niteliğinde olduğu bu nedenle hazırlık soruşturması genel hükümlere görev yapılacak olup; Dosya içerisinde yer alan şüpheliler beyanları, doküman inceleme ve tespit tutanakları içerikleri, olay tutanakları içerikleri, ön inceleme tespit tutanakları içerikleri, arama el koyma tutanakları içerikleri, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu 2. Dairesinin darbe girişiminin ardından olağanüstü toplanarak 16/07/2016 tarih 2016/4 tedbir nolu kararı ile talebe konu Hakim ve Savcılarında bulunduğu İdari Yargıda 521, Adli Yargıda 2204 Hakim ve Savcı hakkında müfettiş raporlarına görüşerek Hakim ve Savcıların açığa alınmasına karar verildiği, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı Anayasal Düzene Karşı İşlenen Suçları Soruşturma Bürosunca açığa alınan Hakim ve Savcılar hakkında soruşturma yapılması için ilgili savcılıklara müzekkere yazıldığı, şüphelilerin isimlerinin Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu 2. Dairesinin darbe girişiminin ardından olağanüstü toplanarak 16/07/2016 tarih

2016/4 tedbir nolu kararı ile açığa alınmasına karar verilen ve Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı Anayasal Düzene Karşı İşlenen Suçları Soruşturma Bürosu tarafından açığa alınan Hakim ve Savcılar hakkında soruşturma yapılması için ilgili savcılıklara yazılan müzekkerelerde isimlerinin bulunmuş olması (belgeler içerikleri soruşturma dosyasında kısıtlama kararı bulunması nedeniyle CMK 153. Maddesi uyarınca yazılmamıştır.) ve tüm hazırlık dosya kapsamı dikkate alındığında şüphelilerin üzerilerine atılı eylemi fikir ve eylem birliği içerisinde işledikleri değerlendirilmekle ...CMK'nın 100/1. maddesi uyarınca kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin bulunduğu, ...Anayasal düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs etme suçunun CMK'nın 100/3 maddesinde sayılan katalog suçlar içerisinde yer alıyor olması ...suçu işledikleri hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığını gösteren somut delillerin bulunduğu bu itibarla şüpheliler hakkında CMK'nın 100/3 maddesinde belirtilen tutuklama nedeni var olduğu,

...şüpheliler hakkında kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin var olduğu, bir tutuklama nedeninin bulunduğu ve ölçülülük ilkesinin gerçekleştiği anlaşıldığından; Anayasanın 19. maddesi, AİHS' nin 5. maddesi ve 5271 Sayılı CMK'nın 100. maddesinde belirtilen tutuklama nedenlerinin var olduğu, ayrıca AİHS'nin 5/1 maddesi uyarınca özgürlükten yoksun bırakmanın yasalara uygun olup, 5271 Sayılı CMK'nın 100. maddesinin de AİHS'nin tüm maddelerinin özünde var olan hukukun üstünlüğü ilkesi ile uyumlu olduğu, şüphelilerin konumları nedeniyle AİHM'nin Wemhoff/Almanya kararında belirtildiği üzere salıverilmeleri halinde adaletin işleyişine zarar verecek faaliyette bulunulma tehlikesinin bu aşamada var olduğu, bu itibarla CMK'nın 100. maddesinde belirtilen tutuklama koşulları oluştuğu anlaşılmakla...

Yukarıda açıklanan nedenlerle şüpheliler hakkında 5271 Sayılı CMK'nın 100/1 maddesinde belirtilen 'kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin bulunduğu, CMY'nun 100/3a-8 maddesinde belirtilen tutuklama nedeni var olduğu, CMK'nın 100/1. maddesinde belirtilen ölçülülük ilkesine göre tutuklama kararının ölçülü olacağı ve adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağı anlaşıldığından şüphelilerin 5237 sayılı TCK'nın 309/1. maddesinde düzenlenen Anayasal düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs etme ve TCK'nın 314/2. maddesinde düzenlenen silahlı terör örgütüne üye olma suçlarından CMK'nın 100. ve devamı maddeleri gereğince tutuklanmalarına... [karar verildi.]"

17. Başvurucu 26/7/2016 tarihinde tutuklama kararına itiraz etmiş, Bursa 5. Sulh Ceza Hâkimliğince 27/7/2016 tarihinde "...Somut olayda tutuklama tedbirinin uygulanması bakımından yasal düzenleme dışında üst normlara da aykırılık bulunmadığı ve tutuklama şartlarının tüm unsurlarıyla gerçekleştiği..." gerekçesiyle itirazın kesin olarak reddine karar verilmiştir.

18. Anılan karar başvurucuya 29/7/2016 tarihinde tebliğ edilmiştir.

19. Başvurucu 12/8/2016 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

20. Bursa Cumhuriyet Başsavcılığı başvuru hakkında yürüttüğü soruşturmada yetkisizlik kararı vererek dosyayı Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına göndermiştir.

21. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı da 13/1/2017 tarihinde yetkisizlik kararı vererek dosyayı İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına göndermiştir.

22. Soruşturmayı yürüten İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı "Bylock programını bu aşamada kullanmadığının anlaşıldığı, sabit ikametgah sahibi olduğu, soruşturmanın geldiği aşama ve mevcut delil durumu itibarıyla tutuklama tedbiri yerine adli kontrol tedbirinin uygulanmasının daha uygun olduğu" gerekçesiyle başvurunun tahliyesine karar verilmesi

istemiyle sulh ceza hâkimliğine başvurmuştur. İstanbul 11. Sulh Ceza Hâkimliği 20/2/2017 tarihinde aynı gerekçelerle başvurunun tahliyesine ve yurt dışına çıkmama şeklinde adli kontrol altına alınmasına karar vermiştir.

23. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı 19/12/2017 tarihli kararıyla başvuru hakkında yürüttüğü soruşturmada yetkisizlik kararı vererek dosyayı Bursa Cumhuriyet Başsavcılığına göndermiştir.

24. Bursa Cumhuriyet Başsavcılığı 28/11/2018 tarihli iddianamesi ile başvurunun silahlı terör örgütü üyesi olma suçundan cezalandırılması istemiyle aynı yer ağır ceza mahkemesinde dava açmıştır. FETÖ/PDY'ye ve *ByLock* programına ilişkin genel açıklamaların yer aldığı iddianamede ilk olarak FETÖ/PDY'nin hangi amaç ve saikle kurulduğuna, hangi alanlarda faaliyet gösterdiğine, hiyerarşik yapısına ve hukuka aykırı hangi tür eylemlerde bulunduğu değinilmiştir.

25. İddianamede, başvurunun gerek organik olarak gerekse örgütsel nitelikli eylemleri bakımından FETÖ/PDY hiyerarşisi içinde yer aldığı ileri sürülmüştür. İddianamede özetle;

i. FETÖ/PDY ile irtibatlı olduğu gerekçesiyle Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) 2. Dairesinin 16/7/2016 tarihli ve 345 sayılı kararı ile başvurunun görevden uzaklaştırıldığı, akabinde HSYK'nın 24/8/2016 tarihli ve 426 sayılı kararı ile meslekten ihraç edildiği belirtilmiştir.

ii. Başvurunun kullanmakta olduğu cep telefonu üzerinde yapılan HTS analizi sonucu düzenlenen rapor içeriğine göre haklarında FETÖ/PDY ile bağlantılı suçlardan soruşturma yürütülen kişilerle telefon irtibatının bulunduğu ileri sürülmüştür.

iii. FETÖ/PDY'ye aidiyeti, iltisakı veya örgütle irtibatı olduğu gerekçesiyle 23/7/2016 tarihli ve 29779 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 667 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararname (OHAL KHK'sı) ile kapatılan Yargıçlar ve Savcılar Birliği (YARSAV) isimli (ayrıntılı bilgi için bkz. *Selçuk Özdemir* [GK], B. No: 2016/49158, 26/7/2017, § 22) derneğe 26/10/2010 tarihinde üye olduğunun belirlendiği belirtilmiştir.

iv. Aramalarda ele geçirilen dijital materyallerin imajları üzerinde bilirkişi heyeti tarafından yapılan incelemeler sonucu düzenlenen 11/9/2018 tarihli raporda; internet geçmişi çıkarımlarında örgütün propagandasını yaptığı bilinen sosyal medya hesapları ve internet sitelerinin takip edildiğine, buralarda paylaşılan bazı ses ya da video kayıtlarının izlendiğine, haber ve yorumların okunduğuna dair izler olduğu, FETÖ/PDY'yi övücü nitelikte olduğu değerlendirilen yazı, ekran görüntüsü, fotoğraf ve değişik gazetelerden örgütle ilgili çok sayıda haberin tablete kaydedildiği belirtilmiştir.

v. Belirtilen inceleme raporunda ayrıca başvurunun kullanmakta olduğu cep telefonunda *ByLock* uygulamasının yüklü olduğuna dair bir tespit yapılamadığı ancak uygulamanın kurulumuna dair izlerin telefonda kayıtlı bulunan *meh...@gmail.com* adlı mail adresinde yer aldığının belirlendiği ileri sürülmüştür.

26. İddianamede ayrıca başvuru hakkında beyanda bulunan bazı tanıkların anlatımlarına yer verilmiştir. Bunlardan;

- A.Ş. "...2014 yılı Hâkim ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) seçimlerinde Yargıda Birlik Platformunu desteklemediğini bildiğini" ifade etmiştir.

- M.A.Ç. ifadesinde "...Ben, tanıdığım kadarıyla Mustafa Özerzi'nin FETÖ ile irtibatlı olduğunu gösterir ya da FETÖ'ye sempati duyduğunu gösterir hiçbir söz ve davranışına şahit olmadım. Bursa infaz hakimi olarak görev yapıyordu, muhalif bir insandı. Muhalefeti hemen hemen her konuda mevcuttu. Örneğin, masanın üzerindeki bir cismin rengi neden siyah değil de kahverengi gibi bir konuda dahi muhalefet ederdi. Muhalifliğini siyasi anlamda kastetmiyorum. ...Birlikte görev yaptığımız ve arkadaşlık ettiğimiz süre içerisinde örgütsel tutum ve davranışına rastlamadım. 2014 HSYK üyeliği seçimlerinde benden ya da bir başkasından, bağımsız olarak görünen adaylara karşı oy istediğini ya da propaganda faaliyeti yürüttüğüne asla şahit olmadım. Kime oy verdiğini de bilmiyorum, bu tarz konularda pek konuşmazdı..." şeklinde beyanda bulunmuştur.

