

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Anayasa Mahkemesi Başkanlığından:

**İKİNCİ BÖLÜM
KARAR****AYDIN SEFA AKAY BAŞVURUSU**

Başvuru Numarası : 2016/24562
Karar Tarihi : 12/9/2019

Başkan y. : Recep KÖMÜRÇÜ
Üyeler : M. Emin KUZ
Rıdvan GÜLEÇ
Recai AKYEL
Yıldız SEFERİNOĞLU

Raportör : Murat BAŞPINAR
Başvurucu : Aydın Sefa AKAY
Vekili : Av. Necdet Kerem ÜLER

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, darbe teşebbüsüyle bağlantılı olarak yürütülen soruşturmada uygulanan yakalama, gözaltı ve tutuklama tedbirlerinin hukuki olmaması, tutukluluğun makul süreyi aşması nedenleriyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının; hukuka aykırı olarak yapılan aramalar ve eşyalara el konulması nedeniyle özel hayata saygı ve konut dokunulmazlığı haklarının; soruşturma aşamasındaki bazı işlemler nedeniyle de adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 14/11/2016 tarihlerinde 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, Bakanlığın görüşüne karşı beyanlarını Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

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

8. Türkiye 15 Temmuz 2016 tarihinde 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).

9. Darbe teşebbüsü sırasında ve sonrasında ülke genelinde Cumhuriyet başsavcılıkları tarafından, darbe girişimiyle bağlantılı ya da doğrudan darbe girişimiyle bağlantılı olmasa bile FETÖ/PDY'nin kamu kurumlarındaki örgütlenmesinin yanı sıra eğitim, sağlık, ticaret, sivil toplum ve medya gibi farklı alanlardaki yapılanmasına yönelik soruşturmalar yürütülmüş; çok sayıda kişi hakkında gözaltı ve tutuklama tedbirleri uygulanmıştır (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, § 51, *Mehmet Hasan Altan (2)* [GK], B. No: 2016/23672, 11/1/2018, § 12).

10. Başvurucu, emekli büyükelçidir. 2003-2012 yılları arasında Birleşmiş Milletler (BM) Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi (ICTR) yargıcı iken 1/7/2012 tarihinden itibaren Uluslararası Ceza Mahkemeleri Rezidüel Mekanizması (IRMCT) yargıçlığı görevine seçilen başvurunun görev süresi 1/7/2016 tarihinde BM Genel Sekreterliğince iki yıl süre ile uzatılmıştır.

11. Darbe teşebbüsünden sonra başvuru hakkında Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından ağır cezalı suçüstü hâli bulunduğu değerlendirilerek FETÖ/PDY hiyerarşik yapılanmasında yer aldığı iddiasıyla soruşturma başlatılmıştır.

12. Başvurucu 21/9/2016 tarihinde gözaltına alındıktan sonra soruşturma evresinde verdiği ifadesinde genel olarak, üzerine atılı suçlamaları kabul etmediğini, diplomatik dokunulmazlığı olduğunu ve tutuklama koşullarının bulunmadığını ifade etmiştir.

13. Başvurucu 28/9/2016 tarihinde *"atılı suçun vasfı ve mahiyeti, mevcut delil durumu, suça dair yasanın yazılı cezanın üst haddi dikkate alınarak 5271 sayılı CMK'nın 100. vd. maddeleri"* gerekçesiyle tutuklanması istemiyle Ankara 2. Sulh Ceza Hâkimliğine sevk edilmiştir.

14. Başvurucu sorgusunda *"...Bylock programını aydınlatmak istiyorum. Bu programı zannederseniz 2015 yılı Aralık ayında telefonuma indirdim. Afrika'da bulunan arkadaşlarımla masonik konularda görüşmek için Google Play Store'den indirmiştim. Görüştüğüm kişi benim daha önce büyükelçilik yaptığım Burkinafaso eski Dışişleri Bakanı idi. Bende masonum, ayrıca görüştüğüm kişi bu kuruluşun üstadlarından. Daha sonra kullanması zor olduğu için kaldırdım. Benim geçmişim, çevrem, yaşam tarzım incelendiğinde zaten bu örgüt ile hiçbir ilgim olmadığı anlaşılacaktır. Kitap okumayı seven biriyim. Evimde 2500 civarında kitap vardır. Bunlardan 2 tanesi nedeniyle suçlanmış olabilirim. Belirttiğim üzere ben her türlü kitabı okurum. Benim yaşım 66'dır, şeker ve tansiyon rahatsızlıklarım vardır. Ulusal ve uluslararası saygın bir kişiliğim vardır. Halen Birleşmiş Milletler Uluslararası Ceza Mahkemeleri Rezidüel Mekanizması Hâkimliği görevim devam etmektedir. Benim diplomatik pasaportum vardır. 1 hafta önce yurtdışına gidip geldim. Bu suçlamayı kendime kesinlikle yakıştırmıyorum. Bu nedenlerle kaçma ihtimalim yoktur. Serbest bırakılmamı talep ediyorum, aksi kanaat hasıl olursa uygun bir adli kontrol hükmünün uygulanmasını talep ederim."* şeklinde beyanda bulunmuştur.

15. Başvurucu, Ankara 2. Sulh Ceza Hâkimliğinin 28/9/2016 tarihli kararıyla tutuklanmıştır. Bu kararın gerekçesinin ilgili kısmı şöyledir:

" ... isnat edilen suçun vasfı ve mahiyeti, mevcut delil durumu, dosyada mevcut tutanaklar, arama ve el koyma tutanakları, Bylock tutanağı ve tüm dosya kapsamı ile üzerlerine atılı suç işlediklerine dair kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin bulunması, üzerlerine atılı suçun CMK 100 maddesinde öngörülen katalog suçlardan olması, yasada öngörülen ceza miktarı nedeni ile verilen tutuklama kararının ölçülü oluşu, kaçma ve delilleri karartma ihtimaline binaen adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağı anlaşılma ile şüphelilerin CMK 100. ve devamı maddeleri gereğince tutuklanmasına, [karar verildi]."

16. Başvurucunun bu karara 4/10/2016 tarihinde yaptığı itiraz, Ankara 3. Sulh Ceza Hâkimliğinin 10/10/2016 tarihli kararıyla "...belirtilen gerekçelerin usul ve yasaya uygun olduğu, kararda herhangi bir isabetsizlik görülmediği" şeklindeki gerekçeyle reddedilmiştir.

17. Anılan karar 26/10/2016 tarihinde tebliğ edilmiştir.

18. Başvurucu 14/11/2016 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

19. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının 2/2/2017 tarihli iddianamesi ile başvurunun silahlı terör örgütü üyesi olma suçundan cezalandırılması istemiyle aynı yer Ağır Ceza Mahkemesinde dava açılmıştır. FETÖ/PDY'ye ve "ByLock" programına ilişkin genel açıklamaların yer aldığı iddianamede ilk olarak FETÖ/PDY silahlı terör örgütünün kuruluşuna ve tarihçesine, hangi amaç ve saikle kurulduğuna, hangi alanlarda faaliyet gösterdiğine, hiyerarşik yapısına ve hangi tür hukuka aykırı eylemlerde bulunduğu değinilmiştir. Başvurucu hakkında yapılan değerlendirme şöyledir:

"... sadece FETÖ/PDY silahlı terör örgütü üyelerince kullanılan bylock isimli kriptolu haberleşme sistemini şüphelinin kullanmasının örgüt üyesi olduğu yönündeki iddiaları sübute erdirdiği, bylock isimli haberleşme sisteminin örgüt üyeleri tarafından 2014 yılı Ağustos ayı ile 2016 yılı Şubat ayı arasında yoğun şekilde kullanılmış olduğu..."

20. İddianamede, başvurunun FETÖ/PDY hiyerarşisi içinde yer aldığı ileri sürülmüştür. İddianamede bu suçlamaya esas alınan olgular şöyle özetlenebilir:

- Başvurucunun sadece FETÖ/PDY'nin kendi üyeleri arasında iletişim amaçlı kullandıkları ByLock isimli şifreli iletişim yazılımını 0532 ... 96 No.lu telefon hattı ve 3584...401, 3539...317 IMEI numaralı cihazlar ile ilk olarak 26/2/2015 tarihinden itibaren kullanmış olduğu belirtilmiştir.

- Yapılan aramada Fetullah GÜLEN'in yazdığı "Örnekleri Kendinden Bir Hareket (Çağ ve Nesil-8)" isimli, ilk sayfasında 1012 111-C, 111-F Aydın Sefa AKAY 23/11/2004 Frankfurt ile örgüt tepe yönetiminden olduğu iddia edilen E.D. isimli şahsın yazdığı 1001 IV-A Aydın Sefa AKAY 23/11/2004 Frankfurt ibareleri bulunan kitapların ele geçirildiği belirtilmiştir.

21. Ankara 16. Ağır Ceza Mahkemesi (Mahkeme) 6/2/2017 tarihinde iddianamenin kabulüne karar vermiş ve Mahkemenin E.2017/4 sayılı dosyası üzerinden 7/2/2017 tarihli yapılan tensip incelemesinde "atılı suçun vasfı ve mahiyeti, mevcut delil durumu, kuvvetli suç

şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin bulunması, atılı suçun tutuklanma nedeni sayılan CMK'nun 100/3-11 maddesinde belirtilen katalog suçlardan olması, delillerin karartılma ihtimalinin bulunması nazara alınarak; adli kontrol tedbirinin bu aşamada yetersiz kalacağı, tutuklama tedbirinin ölçülü ve orantılı olduğu" gerekçesiyle başvuru tutukluluğunun devamına karar verilmiştir.

22. Mahkemece 15/3/2017, 13/4/2017 ve 30/5/2017 tarihli duruşmalarda da "silahlı terör örgütüne üye olma suçu ili ilgili iddia edilen FETÖ terör örgütünün gizli haberleşme aracı olan Bylock programını kullandıklarına dair tespit edilen somut olguların varlığı, sanığın üzerine atılı suçun CMK 100/3 maddesinde sayılan katalog suçlardan oluşu, henüz delillerin tam toplanmamış olması, işin önemi, verilmesi beklenen ceza ile tutuklulukta geçen sürenin ölçülü olduğu yönünde gelen kanaat oluşması" gerekçeleriyle başvuru tutukluluğunun devamına karar verilmiştir.