27. İddianamenin, başvuruca isnat edilen suça dayanak olan olgulara ilişkin hukuki değerlendirmelerle ilgili kısmı şöyledir:

"...Bursa hakimi olarak görev yapmakta iken FETÖ ile iltisaklı olduğu gerekçesiyle HSYK tarafından meslektan çıkarılan şüpheli Mustafa Özerzi'nin savunmasının aksine, silahlı bir terör örgütü olan fetullahçı terör örgütüne üye olduğuna dair kamu davası açılması için yeterli delil elde edildiği anlaşılmıştır."

28. Bursa 11. Ağır Ceza Mahkemesi (Mahkeme) 5/12/2018 tarihinde iddianamenin kabulüne karar vermiş ve E.2018/601 sayılı dosya üzerinden kovuşturma aşaması başlamıştır.

29. Mahkemece 26/2/2019 tarihinde yapılan ilk duruşmada başvurucaın savunması alınmış, tanık(lar) dinlenmiş ve iddia makamı esas hakkındaki mütalaasını sunmuştur.

30. Mahkemenin 2/4/2019 tarihli kararıyla başvurucaın silahlı terör örgütüne üye olma suçundan beraatine karar verilmiştir. Kararın ilgili kısımları şöyledir:

"...

Sanıktan ele geçirilen dijital veriler üzerindeki inceleme raporlarında; sanığın örgüt ele başının ve örgüt üyelerinin hesaplarını ve yayın organlarını takip ettiğİ anlaşılmıştır. Yine sanığa ait olduğunda tereddüt bulunmayan e-mail hesabında Bylock isimli programın kalıntılarına rastlandığı tespit edilmiştir. Yukarıda ayrıntılarıyla açıklandığı üzere, bir kişinin Bylock isimli programı kullandığının tereddüte yer bırakmayacak kesinlikle teknik verilerle ortaya konulması gerekmektedir. Sanığın Bylock isimli programı kullanıp kullanmadığı yönünde yapılan araştırmada, kendisine ya da başkasına ait bir telefon hattı üzerinden bu programı kullandığı ortaya konulamamıştır. Tek başına bahsi geçen mail hesabında bu programın kalıntılarının bulunmuş olması sanığın bu programı kullandığı kanaatine varmak için yeterli değildir. Bu nedenlerle sanığın Bylock isimli gizli ve kriptolu haberleşme programını kullandığı sabit görölmemiştir. Yine her ne kadar sanığın örgüte ve ele başına ait yayınları takip ettiğİ yapılan dijital veri inceleme sonuçlarından tespit edilmiş ise de, Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin istikrar kazanan uygulamalarından da anlaşılaçağı üzere örgüte ait yayınlarının takip edilmesi sanığın örgüte sempati duyduğunu ortaya koyabilir ancak bu husus tek başına örgüt üyeliğİ suçu açısından yeterli değildir.

Her ne kadar sanığın örgütle iltisaklı olması nedeniyle KHK'lar kapsamında kapatılmasına karar verilen Yarsav üyesi olduğu belirtilmiş ise de; Yargıtayın istikrar kazanan kararlarında da belirtildiği üzere, bu husus tek başına örgüt üyeliği için delil kabul edilemeyeceğinden ve sanığın örgüt talimatı ile bu derneğe üye olduğu ortaya konulmadığından sanığın dernek üyeliği örgüt üyeliği suçu yönünden delil olarak göz önünde bulundurulmamıştır.

Kuruluş, amaç, örgüt yapılanması ve faaliyet yöntemleri Yargıtay 16. Ceza Dairesi (İlk Derece Mahkemesi sıfatıyla)'nin 24.04.2017 tarih 2015/3 esas 2017/3 karar sayılı Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 26/09/2017 Tarih, 2017/956 Esas ve 2017/370 Karar sayılı kararı ile onanan kararında ve istikrar kazanmış yargısal kararlarda açıklandığı üzere; anlatılan ve nihai amacı, Devletin Anayasal nizamını cebir ve şiddet kullanılarak değiştirmek olduğu anlaşılan FETÖ/PDY terör örgütünün başlangıçta bir ahlak ve eğitim hareketi olarak ortaya çıkması ve toplumun her katmanının büyük bir kesimince de böyle algılanması, amaca ulaşmak için her yolu mübah gören fakat sözde meşruiyetini sivil alanda dinden, kamusal alanda ise hukuktan aldığı izlenimi vermek için yeterli güce ulaşmaya kadar alenen kriminalize olmamaya özen göstermesi gerçeği nazara alındığında, örgütün sözde meşruiyet vitrini olarak kullanılan katlarla irtibatlı olduğu anlaşılan ve fakat örgütün nihai amacını bildiği, örgütle organik bir bağ kurarak hiyerarşisine dahil olduğu yönünde herhangi bir delil bulunmayan ve bu bakımdan atılı suçu işlediği sabit olmayan sanığın CMK 223/2-e maddesi uyarınca beraatine dair aşağıdaki şekilde karar verilmiştir."

31. Başvurucu hakkında verilen beraat hükmüne karşı Cumhuriyet savcısınca istinaf yoluna başvurulmuştur. Cumhuriyet savcısının istinaf talebinin gerekçesinin ilgili kısmı şöyledir:

"...sanığın örgüt ile irtibat ve iltisaklı olduğu gerekçesiyle KHK ile kapatılan YAR-SAV isimli derneğe 26/10/2010 tarihinde üye olduğunun belirlendiği,

Sanıktan ele geçirilen muhtelif dijitaler üzerinde yapılan inceleme sonucunda; sanığın alınan savunmasında kullandığını kabul ettiği ve telefonunda kayıtlı bulunan meh...@gmail.com adlı mail adresinde Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin 24.4.2017 tarih 2015/3 esas 2017/3(İlk Derece Sıfatıyla) karar sayılı kararında ve 14.7.2017 tarih 2017/1443 -4758 sayılı ilamında açıklandığı üzere; oluşturulması, dahil olunması, kullanılması ve teknik özellikleri itibarıyla münhasıran FETÖ/PDY silahlı terör örgütü mensuplarınca kullanılan kriptolu haberleşme programı Bylock'un kurulumuna dair izlerin bulunduğu tespit edildiği,

Ayrıca yine dijitaler içerisinde; bazı kısımlarının özel renklerle işaretlediği ve içeriğinde örgüt ele başı Fethullah Gülen ve cemaat olarak bahsedilen örgütle ilgili dökümanların, örgütün 17-25 Aralık operasyonunda propaganda amaçlı hazırlanmış olduğu videoların, örgüt lideri Fethullah Gülen'in röportajını içeren ve örgütün yurt dışı okulları için propaganda ve tanıtım amaçlı hazırlandığı değerlendirilen videoların, örgütün propagandasını yaptığı bilinen sosyal medya hesapları ve internet sitelerine ait izlerin, MyLibraray Lite uygulamasının veri tabanında örgüt ele başı Fethullah Gülen'e ait kitaplara ve yine Fethullah GÜLEN'in yayımladığı 'Basın açıklamaları, Görüşleri, Mesajları, Röportajları, Hayatı vb.' yazıların bulunduğu E-kitap izlerinin bulunduğu birliktir. Bu raporun tespiti edildiği, neticede tüm bu hususlar dikkate alındığında sanığın örgüt ile irtibatının bulunduğu ve örgüt hiyerarşisi içerisinde yer aldığı böylelikle FETÖ/PDY silahlı terör örgütüne üye olduğu anlaşılmakla, sanığa hakkında atılı suçtan mahkumiyeti yerine beraat kararı verilmesi usul ve yasa yönünden kanuna aykırıdır."

32. Bireysel başvurunun incelendiği tarih itibarıyla istinaf incelemesi devam etmektedir.

IV. İLGİLİ HUKUK

33. 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "*Tanımlar*" kenar başlıklı 2. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

"Bu Kanunun uygulanmasında;

a) Şüpheli: Soruşturma evresinde, suç şüphesi altında bulunan kişiyi,

b) Sanık: Kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar, suç şüphesi altında bulunan kişiyi,

...

e) Soruşturma: Kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi,

f) Kovuşturma: İddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi,

g) İfade alma: Şüphelinin kolluk görevlileri veya Cumhuriyet savcısı tarafından soruşturma konusu suçla ilgili olarak dinlenmesini,

h) Sorgu: Şüpheli veya sanığın hâkim veya mahkeme tarafından soruşturma veya kovuşturma konusu suçla ilgili olarak dinlenmesini,

...

j) Suçüstü:

1. İşlenmekte 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,

...

İfade eder."

34. 5271 sayılı Kanun'un "*Tutuklama nedenleri*" kenar başlıklı 100. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

"(1) Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir. İşin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemez.

(2) Aşağıdaki hallerde bir tutuklama nedeni var sayılabilir:

a) Şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olgular varsa.

b) Şüpheli veya sanığın davranışları;

1. Delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme,

2. Tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma,

Hususlarında kuvvetli şüphe oluştuyorsa.

(3) Aşağıdaki suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde, tutuklama nedeni var sayılabilir:

a) 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;

...

11. Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315),

..."

35. 5271 sayılı Kanun'un "Tutuklama kararı" kenar başlıklı 101. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"(1) Soruşturma evresinde şüphelinin tutuklanmasına Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından, kovuşturma evresinde sanığın tutuklanmasına Cumhuriyet savcısının istemi üzerine veya re'sen mahkemece karar verilir. Bu istemlerde mutlaka gerekçe gösterilir ve adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını belirten hukuki ve fiili nedenlere yer verilir.

(2) Tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya bu husustaki bir tahliye isteminin reddine ilişkin kararlarda;

a) Kuvvetli suç şüphesini,

b) Tutuklama nedenlerinin varlığını,

c) Tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunu,

gösteren deliller somut olgularla gerekçelendirilerek açıkça gösterilir. Kararın içeriği şüpheli veya sanığa sözlü olarak bildirilir, ayrıca bir örneği yazılmak suretiyle kendilerine verilir ve bu husus kararda belirtilir."