23. Yapılan yargılama sonucunda Ankara 16. Ağır Ceza Mahkemesinin 14/6/2017 tarihli kararıyla başvuru tutukluluğunun silahlı terör örgütüne üye olma suçundan 7 yıl 6 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir. Aynı kararla başvuru tahliyesine de hükümlenmiştir. Kararın gerekçesinin ilgili kısmı şöyledir:

"... sanığın eylemi değerlendirildiğinde; sadece FETÖ/PDY Terör Örgütünün kendi üyeleri arasında iletişim amaçlı kullandıkları ByLock isimli şifreli iletişim yazılımını 0532 ... 96 nolu telefon hattı ve 349861 ID no ile 26/2/2015 tarihinden itibaren yoğun şekilde kullandığının tespit edildiği, sanık ise savunmalarında atılı suçlamayı kabul etmerek bylock programını sosyal amaçlı olarak kullandığını belirtmiş ise de; örgüt üyeleri tarafından kullanılan gizli haberleşme sistemi olan Bylock programını kullanarak gizlilik unsuruna riayet etmesi gibi hususlar birlikte değerlendirildiğinde; sanığın amacı, stratejisi, uygulanması ve faaliyetleri itibarıyla ülke genelinde devletin güvenliğine, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzene ve bu düzenin işleyişine yönelik cebir, şiddet ve ağır suç teşkil edecek şekilde vahamet arz eden olayları gerçekleştiren FETÖ/PDY silahlı terör örgütünün hiyerarşik yapı ve organik bütünlüğüne dahil olduğu ve üzerine atılı silahlı terör örgütü üyeliği suçunun bu haliyle sübut bulunduğu iddia, savunma, Bylock kayıtları ve içerikleri, cevabi yazı içerikleri ile yapılan yargılama ve toplanan delillerden anlaşılmakta ..."

24. Hükme karşı yapılan istinaf başvurusu Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 4. Ceza Dairesinin 13/2/2018 tarihli kararıyla esastan reddedilmiştir. Kararın gerekçesinin ilgili kısmı şöyledir:

"... Yapılan yargılamaya, dosya ve duruşma tutanakları içeriğine, karar yerinde gösterilip incelenerek tartışılan hukuken geçerli ve elverişli delillere, mahkemenin kovuşturma sonucunda oluşan inanç ve takdirine, suçun oluşumuna ve niteliğine uygun kabul ve uygulamasına, cezayı artırıcı ve azaltıcı sebeplerin nitelik ve derecesi takdir kılınarak, savunmanın inandırıcı gerekçelerle red edilmesine, hukuka uygun, yasal ve yeterli olarak açıklanan gerekçeye göre, verilen hükümden eleştiri dışında bir isabetsizlik bulunmadığından sanık müdafilerinin talepleri yerinde görülmemiş olmakla, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 280/1-a maddesinin ilk cümlesi uyarınca istinaf başvurusunun esastan reddine ..."

25. Başvuru, bu karara karşı temyiz yoluna başvurmuş olup bireysel başvuru incelenmediği tarih itibarıyla davanın temyiz incelemesi devam etmektedir.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

26. 4/12/2004 tarihli ve 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 oluşturuyorsa.

(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),

..."

27. 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 hukukî ve fiilî 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."

28. 5271 sayılı Kanun'un "Tazminat istemi" kenar başlıklı 141. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

"Suç soruşturması veya kovuşturması sırasında;

...

i) Hakkındaki arama kararı ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilen,

j) 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,

...

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

29. 5271 sayılı Kanun'un "Tazminat isteminin koşulları" kenar başlıklı 142. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

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

30. 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, silahlı 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."

31. 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 Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa 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 girilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir."

32. 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 suçlusu sayılır."

33. 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."

34. 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 hükümlenir."

B. Uluslararası Hukuk

1. Sözleşme Metinleri

35. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) "*Özgürlük ve güvenlik hakkı*" kenar başlıklı 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı ve (4) numaralı fıkrası şöyledir:

"1. Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. Aşağıda belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz:

...

c) Kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması;

...

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

..."

36. BM Güvenlik Konseyinin 1966(2010) sayılı kararı ile kabul edilen Mekanizmanın Statüsünün (Statü) 29. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"(1) 13 Şubat 1946 tarihli Birleşmiş Milletlerin İmtiyaz ve Dokunulmazlıklarına İlişkin Sözleşme, Mekanizmaya, Mekanizmanın, UYCM ve URCM arşivlerine, Yargıçlara, Savcılara ve personeline, Yazı İşleri Müdürü ve personeline uygulanır.

(2) Başkan, Savcı ve Yazı İşleri Müdürü, Uluslararası Hukuk tahtında diplomatik görevlilere uygulanan imtiyazlar, dokunulmazlıklar, muafiyetler ve kolaylıklardan faydalanacaklardır. Mekanizma'nın hâkimleri de Mekanizma'da görev yaptıkları esnada aynı imtiyazlar, dokunulmazlıklar, muafiyetler ve kolaylıklardan faydalanacaklardır."

37. 18/4/1961 Tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkındaki Viyana Sözleşmesine Katılmamızın Uygun Bulduğuna Dair 3042 sayılı Kanun'un 29. maddesi şöyledir:

"Diplomatik ajanın şahsi dokunulmazlığı vardır. Hiç bir şekilde tutuklanamaz veya gözaltına alınamaz. Kabul eden Devlet diplomatik ajana gereken saygıyı gösterecek ve şahsına, özgürlüğüne ve onuruna yönelik herhangi bir saldırıyı önlemek için uygun tüm önlemleri alacaktır."

38. Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi'nin 30. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"(1) Bir diplomatik ajanın özel konutu misyonunun binaları gibi aynı dokunulmazlık ve korunmadan yararlanacaktır.

(2) Diplomatik ajanın evraki, haberleşmesi ve 31. maddenin (3) fıkrası hükümleri saklı kalmak kaydıyla, malları aynı şekilde dokunulmazlıktan yararlanacaktır."

39. Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi'nin 31. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"(1) Diplomatik ajan, kabul eden Devletin cezai yargısından bağıstıktır. Diplomatik ajan, aşağıdaki hususlar dışında, kabul eden Devletin medeni ve idari yargısından da bağıstıktır:

...

(4) Kabul eden Devletin yargısından bağıstıklık, diplomatik ajanı gönderen Devletin yargısından bağıstık kalmaz."

40. Birleşmiş Milletlerin Ayrıcalık ve Muafiyetlerine Dair Sözleşme'nin "Üye Devletler Temsilcileri" başlıklı IV. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"11. Bent- Birleşmiş Milletler Kurulunun başlıca veya tali kurumları ve Birleşmiş Milletlerin topladığı konferanslar yanındaki üye devletlerin temsilcileri, görevleri müddetince ve yerlerine gidiş veya toplantı yerinden dönüşleri esnasında aşağıdaki ayrıcalık ve muafiyetlerden faydalanırlar:

a) Şahsan tutma veya hapsedilme ve şahsi eşyalarının zoraltı muafiyeti ile, söz ve yazıları da dahil olduğu halde, temsilci sıfatıyla gösterdikleri çalışma hususunda her türlü adli kovalamadan muafiyet;

...

d) Görevlerini yaptıkları esnada ziyaret edecekleri veya geçecekleri memleketlerde, her türlü, milli hizmet ödevlerinden, yabancılara mahsus kayıt muamelelerinden, göçmenlikle ilgili her türlü kısıntı tedbirlerinden, kendileri ve eşleri için muafiyet,

...

12. Bent- Birleşmiş Milletlerin başlıca ve tali kurumları ile Kurul tarafından toplanan konferanslardaki üyelere, görevlerini yaparlarken tam bir bağımsızlık ve söz serbestliği sağlamak amacı ile, görevlerini yaptıkları sırada, gösterdikleri çalışma, söyledikleri sözler ve yazdıkları yazılarla ilgili hususlarda tanınmış olan adli muafiyet, bunların üye Devletlerin temsilciliği sıfatı nihayet bulduktan sonra dahi devam edecektir.

14. Bent- Üye Devletler temsilcilerinin ayrıcalık ve muafiyetler kendi şahsi menfaatleri için değil, Kurulla ilgili görevlerini tam bir bağımsızlık içinde yapmalarını sağlamak amacıyla tanınmış bulunmaktadır. Binaenaleyh, her üye Devlet, kendi görüşüne göre muafiyetin adaletin yerine getirilmesine engel olduğu veya uğruna tanındığı amaca zarar gelmeksizin kaldırılabilirliği kanaatinde bulunduğu bütün hallerde sadece temsilcisinin muafiyetini kaldırmak hakkına malik değil, aynı zamanda bununla da ödevlidir.

15. Bent- 11.,12 ve 13 üncü bentler hükümleri, bir temsilcinin, uyruğu olduğu, temsilciliğini yaptığı veya yapmış olduğu bir devletin makamları karşısında bulunması halinde, uygulanamaz."

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı

41. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Sözleşme'nin 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (c) bendi uyarınca yalnızca bir ceza soruşturması veya kovuşturması çerçevesinde kişinin suç işlediğine dair şüphenin bulunması hâlinde yetkili adli makâmın huzuruna çıkarılması amacıyla tutuklanabileceği yönündeki içtihadını (*Jecius/Litvanya*, B. No: 34578/97, 31/7/2000, § 50; *Wloch/Polonya*, B. No: 27785/95, 19/10/2000, § 108) yakın dönemde verdiği *Buzadji/Moldova* ([BD], B. No: 23755/07, 5/7/2016, §§ 92-102) kararında geliştirmiştir. Buna göre ilk tutuklama kararından itibaren suçun işlendiğine ilişkin makul şüphenin varlığı yanında tutuklamaya ilişkin nedenlerin bulunduğu ilgili ve yeterli gerekçelerle ortaya konulması gerekir.

42. AİHM'e göre ilk tutuklama için yeterli görülen makul şüphenin varlığı, elde edilen deliller ve somut olayın kendine özgü koşulları da dikkate alındığında olaylara dışarıdan bakan, tamamen objektif bir gözlemciyi ikna edecek yeterlilikte olmalıdır. Toplanan deliller, objektif bir gözlemciye sunulduğunda şüpheli ya da sanığın atılı suçu işlemiş olabileceği yönünde gözlemcide kanaat oluşturmaya yeterli ise somut olayda makul şüphe vardır. Diğer bir ifadeyle inandırıcı neden ya da makul şüphe suçlanan kişinin üzerine atılı suçu işlemiş olabileceğine dair objektif bir gözlemciyi ikna etmeye yeterli olay, olgu veya bilginin varlığını gerektirmektedir (*Fox, Campbell ve Hartley/Birleşik Krallık*, B. No: 12244/86-12245/86-12383/86, 30/8/1990, § 32; *O'Hara/Birleşik Krallık*, B. No: 37555/97, 16/10/2001, § 34).