36. 5271 sayılı Kanun'un "Cumhuriyet savcısının görev ve yetkileri" kenar başlıklı 161. maddesinin (8) numaralı fıkrası şöyledir:

"Türk Ceza Kanununun 302, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 316 ncı maddelerinde düzenlenen suçlar hakkında, görev sırasında veya görevinden dolayı işlenmiş olsa bile Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapılır. 1/11/1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanununun 26 ncı maddesi hükmü saklıdır."

37. 6/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "*Silâhlı örgüt*" kenar başlıklı 314. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

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

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

38. 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun "*Terör tanımı*" kenar başlıklı 1. maddesi şöyledir:

"Terör; cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasi, hukuki, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafla uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir."

39. 3713 sayılı Kanun'un "*Terör suçlusu*" kenar başlıklı 2. maddesi şöyledir:

"Birinci maddede belirlenen amaçlara ulaşmak için meydana getirilmiş örgütlerin mensubu olup da, bu amaçlar doğrultusunda diğerleri ile beraber veya tek başına suç işleyen veya amaçlanan suçu işlemese dahi örgütlerin mensubu olan kişi terör suçlusudur.

Terör örgütüne mensup olmasa dahi örgüt adına suç işleyenler de terör suçlusudur sayılır."

40. 3713 sayılı Kanun'un "*Terör suçları*" kenar başlıklı 3. maddesi şöyledir:

"26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 302, 307, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 320 nci maddeleri ile 310 uncu maddesinin birinci fıkrasında yazılı suçlar, terör suçlarıdır."

41. 3713 sayılı Kanun'un "*Cezaların artırılması*" kenar başlıklı 5. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi şöyledir:

"3 ve 4 üncü maddelerde yazılı suçları işleyenler hakkında ilgili kanunlara göre tayin edilecek hapis cezaları veya adli para cezaları yarı oranında artırılarak hükmolunur."

42. 26/9/2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un "*Sulh ceza hâkimliği*" kenar başlıklı 10. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, yürütülen soruşturmalarda hâkim tarafından verilmesi gerekli kararları almak, işleri yapmak ve bunlara karşı yapılan itirazları incelemek amacıyla sulh ceza hâkimliği kurulmuştur."

43. 5235 sayılı Kanun'un "*Ağır ceza mahkemesinin görevi*" kenar başlıklı 12. maddesinin birinci cümlesi şöyledir:

"Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, Türk Ceza Kanununda yer alan yağma (m. 148), irtikâp (m. 250/1 ve 2), resmî belgede sahtecilik (m. 204/2), nitelikli dolandırıcılık (m. 158), hileli iflâs (m. 161) suçları, Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısımının Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (318, 319, 324, 325 ve 332 nci maddeler hariç) ve 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun kapsamına giren suçlar dolayısıyla açılan davalar ile ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmakla ağır ceza mahkemeleri görevlidir."

44. 24/2/1983 tarihli ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun "Ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâlleri" kenar başlıklı 94. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâllerinde hazırlık soruşturması genel hükümlere göre yapılır. Hazırlık soruşturması yetkili Cumhuriyet savcıları tarafından bizzat yürütülür."

Bu halde durumun hemen Adalet Bakanlığına bildirilmesi zorunludur."

45. Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 15/2/2018 tarihli ve E.2018/103, K.2018/474 sayılı ilamının ilgili kısmı şöyledir:

"...Örgüte sadece sempati duymak ya da örgütün amaçlarını, değerlerini, ideolojisini benimsemek, buna ilişkin yayınları okumak, bulundurmak, örgüt liderine saygı duymak gibi eylemler örgüt üyeliği için yeterli değildir ..."

46. Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 26/10/2017 tarihli ve E.2017/1809, K.2017/5155 sayılı ilamının ilgili kısmı şöyledir:

"...nihai amacı, Devletin Anayasal nizamını cebir ve şiddet kullanarak değiştirmek olduğu anlaşılan FETÖ/PDY terör örgütünün başlangıçta bir ahlak ve eğitim hareketi olarak ortaya çıkması ve toplumun her katmanının büyük bir kesimince de böyle algılanması, amaca ulaşmak için her yolu mübah gören fakat sözde meşruiyetini sivil alanda dinden, kamusal alanda ise hukuktan aldığı izlenimi vermek için yeterli güce ulaşınca kadar alenen kriminalize olmamaya özen göstermesi gerçeği nazara alındığında, örgütün sözde meşruiyet vitrini olarak kullanılan katlarla irtibatlı olduğu anlaşılan ve fakat örgütün nihai amacını bildiği, örgütle organik bir bağ kurarak hiyerarşisine dahil olduğu yönünde herhangi bir delil bulunmayan sanığın, hükme esas alınan ikrarı ve HTS kayıt içeriğine göre ... İlçe Tarım Müdürlüğü'nde ziraat mühendisi olarak görev yaptığı dönemde, örgütün ilçe imamı olduğu iddia edilen ve örgütün ilçe yapılanması içerisinde görevli oldukları iddiasıyla haklarında soruşturma yürütülen şahıslarla telefonla görüşmek suretiyle irtibat içinde olmak, çoğunluğu kamuoyu nezdinde örgütün gerçek yüzünü ortaya koyan, hukuki kılıflarla kamu görevlileri ve sivil şahıslara yönelik bir kısım operasyonlara başladığı 2013 yılı öncesinde olmak üzere birkaç kez de bu tarihten sonra örgütün dini sohbet toplantılarına katılmak, örgüt tarafından çıkarılan gazetelere gerçek ismiyle abone olmak ve çocuğunu örgüte müzahir olması nedeniyle kapatılan Altınbaşak isimli okula göndermekten ibaret eylemlerinin, sanığın konum ve kişisel özellikleri de nazara alındığında sempati ve iltisak boyutunu aşan, örgüt üyesi olduğunu ispat etmeye yeterli örgütsel faaliyetler kapsamında değerlendirilemeyeceği gözetilerek..."

47. Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 14/3/2019 tarihli ve E.2018/4907, K.2019/1777 sayılı ilamının ilgili kısmı şöyledir:

"...Vicdani kanının oluştuğu duruşma sürecini yansıtan tutanaklar, belgeler ve gerekçe içeriğine göre ve sanığın Yarsav ve yıllık kurulu üyeliğinin örgütsel faaliyet olarak değerlendirilemeyeceği belirlenerek yapılan incelemede..."

48. Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 28/11/2018 tarihli ve E.2018/3946, K.2018/4654 sayılı ilamının ilgili kısmı şöyledir:

"...Doğrudan rgttn alınan talimat üzerine, örgütsel bir faaliyet olarak ye olunduğuna/görev yapıldığına dair somut delil bulunmadıkça Yarsav Derneği yesi olmanın ve Adalet Akademisinde staj yapılan döneme ilişkin albüm kurulunda yer almanın örgütsel faaliyet olarak kabul edilemeyeceğinin gözetilmemesi..."

V. İNCELEME VE GEREKÇE

49. Mahkemenin 31/10/2019 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği dşnld:

A. Özel Hayatın Gizliliği ve Aile Hayatına Saygı Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

50. Başvurucu, görevli ve yetkili olmayan merciler tarafından hukuka aykırı olarak, *ağır cezalı suçüstü* hâli olmadan arama kararı verildiğini, haksız olarak evinde ve işyerinde yapılan aramalar nedeniyle özel hayatın gizliliği ve aile hayatına saygı haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

51. Bakanlık görüşünde; başvurucunun şikâyetlerine yönelik olarak 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (i) bendi uyarınca dava açma hakkının mevcut olduğu, bu çerçevede başvurucu tarafından 5271 sayılı Kanun'un 141. ve devamı maddeleri uyarınca mevcut olan başvuru yolu tkutilmeden başvuru yapıldığı beyan edilmiştir.

2. Değerlendirme

52. Anayasa Mahkemesi *Hülya Kar* (B. No: 2015/20360, 27/2/2019) kararında, koruma tedbirlerinin maddi hakları ihlal ettiği iddiaları yönünden bireysel başvuruda yapılması gereken denetimin sınırlarını çizmiştir. Koruma tedbirine karar veren makamların tedbir uygulanmasının gerekliliğine dair daha iyi değerlendirme yapabilecek konumda olmaları nedeniyle geniş takdir yetkisine sahip oldukları kabul edilmiştir. Bu doğrultuda ancak koruma tedbiri nedeniyle uğranılan zararın kaçınılmaz olandan ağır sonuçlara yol atığının veya keyfi uygulandığının ilk bakışta anlaşılacak kadar açık olduğu hâllerde esas yönünden daha ileri bir değerlendirme yapılması gerektiği kabul edilmiştir (*Hülya Kar*, řř 21-46).

53. Somut olayda soruşturma mercilerince verilmiş arama kararına dayanılarak başvurucunun konutunda ve işyerinde arama yapılmıştır. Başvurucu bu tedbir nedeniyle özel hayatın gizliliği ve aile hayatına saygı haklarının ihlal edildiğini iddia etmektedir. Söz konusu tedbirin suç delillerini elde etme amacıyla gerçekleştirildiği anlaşılmaktadır.

54. Koruma tedbirine yönelik şikâyetlerde Anayasa Mahkemesi kararın verildiği dönemin şartlarını dikkate alır. Başvuruya konu koruma tedbiri maddi gerçeğin ortaya çıkmasını temin etmek amacıyla ve suç şüphesi bulunan hâllerde uygulanmıştır. Söz konusu tedbir öngörülebilir ve kesin bir hukuki düzenlemeye dayanmakta olup başvurucuya itirazlarını sorumlu makamlar önünde etkin bir biçimde ortaya koyabilme imkanı tanınmıştır. Bundan başka tedbir süreklilik arz eder biçimde uygulanmamıştır. Koruma tedbirinin durumun gerektirdiğinden daha uzun sürdüğü veya hedeflenen amaca ulaşmak bakımından açıkça elverişsiz olduğu değerlendirilmemiştir.

55. Başvuru konusu koruma tedbirinin türü, süresi, uygulanma tarzı ve kişinin yaşamı üzerindeki etkileri birlikte değerlendirildiğinde başvurucunun uğradığı zararın kaçınılmaz olandan ağır olduğu veya koruma tedbirinin keyfi uygulandığı değerlendirilmemiş; başvuru da bireysel başvuru formunda aksini kanıtlayacak bir açıklamada bulunmamıştır.