43. AİHM, tutukluluğu meşru kılan makul dört temel neden belirlemiştir. Bunlar sanığın duruşmaya çıkmama (kaçma) tehlikesi (*Stögmüller/Avusturya*, B. No: 1602/62, 10/11/1969, hukuki gerekçe bölümü § 15), sanığın serbest bırakıldıktan sonra adaletin iyi idaresine zarar verecek tarzda önlemler alabilecek olma tehlikesi (delilleri yok etme) (*Wemhoff/Almanya*, B. No: 2122/64, 27/6/1968, hukuki gerekçe bölümü § 14), tekrar suç işleme tehlikesi (*Matznetter/Avusturya*, B. No: 2178/64, 10/11/1969, hukuki gerekçe bölümü § 7) ve kamu düzenini bozma tehlikesidir (*Letellier/Fransa*, B. No: 12369/86, 26/6/1991, § 51).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

44. Mahkemenin 12/9/2019 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Adil Yargılanma Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddialar

1. Başvurucunun İddiaları

45. Başvurucu, soruşturma sürecinde hakkındaki diplomatik dokunulmazlık kaldırılmadan ve bu yöndeki itirazları değerlendirilmeden soruşturma işlemleri yapıldığını belirterek adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

2. Değerlendirme

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

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

47. 30/3/2011 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 öngörülmiş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir."

48. Yukarıda belirtilen Anayasa ve Kanun hükümleri gereğince Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru, iddia edilen hak ihlallerinin derece mahkemelerince düzeltilmemesi hâlinde başvurulabilecek ikincil nitelikte bir kanun yoludur. Bireysel başvuru yolunun ikincil niteliği gereği Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmek için öncelikle olağan kanun yollarının tüketilmesi zorunludur (*Ayşe Zıraman ve Cennet Yeşilyurt*, B. No: 2012/403, 26/3/2013, §§ 16, 17).

49. Somut olayda başvurucu, soruşturma süreci devam ederken bireysel başvuruda bulunmuş; sonra hakkında kamu davası açılmıştır. Anayasa Mahkemesince bireysel başvurunun karara bağlandığı tarih itibarıyla başvurucu hakkındaki kovuşturmanın devam ettiği görülmektedir. Başvurucunun başvuru formunda dile getirdiği şikâyetlerini yargılamada ve sonrasında istinaf/temyiz aşamalarında ileri sürebilme ve bu aşamalarda inceletme imkânı bulunmaktadır. Bu çerçevede derece mahkemelerinin yargılama ve istinaf/temyiz süreçleri beklenmeden soruşturma sürecindeki adil yargılanma hakkı ihlali şikâyetlerinin başvurucu tarafından bireysel başvuruya konu edildiği görülmüştür.

50. Açıklanan gerekçelerle ilk derece mahkemeleri ve istinaf/temyiz mercileri önünde devam eden başvuru yolları tüketilmeden temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddiasının bireysel başvuru konusu yapıldığı anlaşıldığından başvurunun bu kısmının *başvuru yollarının tüketilmemiş olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

B. Özel Hayata Saygı ve Konut Dokunulmazlığı Haklarının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları

51. Başvurucu -IRMCT yargıcı olarak- hakkındaki uluslararası diplomatik dokunulmazlık nedeniyle soruşturma yürütülmesinin mümkün olmadığını, bu itibarla

dokunulmazlık kaldırılmadıkça üstünün, konutunun aranamayacağını, eşyasına el konulamayacağını belirterek özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

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. Anılan kararda; koruma tedbirine karar veren makamların tedbir uygulanmasının gerekliliğine dair daha iyi değerlendirme yapabilecek konumda olmaları nedeniyle geniş takdir yetkisine sahip oldukları, bu doğrultuda ancak koruma tedbiri nedeniyle uğranılan zararın kaçınılmaz olandan ağır sonuçlara yol açtığı veya keyfi uygulandığının ilk bakışta anlaşılacak kadar açık olduğu hâllerde esas yönünden daha ileri bir değerlendirme yapılması gerektiği kabul edilmiştir (ilkeler için bkz. *Hülya Kar*, §§ 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 konut dokunulmazlığı 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 çıkarılmasını temin etmek amacıyla ve suç şüphesi bulunan hâllerde uygulanmıştır. Söz konusu tedbir öngörülebilir, kesin bir hukuki düzenlemeye dayanmaktadır. Ayrıca başvurucuya itirazlarını sorumlu makamlar önünde etkin bir biçimde ortaya koyabilme olanağı tanınmıştır. Bundan başka tedbir süreklilik arz eder biçimde uygulanmamıştır. Süregelen koruma tedbirinin durumun gerektirdiğinden daha uzun bir zaman devam ettiği veya hedeflenen amaca ulaşmak bakımından açıkça elverişsiz olduğu da 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; başvurucu da bireysel başvuru formunda aksini kanıtlayacak bir açıklamada bulunmamıştır.

56. Başvurunun özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı haklarına yönelik bir ihlalin olmadığını açık olması nedeniyle, diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin *açıkça dayanaktan yoksun* bulunması gerektiği değerlendirilmiştir.

C. Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddialar

1. Yakalama ve Gözaltına Almanın Hukuki Olmadığına İlişkin İddia

a. Başvurucunun İddiaları

57. Başvurucu, suç işlediğine dair somut deliller ortaya konulmadan ve uluslararası hukukta öngörülen güvencelere aykırı bir şekilde yakalanıp gözaltına alınması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

b. Değerlendirme

58. Bireysel başvuru yolunun ikincil niteliği gereği Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmek için öncelikle olağan kanun yollarının tüketilmesi zorunludur (*Ayşe Zıraman ve Cennet Yeşilyurt*, §§ 16, 17).

59. Anayasa Mahkemesi, kanunda öngörülen 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 atf yaparak- 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesinde öngörülen 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, §§ 64-72; *Hidayet Karaca* [GK], B. No: 2015/144, 14/7/2015, §§ 53-64; *Günay Dağ ve diğerleri* [GK], B. No: 2013/1631, 17/12/2015, §§ 141-150; *İbrahim Sönmez ve Nazmiye Kaya*, B. No: 2013/3193, 15/10/2015, §§ 34-47).

60. Somut olayda başvuru hakkında uygulanan yakalama ve gözaltı tedbirlerinin hukuka uygun olup olmadığı 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesi kapsamında açılacak davada incelenebilir. Nitekim Yargıtay uygulaması (Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 1/10/2012 tarihli ve E.2012/21752, K.2012/20353 sayılı kararı; bkz. *Günay Dağ ve diğerleri*, § 145) da bu kapsamdaki taleplerle ilgili olarak davanın esasının sonuçlanmasına gerek olmadığı yönündedir. Bu madde kapsamında açılacak dava yoluyla yakalama ve gözaltı tedbirlerinin hukuka aykırı olduğu tespit edildiğinde başvuru lehine tazminata da hükmedilebilecektir.

61. Buna göre 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesinde belirtilen dava yolunun başvuru durumuna uygun telafi kabiliyetini haiz etkili bir hukuk yolu olduğu ve bu olağan başvuru yolu tüketilmeden yapılan bireysel başvurunun incelenmesinin bireysel başvurunun *ikincillik niteliği* ile bağdaşmadığı sonucuna varılmıştır.

62. Kaldı ki yakalanan veya gözaltına alınan kişi, 5271 sayılı Kanun'un 91. maddesinin (5) numaralı fıkrası uyarınca Cumhuriyet savcısının yakalama işlemine veya gözaltına almaya ilişkin yazılı emrine karşı hemen serbest bırakılmayı sağlamak amacıyla sulh ceza hâkimine başvurabilmektedir. Kanun bu başvurunun yakalanan kişinin yanı sıra müdafii veya kanuni temsilcisi, eşi ya da birinci veya ikinci derecede kan hısmı tarafından da yapılmasına izin vermektedir. Başvuru formu ve eklerinde, başvuru yakalama işlemine veya gözaltı emrine karşı sulh ceza hâkimliğine başvuruda bulunduğu ve bu başvurusunun sonuçsuz kaldığına dair herhangi bir bilgi ya da belgeye yer verilmemiştir (aynı yöndeki değerlendirme için bkz. *Gülser Yıldırım (2)* [GK], B. No: 2016/40170, 16/11/2017, § 101).

63. Açıklanan gerekçelerle başvuru hukuka aykırı olarak yakalandığı ve gözaltına alındığı iddiasıyla ilgili olarak yargısal başvuru yolları tüketilmeden bireysel başvuru yapıldığı anlaşıldığından başvurunun bu kısmının *başvuru yollarının tüketilmemiş olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Tutuklamanın Hukuki Olmadığına İlişkin İddia

a. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

64. Başvurucu; suç şüphesi ve bunu haklı kılan somut olgu ya da deliller olmamasına rağmen hakkında tutuklama kararı verildiğini, delilleri karartma tehlikesi ve

kaçma şüphesinin de somut olayda bulunmadığını, tutuklama ve itiraz üzerine verilen kararlarda şikâyetleri incelenmeden, gerekşersiz olarak karar verildiğini belirterek kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

65. Başvurucu ayrıca görevinden kaynaklanan diplomatik güvencelere riayet edilmeksizin tutuklandığını iddia etmiştir. Başvurucu; tutuklanmasına karar verildiği tarihte Uluslararası Ceza Mahkemesinde hâkim olmasından dolayı hakkında diplomatik dokunulmazlık bulunduğunu, soruşturma, kovuşturma ya da tutuklama gibi işlemler yapılabilmesi için BM Genel Sekreteri tarafından bu dokunulmazlığın kaldırılması gerektiğini, uluslararası hukuka aykırı olarak tutuklandığını belirtmiştir.