56. Açıklanan gerekçelerle başvurunun bu kısmının, diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

B. Mülkiyet Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

57. Başvurucu, haksız olarak evinde ve işyerinde yapılan aramalarla bir kısım eşyasına el konulduğunu belirterek el koymalar nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

58. Bakanlık görüşünde; başvurucunun şikâyetlerine yönelik olarak 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (i) bendi uyarınca dava açma hakkının mevcut olduğu, bu çerçevede başvuru tarafından 5271 sayılı Kanun'un 141. ve devamı maddeleri uyarınca mevcut olan başvuru yolu tüketilmeden başvuru yapıldığı beyan edilmiştir.

2. Değerlendirme

59. Somut olayda başvurucunun dijital materyallerine 5271 sayılı Kanun'un 134. maddesi kapsamında el konulmuştur. Bu elkoyma işleminin hukukiliği ve kesin sonuçları derece mahkemeleri tarafından yapılacak yargılama sonucunda ortaya çıkacaktır. Öte yandan el konulan dijital materyaller ile cep telefonlarının incelenmesi tamamlandıktan sonra başvurucuya iade edilmesi mümkün olacaktır. Son olarak 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (j) bendinde "*Eşyasına veya diğer malvarlığı değerlerine, koşulları oluşmadığı halde elkonulan veya korunması için gerekli tedbirler alınmayan ya da eşyası veya diğer malvarlığı değerleri amaç dışı kullanılan veya zamanında geri verilmeyen*" kişilerin uğramış olduğu maddi zararları isteyebileceği belirtilmiştir. Başvurucunun yargılama sonunda elkoyma nedeniyle uğradığı zararları bu tazminat yoluna başvurmak suretiyle tazmin edebilmesi de mümkün olacaktır. Dolayısıyla başvurunun hukuk sisteminde mevcut idari ve yargısal yollar tüketilmeksizin yapıldığı anlaşılmaktadır.

60. Açıklanan gerekçelerle başvurunun bu kısmının *başvuru yollarının tüketilmemiş olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

C. Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddialar

1. Yakalama ve Gözaltının Hukuki Olmadığına İlişkin İddia

a. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

61. Başvurucu; makul şüphle olmadan ve koşulları bulunmadan hakkında yakalama kararı verilerek gözaltına alınmasının ve uzun süre gözaltında tutulmasının hukuka aykırı olduğunu, bu kararların gerekçesiz olarak verildiğini belirterek kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

62. Bakanlık görüşünde başvurucunun bu bölümdeki iddialarına ilişkin bir açıklamaya yer verilmemiştir.

b. Değerlendirme

63. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesi şöyledir:

"Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır."

64. 30/30/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un *"Bireysel başvuru hakkı"* kenar başlıklı 45. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

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

65. Anılan Anayasa ve Kanun hükümlerine göre bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurulabilmesi için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması gerekir. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru, iddia edilen hak ihlallerinin derece mahkemelerince düzeltilmemesi hâlinde başvurulabilecek ikincil nitelikte bir kanun yoludur (*Ayşe Zıraman ve Cennet Yeşilyurt*, B. No: 2012/403, 26/3/2013, řř 16, 17).

66. Anayasa Mahkemesi, kanunda öngörölen gözaltı süresinin aşıldığı veya yakalama ve gözaltına alınmanın hukuka aykırı olduğu iddialarına ilişkin olarak bireysel başvurunun incelendiği tarih itibarıyla asıl dava sonuçlanmamış da olsa -ilgili Yargıtay içtihatlarına atıf yaparak- 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesinde öngörölen tazminat davası açma imkânının tüketilmesi gereken etkili bir hukuk yolu olduğu sonucuna varmıştır (*Hikmet Kopar ve diğerleri* [GK], B. No: 2014/14061, 8/4/2015, řř 64-72; *Hidayet Karaca* [GK], B. No: 2015/144, 14/7/2015, řř 53-64; *Günay Dağ ve diğerleri* [GK], B. No: 2013/1631, 17/12/2015, řř 141-150; *İbrahim Sönmez ve Nazmiye Kaya*, B. No: 2013/3193, 15/10/2015, řř 34-47).

67. Öte yandan Anayasa Mahkemesi olağanüstü hâl ilanı sonrasında uygulanan, olağan döneme göre daha uzun süreli gözaltı tedbirleri yönünden de bu sürelerin makul olmadığı şikâyetlerini incelemiş ve bu konuda 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesinde öngörölen tazminat davası açma imkânının tüketilmesi gereken etkili bir hukuk yolu olduğu sonucuna varmıştır (*Neslihan Aksakal*, B. No: 2016/42456, 26/12/2017, řř 30-37; *Mehmet Hasan Altan* (2) [GK], B. No: 2016/23672, 11/1/2018, řř 84-93).

68. Somut olayda başvuru yönünden yakalama ve gözaltı tedbirlerinin hukuki olmadığına ve gözaltı süresinin uzunluğuna ilişkin iddialarla ilgili olarak anılan kararlarda varılan sonuçlardan ayrılmayı gerektiren bir durum bulunmamaktadır.

69. Açıklanan gerekçelerle başvurunun bu kısmının *başvuru yollarının tüketilmemesi* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Tutuklamaya Karşı İtiraz Hakkının Etkin Olarak Kullanılmadığına İlişkin İddia

a. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

70. Başvurucu; tutuklama ve tutukluluğa itirazın reddi kararlarını veren sulh ceza hâkimliklerinin bağımsız, tarafsız ve etkili bir başvuru mercii olmadığını, bu nedenle tutuklamaya karşı etkili başvuru hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

71. Bakanlık görüşünde başvurunun bu bölümdeki iddialarına ilişkin bir açıklamaya yer verilmemiştir.

b. Değerlendirme

72. Anayasa Mahkemesince sulh ceza hâkimliklerinin doğal hâkim güvencesini sağlamadığına, tarafsız ve bağımsız mahkeme olmadığına ve tutukluluğa itirazın bu yargı mercilerince karara bağlanmasının hürriyetten yoksun bırakılmaya karşı etkili bir itirazda bulunmayı imkânsız hâle getirdiğine ilişkin iddialar birçok kararda incelenmiş; bu kararlarda sulh ceza hâkimliklerinin yapısal özellikleri dikkate alınarak söz konusu iddiaların açıkça dayanaktan yoksun olduğu sonucuna varılmıştır (*Hikmet Kopar ve diğerleri*, §§ 101-115; *Mehmet Baransu (2)*, B. No: 2015/7231, 17/5/2016, §§ 64-78, 94-97).

73. Somut başvuruda aynı mahiyetteki iddialara ilişkin olarak anılan kararlarda varılan sonuçtan ayrılmayı gerektiren bir durum bulunmamaktadır.

74. Açıklanan gerekçelerle başvurunun iddialarına ilişkin olarak bir ihlalin bulunmadığı açık olduğundan başvurunun bu kısmının *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

3. Tutuklamanın Hukuki Olmadığına İlişkin İddia

a. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

75. Başvurucu; suç şüphesi ve bunu haklı kılan deliller olmamasına rağmen hakkında tutuklama kararı verildiğini, delilleri karartma tehlikesi ve kaçma şüphesinin de somut olayda mevcut olmadığını belirterek kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

76. Başvurucu ayrıca görevinden kaynaklanan güvencelere riayet edilmeksizin tutuklandığını iddia etmiştir. Başvurucuya göre tutuklanmasına karar verildiği tarihte hâkim olmasından dolayı hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılabilmesi için 24/2/1983 tarihli ve 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'na göre gerekli özel şartlar oluşmadan soruşturma yürütülmüş, yetkisiz ve görevsiz mercilerce hukuka aykırı olarak tutuklanmıştır.

77. Bakanlık görüşünde; terör suçlarının soruşturulmasının kamu makamlarını ciddi zorluklarla karşı karşıya bıraktığı, isnat edilen eylemlerin suç oluşturup oluşturmadığı, tutuklamaya ilişkin olanlar da dâhil kanun hükümlerinin yorumu ve bunların somut olaylara uygulanmasının derece mahkemelerinin takdir yetkisi kapsamında olduğunu, bu itibarla başvurunun şikâyetlerinin incelenmesinde belirtilen hususların da dikkate alınması gerektiği beyan edilmiştir.

b. Değerlendirme

78. Anayasa'nın *"Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması"* kenar başlıklı 13. maddesi şöyledir:

"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

79. Anayasa'nın *"Kişi hürriyeti ve güvenliği"* kenar başlıklı 19. maddesinin birinci fıkrası ile üçüncü fıkrasının birinci cümlesi şöyledir:

"Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir.

...

Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yokedilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilir."

80. Başvurucunun bu bölümdeki iddialarının Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrası bağlamında, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı kapsamında incelenmesi gerekir.

i. Uygulanabilirlik Yönünden

81. Anayasa'nın *"Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması"* kenar başlıklı 15. maddesi şöyledir:

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

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

82. Anayasa Mahkemesi, olağanüstü yönetim usullerinin uygulandığı dönemlerde alınan tedbirlere ilişkin bireysel başvuruları incelerken Anayasa'nın 15. maddesinde ortaya konulan temel hak ve özgürlüklere ilişkin güvence rejimini dikkate alacağını belirtmiştir (Aydın Yavuz ve diğerleri, §§ 187-191). Soruşturma mercilerince başvurucuya yöneltilen ve

tutuklama tedbirine konu olan suçlama, başvurusunun darbe teşebbüsünün arkasındaki yapılanma olduğu belirtilen FETÖ/PDY üyesi olduğu iddiasıdır. Anayasa Mahkemesi anılan suçlamanın olağanüstü hâl ilanını gerekli kılan olaylarla ilgili olduğunu değerlendirmiştir (*Selçuk Özdemir*, § 57).

83. Bu itibarla başvuru hakkında uygulanan tutuklama tedbirinin hukuki olup olmadığının incelenmesi Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılacaktır. Bu inceleme sırasında öncelikle başvurusunun tutuklanmasının başta Anayasa'nın 13. ve 19. maddeleri olmak üzere diğer maddelerinde yer alan güvencelere aykırı olup olmadığı tespit edilecek, aykırılık saptanması hâlinde ise Anayasa'nın 15. maddesindeki ölçütlerin bu aykırılığı meşru kılıp kılmadığı değerlendirilecektir (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, §§ 193-195, 242; *Selçuk Özdemir*, § 58).

ii. Kabul Edilebilirlik Yönünden

84. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan başvurunun bu kısmının kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

iii. Esas Yönünden

(1) Genel İlkeler

85. Anayasa'nın 19. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına sahip olduğu ilke olarak ortaya konulduktan sonra ikinci ve üçüncü fıkralarında, şekil ve şartları kanunda gösterilmek şartıyla kişilerin özgürlüğünden mahrum bırakılabileceği durumlar sınırlı olarak sayılmıştır (*Murat Narman*, B. No: 2012/1137, 2/7/2013, § 42).

86. Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik bir müdahale olarak tutuklamanın Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ve tutuklama tedbirinin niteliğine uygun düşen, kanun tarafından öngörülme, Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen haklı sebeplerden bir veya daha fazlasına dayanma ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir (*Halas Aslan*, B. No: 2014/4994, 16/2/2017, §§ 53, 54).

87. Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasına göre tutuklama ancak *suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler* bakımından mümkündür. Bir başka anlatımla tutuklamanın ön koşulu, kişinin suçluluğu hakkında kuvvetli belirtinin bulunmasıdır. Bunun için suçlamanın kuvvetli sayılabilecek inandırıcı delillerle desteklenmesi gerekir (*Mustafa Ali Balbay*, B. No: 2012/1272, 4/12/2013, § 72).

88. Öte yandan Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında, tutuklama kararının *kaçma ya da delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini* önlemek amacıyla verilebileceği belirtilmiştir. 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesine göre de şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olguların bulunması, şüpheli veya sanığın davranışlarının delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme, tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma hususlarında kuvvetli şüphe oluşturması hâllerinde tutuklama kararı verilebilecektir. Maddede ayrıca işlendiği konusunda kuvvetli şüphe bulunması şartıyla tutuklama nedeninin varsayılabileceği suçlara ilişkin bir listeye yer verilmiştir (*Halas Aslan*, §§ 58, 59).

89. Diğer taraftan Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamaların *ölçülülük* ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Bu bağlamda dikkate alınacak hususlardan biri, tutuklama tedbirinin isnat edilen suçun önemi ve uygulanacak olan yaptırımın ağırlığı karşısında ölçülü olmasıdır (*Halas Aslan*, § 72).

90. Her somut olayda tutuklamanın ön koşulu olan suçun işlendiğine dair kuvvetli belirtinin olup olmadığının, tutuklama nedenlerinin bulunup bulunmadığının ve tutuklama tedbirinin ölçülülüğünün takdiri öncelikle anılan tedbiri uygulayan yargı mercilerine aittir. Zira bu konuda taraflarla ve delillerle doğrudan temas hâlinde olan yargı mercileri Anayasa Mahkemesine kıyasla daha iyi konumdadır (*Gülser Yıldırım* (2) [GK], B. No: 2016/40170, 16/11/2017, § 123). Bununla birlikte yargı mercilerinin belirtilen hususlardaki takdir aralığını aşıp aşmadığı Anayasa Mahkemesinin denetimine tabidir. Anayasa Mahkemesinin bu husustaki denetimi, somut olayın koşulları dikkate alınarak özellikle tutuklamaya ilişkin süreç ve tutuklama kararının gerekçeleri üzerinden yapılmalıdır (*Erdem Gül ve Can Dündar* [GK], B. No: 2015/18567, 25/2/2016, § 79; *Selçuk Özdemir*, § 76; *Gülser Yıldırım* (2), § 124).

(2) İlkelerin Olaya Uygulanması

91. Somut olayda öncelikle başvuruçunun tutuklanmasının kanuni dayanağının olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Başvurucu, darbe teşebbüsünün arkasındaki yapılanma olduğu belirtilen FETÖ/PDY mensubu olduğu iddiasıyla yürütülen soruşturma kapsamında silahlı terör örgütü üyesi olma suçlamasıyla 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesi uyarınca tutuklanmıştır.

92. Diğer taraftan başvuruçuyu bir hâkim olarak mesleğinden kaynaklanan güvencelerin hiçbirine riayet edilmeksizin, yetkili ve görevli olmayan mahkemece tutuklandığını iddia etmektedir.

93. Anayasa Mahkemesi, darbe teşebbüsünden sonraki dönemde bu teşebbüsün arkasındaki yapılanma olduğu kabul edilen FETÖ/PDY ile bağlantılı suçlardan yürütülen soruşturmalar kapsamında yargı mensupları hakkında uygulanan tutuklama tedbirlerinin hukukiliğine ilişkin bireysel başvuruları incelediği birçok kararında, başvuruçuyu yargı mensuplarının *mesleklerinden veya görevlerinden kaynaklanan güvencelere riayet edilmeksizin tutuklandıkları ve bu nedenle tutuklamanın kanuni dayanağının bulunmadığı* iddialarını incelemiştir. Bu incelemelerin sonucunda gerek yüksek mahkeme üyeleri gerekse diğer yargı mensupları bakımından tutuklamaya konu olaylara ilişkin olarak soruşturma mercilerince veya tutuklamaya karar veren yargı organlarının isnat edilen ve tutuklamaya konu olan suçların *kişisel suç olduğu ve ayrıca ağır cezayı gerektiren suçüstü halinin bulunduğu* yönündeki değerlendirmelerin olgusal ve hukuki temellerinin bulunduğu, dolayısıyla tutuklama tedbirlerinin kanuni dayanaktan yoksun olduğunun söylenemeyeceği sonucuna varılmıştır (bkz. Anayasa Mahkemesi üyeleri bakımından *Alparslan Altan* [GK], B. No: 2016/15586, 11/1/2018, §§ 114-129; *Erdal Tercan* [GK], B. No: 2016/15637, 12/4/2018, §§ 130-146; Yargıtay üyeleri bakımından *Salih Sönmez*, B. No: 2016/25431, 28/11/2018, §§ 106-121; *Mehmet Arı*, B. No: 2016/22732, 10/1/2019, §§ 61-77; *Ramazan Bayrak*, B. No: 2016/22901, 7/2/2019, §§ 70-86; Danıştay üyeleri bakımından *Hannan Yılbaş*, B. No: 2016/37380, 17/7/2019, §§ 61-63; ilk derece mahkemelerinde görev yapan hâkimler bakımından *Adem Türkel*, B. No: 2017/632, 23/1/2019, §§ 52-59; *Erdem Doğan*, B. No: 2017/25955, 7/3/2019 §§ 50-57; tetkik hâkimleri bakımından *Selim Öztürk*, B. No: 2017/4834, 8/5/2019, §§ 52-59; Cumhuriyet savcıları bakımından *Hasan Hendek*, B. No:

2016/69748, 29/5/2019, §§ 62-69; *Uğur Gürses*, B. No: 2016/16201, 3/7/2019, §§ 62-65). Somut başvuruda da aynı mahiyetteki iddialara ilişkin olarak anılan kararlarda varılan sonuçtan ayrılmayı gerektiren bir durum bulunmamaktadır. Kaldı ki -Yüksek Mahkeme üyelerinden farklı olarak- hâkim ve Cumhuriyet savcıları yönünden ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâli bulunmasa da kişisel suçlarına ilişkin olarak soruşturma yürütülmesi için bir izin şartı bulunmadığı Yargıtay Ceza Genel Kurulunun (CGK) birçok kararında belirtilmiştir (diğerleri arasından bkz. CGK'nın 10/10/2017 tarihli ve E.2017/YYB-995, K.2017/394; 14/11/2017 tarihli ve E.2017/YYB-1075, K.2017/471; CGK'nın 28/11/2017 tarihli ve E.2017/YYB-1093, K.2017/504; 12/12/2017 tarihli ve E.2017/YYB-1128, K.2017/532; 16/1/2018 tarihli ve E.2017/YYB-1134, K.2018/13; 13/3/2018 tarihli ve E.2018/YYB-66, K.2018/87; 2/4/2019 tarihli ve E.2019/YYB-116, K.2019/275 sayılı kararları).

94. Başvurucunun 15/7/2016 tarihinde başlayan ve ertesi gün de devam eden darbe teşebbüsünün savuşturulması sonrasında hakkında çıkarılan yakalama kararı uyarınca yakalanarak, gözaltına alınıp darbe teşebbüsünün arkasındaki yapılanma olduğu belirtilen ve yargı makamlarınca silahlı bir terör örgütü olduğuna karar verilen FETÖ/PDY üyesi olma suçundan tutuklandığı dikkate alındığında başvurucuya isnat edilen silahlı terör örgütü üyesi olma suçu yönünden suçüstü hâlinin bulunduğu yönünde soruşturma mercilerince yapılan değerlendirmelerin olgusal ve hukuki temelden yoksun ve keyfi olduğunun kabulü mümkün görülmemiştir.

95. Dolayısıyla somut olayın koşullarında başvurucunun hâkim olması nedeniyle Anayasa veya 2802 sayılı Kanun'dan kaynaklanan güvenceler uygulanmaksızın, kanuna aykırı olarak tutuklandığı iddiası yerinde değildir. Bu itibarla başvurucu hakkında uygulanan tutuklama tedbirinin kanuni dayanağı bulunmaktadır.

96. Kanuni dayanağı bulunduğu anlaşılan tutuklama tedbirinin meşru bir amacının olup olmadığı ve ölçülülüğü incelenmeden önce tutuklamanın ön koşulu olan *suçun işlendiğine dair kuvvetli belirti* bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi gerekir.

97. Bursa 4. Sulh Ceza Hâkimliğinin tutuklama kararında, başvurucu yönünden kuvvetli suç şüphesini oluşturan somut olguların bulunduğu genel olarak değinilmiş; bu noktada başvurucunun HSYK tarafından görevden uzaklaştırılmasına vurgu yapılmış; bunun dışında bir olguya değinilmemiştir.