66. Bakanlık görüşünde; başvurunun icra etmiş olduğu görev itibarıyla sahip olduğu görevsel muafiyetin mutlak bir yargısal bağımsızlık sağlamayacağı, başvurunun görevsel statüsünün görevinin dışında kalan hususlar ve bilhassa Türkiye Cumhuriyeti Devletinin güvenliğini ve Türk yargı makamlarını ilgilendiren hususlar bakımından herhangi bir önem atfetmeyeceği, başvurunun şikâyetleri incelenirken bireysel başvuruya ilişkin incelemenin Anayasa'nın 15. maddesi ile uyumlu olarak yapılması gerektiği, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunun ikincil bir yol olduğu, Anayasa'ya bariz şekilde aykırı yorumlar ile delillerin takdirinde açıkça keyfilik hâlinde hak ve özgürlük ihlaline sebebiyet veren durumlar hariç olmak üzere isnat edilen eylemlerin suç oluşturup oluşturmadığının, tutuklamaya ilişkin olanlar da dâhil kanun hükümlerinin yorumu ve bunların somut olaylara uygulanmasının derece mahkemelerinin takdir yetkisi kapsamında olduğu belirtilmiştir.

67. Başvurucu; Bakanlık görüşüne karşı beyanında 1/7/2018 tarihine kadar fiilen hâkimlik görevini yürüttüğünü, uluslararası diplomatik dokunulmazlığa sahip olması nedeniyle yargılanması ve tutuklanmasının mümkün olmadığını, tutuklanmasından dolayı yargıçlık görevini yapamadığını belirterek Bakanlık görüşünü kabul etmediğini ifade etmiştir.

b. Değerlendirme

68. 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."

69. 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."

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

i. Uygulanabilirlik Yönünden

71. 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."

72. 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 diğ.leri*, §§ 187-191). Soruşturma mercilerince başvurucuya yöneltilen ve tutuklama tedbirine konu olan suçlama, başvurucunun darbe teşebbüsünün arkasındaki yapılanma olduğu belirtilen FETÖ/PDY üyesi olduğu iddiasıdır. Bu nedenle, anılan suçlamanın olağanüstü hâl ilanını gerekli kılan olaylarla ilgili olduğu değerlendirilmiştir (*Selçuk Özdemir [GK]*, B. No: 2016/49158, 26/7/2017, § 57).

73. Bu itibarla başvuru hakkında uygulanan tutuklama tedbirinin hukuki olup olmadığının incelenmesi Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılacaktır. Bu inceleme sırasında öncelikle başvurucunun 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 diğ.leri*, §§ 193-195, 242; *Selçuk Özdemir*, § 58).

ii. Kabul Edilebilirlik Yönünden

(1) Genel İlkeler

74. 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).

75. 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).

76. 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).

77. 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).

78. 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).

79. 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)*, § 123). Bununla birlikte yargı mercilerinin belirtilen hususlardaki takdir aralığını aşip 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

80. Somut olayda öncelikle başvuruçunun tutuklanmasının kanuni dayanağının olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

81. 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.

82. Diğer taraftan başvuruçunun görevinden kaynaklanan diplomatik dokunulmazlık güvencelerine riayet edilmeksizin tutuklandığını iddia etmektedir.

83. Uluslararası Ceza Mahkemesi Rezidüel Mekanizması Statüsü'nün 29. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları (bkz. § 36) ile Mekanizmada görev yapan hâkimlere uygulanacak imtiyazlar, dokunulmazlıklar, muafiyetler ve kolaylıklar bakımından Diplomatik İlişkiler Hakkındaki Viyana Sözleşmesi'ne (bkz. §§ 37-39) ve Birleşmiş Milletler Ayrıcalık ve Muafiyetlerine Dair Sözleşme'ye (bkz. § 40) atfı yapılmaktadır. Bu durumda, belirtilen sözleşmelerdeki hükümlere göre başvuruçunun dokunulmazlığının bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerekir.

84. 18/4/1961 Tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkındaki Viyana Sözleşmesine Katılmamızın Uygun Bulduğuna Dair 3042 sayılı Kanun'un 29. maddesi ile "*diplomatik ajanın şahsî dokunulmazlığı vardır. Hiçbir şekilde tutuklanamaz veya gözaltına alınamaz. Kabul eden devlet diplomatik ajana gereken saygıyı gösterecek ve şahsına, özgürlüğüne ve onuruna yönelik herhangi bir saldırıyı önlemek için uygun tüm önlemleri alacaktır*" hükmü getirilmiş, 31. maddenin (1) numaralı fıkrasında diplomatik ajanın kabul eden devletin cezai yargısından bağışık olduğu belirtilmiştir. Aynı Sözleşme'nin 31. maddesinin (4) numaralı fıkrasında ise " *Kabul eden devletin yargısından bağışıklık diplomatik ajanı, gönderen devletin yargısından bağışık kılmaz*" şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir.

85. Birleşmiş Milletlerin Ayrıcalık ve Muafiyetlerine Dair Sözleşme'nin IV. maddesinin (15) numaralı bendinde yer alan "*11. 12. ve 13 ncü bentler hükümleri, bir temsilcinin, uyuğu olduğu, temsilciliğini yaptığı ve yapmış olduğu bir devletin makamların karşısında bulunması halinde, uygulanmaz*" biçimindeki düzenlemeye göre sözleşmede sayılan muafiyetlerin, uyuğu olduğu devlet makamları karşısında uygulanmayacağı kabul edilmiştir.