98. Başvurucu hakkında hazırlanan iddianamede ise HSYK'nın meslekten çıkarma kararına, başvurucunun haklarında FETÖ/PDY ile bağlantılı suçlardan soruşturma yürütülen bazı kişilerle telefon irtibatının bulunduğu dair HTS raporuna, YARSAV isimli derneğe üye olmasına, başvurucunun evinde ve işyerinde yapılan aramalar sonucunda el konulan dijital materyaller üzerinde yapılan incelemeler sonucunda elde edilen verilere dayanılmıştır (bkz. §§ 24-27).

99. Buna göre Anayasa Mahkemesince tutuklamanın hukukiliği bağlamında başvurucunun suç işlediğine dair kuvvetli belirtinin bulunup bulunmadığı yönündeki incelemesinin bu olgular temelinde gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

100. Başvurucuya yöneltilen ve tutuklamaya konu olan suçlamanın dayanaklarından biri, hâkim olarak görev yapmakta olan başvurucunun HSYK tarafından önce görevinden uzaklaştırılması, sonrasında ise FETÖ/PDY ile bağlantısı olduğu gerekçesiyle meslekten çıkarılmış olmasıdır.

101. 15/7/2016 tarihinde gerçekleşen askerî darbe teşebbüsünün ardından 21/7/2016 tarihinde ülke genelinde ilan edilen olağanüstü hâl döneminde alınan tedbirlerden biri de 23/7/2016 tarihli ve 29779 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 667 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararname'nin 3. ve 4. maddeleri uyarınca "*terör örgütlerine veya devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu Millî Güvenlik Kurulunca (MGK) karar verilen yapı, oluşum veya gruplara*" üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilen kamu görevlilerinin veya yargı mensuplarının görevlerinden uzaklaştırılması, kamu görevinden veya meslekten çıkarılmasıdır (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, §§ 56-59).

102. 667 sayılı KHK'nın 3. ve 4. maddelerine göre kamu görevinden veya meslekten çıkarma tedbirlerinin uygulanması için mutlaka terör örgütüyle, terör faaliyetleriyle ve bu arada darbe teşebbüsüyle kişi/kişiler arasında bağ kurulması şartı aranmamış; devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu MGK'ca karar verilen yapı, oluşum veya gruplarla bağ kurulması yeterli görülmüştür. Ayrıca bu tedbirlerin uygulanabilmesi için söz konusu bağın yapıya, oluşuma veya gruba *üyelik* veya *mensubiyet* şeklinde olması zorunlu olmayıp *iltisak* ya da bunlarla *irtibat* şeklinde olması da yeterlidir. Öte yandan anılan maddelerde, terör örgütleri veya devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu MGK'ca karar verilen yapı, oluşum veya gruplar ile üyeler arasındaki bağın *sübut* derecesinde ortaya konulması şartı aranmamıştır (AYM, E.2016/6 (D. İş), K.2016/12, 4/8/2016, §§ 84-86; *Mustafa Baldir*, B. No: 2016/29354, 4/4/2018, § 68).

103. 667 sayılı KHK'nın 3. ve 4. maddeleri kapsamında kamu görevinden veya meslekten çıkarmanın adli suç veya disiplin suçu işlenmesi karşılığında uygulanan yaptırımlardan farklı olarak terör örgütleri ile millî güvenliğe karşı faaliyette bulunduğu kabul edilen diğer yapıların kamu kurum ve kuruluşlarındaki varlığını ortadan kaldırmayı amaçlayan, geçici olmayan ve nihai sonuç doğuran bir *olağanüstü tedbir* niteliğinde olduğu, bu kapsamda yapılacak değerlendirmenin adli suç veya disiplin suçu niteliğindeki somut bir eylemin soruşturulması mahiyetinde bulunmadığı, burada ulaşılabilecek kanaatin cezai sorumluluğun tespitinden bağımsız olduğu daha önce de ifade edilmiştir (AYM, E.2016/6 (D. İş), K.2016/12, 4/8/2016, §§ 79, 86, 96; *Mustafa Baldir*, § 68).

104. Dolayısıyla darbe teşebbüsü sonrasında ilan edilen olağanüstü hâl döneminde alınan görevden uzaklaştırma, kamu görevinden veya meslekten çıkarma tedbirlerinin yukarıda belirtilen özellikleri, bu tedbirlerin uygulanabilmesi için gerekli şartların niteliği birlikte dikkate alındığında başvuru hakkında görevden uzaklaştırma ve/veya kamu görevinden çıkarma tedbirlerinin uygulanmasının -tek başına- suç işlediğine dair kuvvetli bir belirti olarak kabulü mümkün değildir (aynı yöndeki değerlendirmeler için bkz. *Mustafa Baldir*, § 70; *Mustafa Açıy*, B. No: 2016/66638, 3/7/2019, § 54; *E.A.*, B. No: 2016/78293, 3/7/2019, § 57; *Ali Aktaş*, B. No: 2016/14178, 17/7/2019, § 53).

105. Diğer taraftan soruşturma mercilerince suçlamaya esas alınan olgular arasında başvurucağın YARSAV üyesi olmasının yer aldığı görülmektedir. Anılan Derneğin hâkim ve savcılara yönelik bir sivil toplum örgütü olarak 2006 yılında kurulduğu bilinmektedir. Ancak kuruluşundan bir süre sonra FETÖ/PDY ile bağlantılı bazı yargı mensuplarının bu Derneğe üye olduğu FETÖ/PDY ile bağlantılı olarak yürütülen birçok soruşturma ve kovuşturma belgesinde ifade edilmiştir. Öte yandan darbe teşebbüsünden sonra ilan edilen olağanüstü hâl döneminde alınan tedbirler kapsamında 667 sayılı KHK'nın 2. maddesi ile YARSAV "*FETÖ/PDY'ye aidiyeti, iltisakı veya irtibatının belirlendiği*" gerekçesiyle

kapatılmıştır. Bununla birlikte YARSAV üyeliğinin örgütsel bir faaliyet olarak değerlendirilmesi ancak bunun terör örgütünden alınan bir talimat uyarınca gerçekleştiğinin ortaya konulması hâlinde mümkündür. Aksi durumda farazi bir kabulden hareket edilerek kuvvetli suç belirtisi değerlendirmesi yapılması söz konusu olabilir. Nitekim Yargıtayın konuya ilişkin içtihadı da bu doğrultudadır (bkz. §§ 47, 48). Bu bağlamda somut olay incelendiğinde 2010 yılında YARSAV'a üye olduğu anlaşılan başvuru için bu yönde bir tespit olduğunu söylemek mümkün görünmemektedir.

106. Soruşturma mercilerinin başvuru, hakkında FETÖ/PDY ile bağlantılı suçlardan soruşturma yürütülen kişilerle telefon görüşmelerinin olduğunu belirterek bu hususu da suçlamaya dayanak bir olgu olarak değerlendirdikleri görülmektedir. Başvuru, belirtilen görüşmelerin görev nedeniyle mesleğe yönelik olarak yapıldığını savunmuştur. Soruşturma makamlarınca söz konusu telefon görüşmelerinin örgütsel bir ilişki çerçevesinde yapıldığı yönünde bir tespit ya da iddiada bulunulmadığı görülmektedir. Görüşmelerin içeriğine ilişkin herhangi veri de mevcut değildir. Ayrıca söz konusu görüşmelerin FETÖ/PDY'nin yargı alanındaki yöneticileriyle (imamlarıyla) gerçekleştirildiğine dair bir belirlemede de bulunulmamıştır. Öte yandan yargı mensuplarının yaklaşık üçte biri hakkında FETÖ/PDY ile bağlantılı suçlardan soruşturma yürütüldüğü, toplamda ise anılan suçlar dolayısıyla yüz binlerce kişi hakkında soruşturma açıldığı hatırd tutulmalıdır. Bu durumda somut olayın koşulları itibarıyla -içeriği belli olmayan- bu telefon görüşme kayıtlarının örgütsel bir ilişki bakımından kuvvetli suç belirtisi olarak kabulü mümkün görünmemiştir (aynı yöndeki değerlendirmeler için bkz. *Mustafa Açıy*, § 61; *İlker Deniz Yücel*, B. No: 2017/16589, 28/5/2019, § 86; *Murat Aksoy* [GK], B. No: 2016/30112, 2/5/2019, § 79; *Mehmet Hasan Altan* (2), § 146).

107. Başvuru hakkındaki tanık beyanlarında da başvuru, hakkında FETÖ/PDY üyesi olduğu veya bu yapılanma ile örgütsel bir ilişkisinin bulunduğu yönünde bir açıklama mevcut değildir (bkz. § 26).

108. Soruşturma mercileri ayrıca aramalarda ele geçirilen materyaller ve dijital veriler üzerindeki incelemelerde söz konusu terör örgütünün propagandasını yaptığı bilinen sosyal medya hesapları ve internet sitelerine ait izlerin bulunması, FETÖ/PDY'yi övücü nitelikte olduğu değerlendirilen resimler ve değişik gazetelerden örgüt ile ilgili çok sayıda haberin tablete kaydedilmiş olması ve *ByLock* uygulamasının kurulumuna dair izlerin başvuru, hakkında kullanmakta olduğu cep telefonunda kayıtlı bulunan mail adresinde yer almasına dayanmıştır. Ele geçirilen dijital verilerle ilgili inceleme raporundan başvuru, hakkında örgüt yöneticisi ve üyelerinin hesaplarını ve yayın organlarını takip ettiği anlaşılmıştır. Yine sanığa ait olduğunda tereddüt bulunmayan e-mail hesabında *Bylock* isimli programın kalıntılarına rastlandığı tespit edilmiştir.

109. *ByLock* uygulamasının özellikleri gözönüne alındığında kişilerin bu uygulamayı kullanmalarının veya kullanmak üzere elektronik/mobil cihazlarına yüklemelerinin soruşturma makamlarınca FETÖ/PDY ile olan ilgi bakımından bir belirti olarak değerlendirilebileceği kabul edilmektedir (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, §§ 106, 267). Bununla birlikte anılan kararda da açıklandığı üzere *ByLock*'a ilişkin veriler ancak bu uygulamanın kullanıldığının veya kullanılmak üzere telefona yüklendiğinin tespit edilmesi hâlinde kuvvetli belirti olarak kabul edilebilir. Somut olayda soruşturma mercilerince başvuru, hakkında anılan programı kullandığına veya kullanmak üzere telefonuna indirdiğine dair bir iddiada bulunulmamıştır. Başvuru, hakkında ait olduğu ifade edilen bir elektronik posta

adresinde bu uygulamaya ait izler bulunduğu belirtilmişse de kapsamı ve mahiyeti anlaşılamayan bu izlerin başvuruçunun söz konusu uygulamayı kullandığını ya da yüklediğini ortaya koymadığı anlaşılmaktadır. Nitekim ilk derece mahkemesince de anılan izlerin *ByLock* kullanımı bakımından yeterli bir veri olarak kabul edilmediği görülmektedir (bkz. § 30).

110. Diğer taraftan başvuruçunun FETÖ/PDY'nin propagandasının yapıldığı bazı sosyal medya hesapları ve internet sitelerini takip ettiği, buralarda paylaşılan bir kısım ses veya video kaydını izlediği, haber ve yorumları okuduğu, bu yapılanmayı övücü nitelikte olduğu değerlendirilen fotoğraf veya haberleri kaydettiği anlaşılmaktadır. Başvuruçunun tespit edilen bu davranışlarının FETÖ/PDY ile bağlantılı suçlamalar bağlamında değerlendirilmesinde FETÖ/PDY'nin faaliyetlerinin ve örgütlenme şeklinin gözardı edilmemesi gerekir.

111. Türk yargı organları yakın dönemde verdikleri birçok kararda FETÖ/PDY'nin devletin anayasal kurumlarını ele geçirmeyi, sonrasında devleti, toplumu ve fertleri kendi ideolojisi doğrultusunda yeniden şekillendirmeyi ve oligarşik özellikler taşıyan bir zümre eliyle ekonomiyi, toplumsal ve siyasal gücü yönetmeyi amaçlayan, bu doğrultuda mevcut idari sisteme paralel şekilde örgütlenen bir terör örgütü olduğunu ve bu örgütün 15 Temmuz 2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsünün arkasındaki yapılanma olduğunu kabul etmişlerdir (*Mustafa Baldir*, § 74).

112. FETÖ/PDY, kamu kurumlarındaki örgütlenmesinin yanı sıra başta eğitim ve din olmak üzere farklı sosyal, kültürel ve ekonomik alanlarda yasal faaliyetlerde bulunmuş; bu faaliyetler dolayısıyla sahip olduğu dershaneler, okullar, üniversiteler, dernekler, vakıflar, sendikalar, meslek odaları, iktisadi kuruluşlar, finans kuruluşları, gazeteler, dergiler, televizyon ve radyo kanalları, internet siteleri, hastaneler aracılığıyla sivil alanda önemli bir etkinliğe ulaşmıştır. Bu faaliyetlerin yanında bazen bu yasal kuruluşların içinde gizlenmiş olan, bazen de yasal yapıdan tamamen farklı şekilde konumlanan ve hareket eden, özellikle de kamusal alana yönelik faaliyetlerde bulunan illegal bir yapılanma söz konusudur (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, § 26).

113. Bununla birlikte ülkemizde ve yurt dışında yıllar boyunca faaliyetlerini sürdüren FETÖ/PDY'nin baştan beri illegal bir yapılanma olduğunun -herkes tarafından-bilindiğini söylemek mümkün değildir. Zira yıllarca kendisini başta eğitim olmak üzere topluma yararlı alanlarda faaliyet gösteren dinî bir grup olarak niteleyen ve bu sayede toplumda meşruiyet kazanmaya çalışan FETÖ/PDY; *cemaat*, *hizmet hareketi*, *gönüllüler hareketi* ve *camia* gibi isimlerle anılmıştır. FETÖ/PDY'nin dışı dönük bu yapısı dolayısıyla toplumun önemli bir kesimi, bu yapılanmanın -illegal yönünü bilmeden- sosyal ve ekonomik alanda gelişerek kurumsallaşmasına ve faaliyetlerine destek olmuştur. Yargı organlarının da bu durumun FETÖ/PDY ile bağlantılı soruşturma ve kovuşturmalarda cezai sorumluluğun belirlenmesinde dikkate alındığı görülmektedir (bkz. § 46).

114. Başvuruçunun konutunda ve işyerinde ele geçirilen dijital materyallerin internet geçmişi çıkarımlarından, örgütün propagandasını yaptığı bilinen sosyal medya hesapları ve internet sitelerini takip ettiği, buralarda paylaşılan bazı ses ya da video kayıtlarını izlediği, haber ve yorumları okuduğu belirtilmiştir. Kişilerin örgütün propagandasını yapan sosyal medya hesaplarını ve internet sitelerini çok farklı amaçlarla takip edebildikleri bilinen bir gerçektir. Kamu makamlarının, bir kimsenin örgütün propagandasını yapan internet sitelerine ve sosyal medya hesaplarına girmesinin ve bunları takip etmesinin örgütsel amaçla yapıldığını gösteren somut olguları ortaya koymadığı sürece

bunların suç işlendiğine dair kuvvetli belirti olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Somut olayda soruşturma ve kovuşturma makamları başvurusunun örgütsel bir amaçla bu siteleri ve sosyal medya hesaplarını takip ettiğini ortaya koyabilmiş değildir. Bu nedenle başvurusunun örgütün propagandasını yaptığı bilinen sosyal medya hesapları ile internet sitelerini takip etmiş olmasının başvuru ile FETÖ/PDY arasındaki mensubiyet ilişkisini ortaya koyan bir olgu olarak değerlendirilmesi mümkün görülmemiştir. Yargıtayın benzer nitelikteki verilere ilişkin olarak yaptığı değerlendirmelerin de aynı özellikte olduğu görülmektedir (bkz. § 45).

115. Bu itibarla başta tutuklama kararı olmak üzere soruşturma belgelerinde yer alan tespit ve değerlendirmeler kapsamında somut olayda *suç işlendiğine dair kuvvetli belirtinin* yeterince ortaya konulmadığı görülmüştür. Nitekim başvurusunun yargılandığı davada suçlamaya esas alınan olgulara ilişkin olarak ilk derece mahkemesince yapılan değerlendirmede bunların başvurusunun örgüt hiyerarşisi içinde yer aldığı hususunda -yeterli ölçüde- delil teşkil etmediği sonucuna varılmıştır (bkz. § 30). İlk derece mahkemesinin bu değerlendirmelerinin konuya ilişkin olarak Yargıtay tarafından belirlenen ölçütler çerçevesinde yapıldığı anlaşılmıştır (bkz. §§ 45-48).

116. Varılan bu sonuç karşısında tutuklama nedenlerinin bulunup bulunmadığına ve tutuklamanın ölçülü olup olmadığına ilişkin ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

117. Açıklanan gerekçelerle suç işlendiğine dair kuvvetli belirtiler ortaya konulmadan başvuru hakkında tutuklama tedbirinin uygulanmasının kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına ilişkin olarak olağan dönemde Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan güvencelere aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

118. Bununla birlikte anılan tedbirin olağanüstü dönemlerde temel hak ve özgürlüklerin kullanımının durdurulmasını ve sınırlandırılmasını düzenleyen Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında meşru olup olmadığının incelenmesi gerekir.

c. Anayasa'nın 15. Maddesi Yönünden

119. Tutuklama tedbirinin uygulanması suretiyle bireylerin kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına keyfi olarak müdahale edilmemesini sağlayacak güvencelerin başında suç işlendiğine dair belirtinin ortaya konulması gelmektedir. Suç işlendiğine dair belirtinin bulunması tutuklama tedbiri için ön koşul olduğundan aksi durumun kabulü, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına ilişkin tüm güvencelerin anlamsız hâle gelmesi sonucunu doğurur. Dolayısıyla -hangi nedenle benimsenmiş olursa olsun- olağanüstü yönetim usullerinin uygulandığı dönemlerde de kişilerin suç işlediklerine dair belirti bulunmadan tutuklanmaları durumun gerektirdiği ölçüde bir tedbir olarak kabul edilemez (*Şahin Alpay* [GK], B. No: 2016/16092, 11/1/2018, § 109; *Mehmet Hasan Altan* (2), § 156).

120. Somut olayda soruşturma makamlarının başvurusunun suç işlendiğine dair belirtileri somut olgularla ortaya koymadan tutuklama tedbirine başvurdıkları sonucuna varılmıştır (bkz. § 104). Bu itibarla *olağanüstü hâl* döneminde temel hak ve özgürlüklerin kullanımının durdurulmasını ve sınırlandırılmasını düzenleyen Anayasa'nın 15. maddesinin başvurusunun kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen güvencelere aykırı bu müdahaleyi meşru kılmadığı değerlendirilmiştir (benzer yöndeki değerlendirmeler için bkz. *Şahin Alpay*, § 110; *Mehmet Hasan Altan* (2), § 157).

121. Açıklanan gerekçelerle -Anayasa'nın 15. maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde de- başvurunun Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrası bağlamında kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR, Burhan ÜSTÜN, Muammer TOPAL, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yıldız SEFERİNOĞLU ve Selahaddin MENTEŞ bu görüşe katılmamışlardır.

d. 6216 sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

122. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un "*Kararlar*" kenar başlıklı 50. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci ve ikinci cümleleri ile (2) numaralı fıkrası şöyledir:

"(1) Esas inceleme sonunda, başvurunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir...

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

123. Başvurucu 200.000 TL manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

124. Başvuruda, tutuklamanın hukuki olmaması nedeniyle Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasının ihlal edildiğine karar verilmiştir. Başvurucu hakkındaki soruşturmada 20/2/2017 tarihinde başvurunun tahliyesine karar verilmiştir (bkz. § 22). Dolayısıyla başvurunun tutukluluk hâli sona ermiştir. Bu durumda tazminat dışında ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gereken bir hususun bulunmadığı anlaşılmaktadır.

125. Başvurucunun kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik müdahale nedeniyle yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvurucuya net 27.500 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

126. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 239,50 TL harç giderinden oluşan yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

2. Mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *başvuru yollarının tüketilmemesi* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

3. Yakalama ve gözaltına almanın hukuka aykırı olması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *başvuru yollarının tüketilmemiş olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

4. Tutuklamaya karşı itiraz hakkının etkin olarak kullanılamaması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

5. Tutuklamanın hukuki olmaması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

B. Tutuklamanın hukuki olmaması nedeniyle Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE Serdar ÖZGÜLDÜR, Burhan ÜSTÜN, Muammer TOPAL, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yıldız SEFERİNOĞLU ve Selahaddin MENTEŞ'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

C. Başvurucuya net 27.500 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE,

D. 239,50 TL harç giderinden oluşan yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

E. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvurunun Hazine ve Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ UYGULANMASINA,

F. Kararın bir örneğinin bilgi için Bursa 11. Ağır Ceza Mahkemesine (E.2018/601) GÖNDERİLMESİNE,

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 31/10/2019 tarihinde karar verildi.

Başkan
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili
Hasan Tahsin GÖKCAN

Başkanvekili
Recep KÖMÜRCÜ

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Burhan ÜSTÜN

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Muammer TOPAL

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Kadir ÖZKAYA

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye
Selahaddin MENTEŞ

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Dosyanın incelenmesinden; başvuru hakkındaki soruşturmanın 15.7.2016 tarihindeki darbe teşebbüsünün hemen ardından 17.7.2016 tarihinde başlatıldığı, 20.7.2016 tarihli tutuklama kararının silahlı terör örgütüne (FETÖ/PDY) üye olma ve anayasal düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs etme iddiasına dayalı bulunduğu, bu karar verilirken başvuruçunun, FETÖ üyesi olduğundan bahisle HSYK. 2. Dairesince 16.7.2016 tarihinde verilmiş açığa alma kararı gibi kuvvetli suç şüphesini gösterir somut bir olguya, kaçma ve delilleri karartma ihtimalinin bulunmasına, adli kontrol uygulamasının yetersiz olmasına dayanıldığı, tutuklama kararının verildiği andaki ülke genelindeki koşullar ile isnat edilen suçun niteliği birlikte değerlendirildiğinde, tutuklamaya dair mahkeme kararının olgusal temellerinin olmadığı söylenemeyeceği, başvuruçuya isnat edilen suç için öngörülen yaptırımın ağırlığı, işin niteliği ve önemi gözetildiğinde de tutuklama tedbirinin ölçülü kabul edilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Öte yandan, somut olayda tutuklama kararından sonra ortaya çıkmış bir takım olgular bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruda, tutuklamanın hukukiliğini incelerken sonradan elde edilen delilleri de dikkate alabilmekte, tutuklama konusunda incelemenin yapıldığı ana göre değerlendirme yapabilmektedir. Soruşturma aşamasında elde edilen delil ve bulguların da bu kanıyı kuvvetlendirici mahiyette olduğu, bu meyanda başvuruçunun kullanmakta olduğu cep telefonunda ByLock uygulamasının kurulumuna dair izlerin telefonunda kayıtlı mail adresinde yer aldığını; keza, FETÖ/PDY'yi övücü nitelikteki bir çok fotoğraf ve gazete haberlerinin başvuruçunun tabletine kaydedilmiş olduğunun ifade edildiği görülmektedir.

2. Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu'nun B.Başvuru No: 2016/49158, Karar tarihi: 26.7.2017 tarihli kararında da (Selçuk Özdemir); başlangıçtaki (ilk) tutuklama ile ilgili olarak şu değerlendirmelerde bulunmaktadır:

“.

“.

“.

63. Başlangıçtaki bir tutuklama için kuvvetli suç şüphesinin bulunduğu tüm delilleriyle birlikte ortaya konması her zaman mümkün olmayabilir. Tutmanın bir amacı da kişi hakkındaki şüpheleri teyit etmek veya çürütmek suretiyle ceza soruşturmasını ve/veya kovuşturmasını ilerletmektir. **Bu nedenle yakalama veya tutuklama anında delillerin yeterli düzeyde toplanmış olması mutlaka gerekli değildir. Suç isnadına ve dolayısıyla tutuklamaya esas teşkil edecek şüphelere dayanak oluşturan olgular ile ceza yargılamasının sonraki aşamalarında tartışılacak olan ve mahkûmiyete gerekçe oluşturacak olguların aynı düzeyde değerlendirilmemesi gerekir.**

“.

“.

“.

68. Başlangıçtaki bir tutuklama için işin doğası gereği Anayasa ve Kanun'da öngörülen tutuklama nedenlerinin dayandığı tüm olguların somut olarak belirtilmesi mümkün olmayabilir.

“.

“.

“.

77. Öncelikle terör suçlarının soruşturulması, kamu makamlarını ciddi zorluklarla karşı karşıya bırakmaktadır. **Bu nedenle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı, adli makamlar ve güvenlik görevlilerinin – özellikle organize olanlar olmak üzere - suçlarla ve suçlulukla etkili bir şekilde mücadelesini aşırı derecede güçleştirmeye neden olabilecek şekilde yorumlanmamalıdır.**

78. Darbe teşebbüsü sırasında gerçekleşen vahim olayların toplumda oluşturduğu kaygı, teşebbüsün faili olduğu belirtilen FETÖ/PDY'nin örgütlenmesinin karmaşıklığı **ve bu yapılanmanın arz ettiği tehlike**, darbe teşebbüsüne ilişkin faaliyetler kapsamında ülke genelinde binlerce kişi tarafından icra edilen suç oluşturabilecek nitelikteki on binlerce eylemin aynı anda işlenmesi, bunun yanı sıra çoğunluğu önemli yerlerde kamu görevlisi olan on binlerce şüpheli hakkında doğrudan darbeye ilişkili olmasa da FETÖ/PDY'ye mensubiyet nedeniyle ivedilikle soruşturma yapılması ihtiyacı birlikte dikkate alındığında, **soruşturma konusu olaylara ilişkin delillerin sağlıklı bir şekilde toplanabilmesi ve soruşturmaların güvenlik içinde yürütülebilmesi için tutuklama dışındaki koruma tedbirlerinin yetersiz kalması söz konusu olabilir.**

79. Darbe teşebbüsüyle bağlantılı veya darbe teşebbüsüyle bağlantılı olamasa bile teşebbüsün faili olduğu belirtilen FETÖ/PDY ile bağlantılı kişilerin teşebbüs sırasında veya sonrasında ortaya çıkan kargaşadan yararlanmak suretiyle kaçma imkânı ve bu dönemde delillere etki edilmesi ihtimali normal zamanda işlenen suçlara göre çok daha fazladır. Diğer taraftan FETÖ/PDY'nin ülkedeki neredeyse tüm kamu kurum ve kuruluşlarında örgütlenmiş olması, yüz elliye aşkın ülkede faaliyet göstermesi ve ciddi seviyede uluslararası ittifaklarının bulunması, bu yapılanma ile ilgili olarak soruşturmaya tâbi tutulan kişilerin yurt dışına kaçmasını ve yurt dışında barınmasını büyük ölçüde kolaylaştıracaktır.

81. Bu itibarla, **başvurucu hakkında tutuklama kararının verildiği andaki genel koşullar** ve somut olayın yukarıda belirtilen özel koşulları ile Bursa 4. ve 5. Sulh Ceza Hâkimlikleri tarafından verilen kararların içerikleri birlikte değerlendirildiğinde, başvurucu yönünden kuvvetli suç şüphesinin bulunmasının yanı sıra, kaçma ve delilleri kartarma tehlikesine yönelen tutuklama nedenlerinin olgusal temellerinin olduğu söylenebilir.

83. Açıklanan nedenlerle başvurucunun tutuklanmasının hukuki olmadığı iddiasına ilişkin olarak bir ihlâlin bulunmadığı açık olduğundan, başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir...”

Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu oybirliğiyle verdiği bu karardaki yukarıda işaret edilen görüşleri B.Başvuru No: 2016/22169, Karar Tarihi: 20.6.2017 tarih sayılı kararında da (Aydın Yavuz ve diğerleri) tekrarlanmıştır. (Bkz. anılan kararın 250., 257., 260., 271., 272., 276. ve 277. paragrafları)

3. Dosya kapsamında başvurucunun 20.2.2017 tarihinde tahliyesine, 26.2.2019 tarihinde beraatine karar verildiği, ancak Cumhuriyet Savcısı tarafından kararın bozulması istemiyle kanun yoluna başvurulması nedeniyle davanın istinaf mahkemesinde derdest bulunduğu anlaşılmaktadır. Yukarıda işaret edilen AYM kararında da (26.7.2017 tarihli Karar, Paragraf 36) açıkça belirtildiği üzere, suç isnadına ve dolayısıyla tutuklamaya esas

teşkil edecek şüphelere dayanak oluşturan olgular ile ceza yargılamasının sonraki aşamalarında tartışılacak olan ve beraate/mahkûmiyete gerekçe oluşturacak olguların aynı düzeyde değerlendirilmemesi gerekir. İlk tutuklama anında ülkenin içinde bulunduğu genel koşullar ile isnat edilen suçun niteliği, ayrıca HSYK 2. Dairesince başvurunun FETÖ/PDY üyeliği şüphesiyle açığa alınmış olması olgusu birlikte dikkate alındığında, başvurunun tutukluluğunun hukuki olmadığı sonucuna katılmaya imkân görülmemiştir. Soruşturma aşamasında elde edilen ve yukarıda işaret edilen bilgi, tespit ve olgular da bu kararı teyid eder mahiyettedir. Başvurucunun yargılama sonunda beraat etmesinin (ki bu karar da Cumhuriyet Savcısınca aleyhe temyiz edilmiş olup yargılama İstinaf Mahkemesin de derdesttir) ise ilk tutuklama bakımından bir sonuç doğurmayacağı, beraat/mahkûmiyete ilişkin delil değerlendirmesinin, ilk tutuklamada dikkate alınacak “tutuklama nedenlerinin hukukiliği”ni müspet ya da menfi yönde etkileyecek bir mahiyetinin olamayacağı izahtan varestedir.

4. Açıklanan nedenlerle; başvuru hakkındaki ilk tutuklama kararında suç işlediğine dair kuvvetli belirtilerin yeterince ortaya konulduğu, dolayısıyla bu tedbirin uygulanması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlâl edilmediği kanaatine vardığımızdan; aksi yöndeki çoğunluk kararına katılmıyoruz.

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Burhan ÜSTÜN

Üye
Muammer TOPAL

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye
Selahaddin MENTEŞ