86. Buna göre BM Uluslararası Ceza Mekanizması bünyesinde yargıç (hâkim) statüsünde bulunan kişiler kural olarak uluslararası hukuk uyarınca diplomatik temsilcilere sağlanan ayrıcalık, bağışıklık, muafiyetler ile imkânlardan yararlanacaklardır. Ancak yukarıda açıklanan (bkz. §§ 36-40) düzenlemeler karşısında, belirtilen muafiyet ve dokunulmazlıkların görevli olduğu, kabul eden devlet makamları nezdinde sağlandığı anlaşılmaktadır. Gönderen ya da diğer bir ifadeyle uyuğu olduğu, temsilciliğini yaptığı devlet makamlarına karşı belirtilen muafiyet ve dokunulmazlıklar ileri sürülemeyeceğinden, soruşturma genel hükümlere göre yürütülecek ve bu soruşturmada tutuklama tedbirine genel yetkili yargı organı olarak sulh ceza hâkimliklerince karar verilebilecektir. Kaldı ki başvurucuya yöneltilen ve tutuklama tedbirine konu olan suçlamanın başvurucunun yürütmekte olduğu yargıçlık göreviyle bir ilgisi bulunmadığı gibi isnat olunan eylemler terörle bağlantılı kişisel suç niteliğindedir.

87. Dolayısıyla somut olayın koşullarında başvurucunun IRMCT hâkimi olması nedeniyle uluslararası hukuktan kaynaklanan güvencelere uyulmaksızın kanuna aykırı olarak tutuklandığı iddiası yerinde değildir. Bu itibarla başvurucu hakkında uygulanan tutuklama tedbirinin kanuni dayanağı bulunmaktadır.

88. 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.

89. Başvurucu hakkındaki soruşturma belgeleri, iddianame ve mahkemelerce yapılan tutukluluk hâlinin değerlendirilmesine dair kararlarda başvurucunun FETÖ/PDY üyelerinin kendi aralarındaki iletişimi sağladığı ifade edilen *ByLock* uygulamasının kullanıcı olduğu belirtilmiştir (bkz. §§ 14, 19, 20, 22 ve 23).

90. Anayasa Mahkemesi, *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 değerlendirilebileceğini belirtmektedir (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, §§ 106, 267). Buna göre soruşturma makamlarınca ve tutuklama tedbirine karar veren mahkemelerce FETÖ/PDY üyesi olmakla suçlanan başvurucunun *ByLock* uygulamasını kullanmasının somut olayın

koşullarına göre suçun işlendiğine dair *kuvvetli belirti* olarak kabul edilmesi, anılan programın özellikleri itibarıyla temelsiz ve keyfi bir tutum olarak değerlendirilemez (*Selçuk Özdemir*, § 74, *Neslihan Aksakal*, B. No: 2016/42456, 26/12/2017, § 57).

91. Diğer taraftan başvuru hakkında uygulanan ve kuvvetli suç şüphesinin bulunması şeklindeki ön koşulu yerine gelmiş olan tutuklama tedbirinin meşru bir amacının olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. Bu değerlendirmede tutuklama kararının verildiği andaki genel koşullar da dâhil olmak üzere somut olayın tüm özelliklerinin dikkate alınması gerekir.

92. Darbe teşebbüsü sırasında gerçekleşen vahim olayların toplumda oluşturduğu kaygı, teşebbüsün faili olduğu belirtilen FETÖ/PDY'nin örgütlenmesinin karmaşıklığı ve bu yapılanmanın arz ettiği tehlike (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, §§ 15-19, 26) 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 soruşturmanın güvenlik içinde yürütülebilmesi için tutuklama dışındaki koruma tedbirlerinin yetersiz kalması söz konusu olabilir (aynı yöndeki değerlendirmeler için bkz. *Aydın Yavuz ve diğerleri*, § 271; *Selçuk Özdemir*, § 78).

93. Darbe teşebbüsüyle bağlantılı veya darbe teşebbüsüyle bağlantılı olmasa 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 tabi tutulan kişilerin yurt dışına kaçmasını ve yurt dışında barınmasını büyük ölçüde kolaylaştıracaktır (aynı yöndeki değerlendirmeler için bkz. *Aydın Yavuz ve diğerleri*, § 272; *Selçuk Özdemir*, § 79).

94. Başvurucunun tutuklanmasına esas alınan silahlı terör örgütü üyesi olma suçu, Türk hukuk sistemi içinde ağır cezai yaptırımlar öngörülen suç tipleri arasında olup (bkz. § 30) isnat edilen suçla ilişkili olarak kanunda öngörülen cezanın ağırlığı kaçma şüphesine işaret eden durumlardan biridir (aynı yöndeki değerlendirmeler için bkz. *Hüseyin Burçak*, B. No: 2014/474, 3/2/2016, § 61; *Devran Duran* [GK], B. No: 2014/10405, 25/5/2017, § 66). Ayrıca anılan suç 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan ve kanun gereği *tutuklama nedeni varsayılabilen* suçlar arasındadır (bkz. § 26; *Gülser Yıldırım* (2), § 148).

95. Somut olayda Ankara 2. Sulh Ceza Hâkimliğince başvuru tutuklanmasına karar verilirken; işlendiği iddia olunan silahlı terör örgütüne üye olma suçunun niteliğine, Kanun'da öngörülen yaptırımın ağırlığına, delillerin karartılması ile kaçma şüphesinin varlığına ve suçun 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan katalog suçlar arasında olmasına dayanıldığı görülmektedir (bkz. § 15).

96. Dolayısıyla tutuklama kararının verildiği andaki genel koşullar ve somut olayın yukarıda belirtilen özel koşulları ile Ankara 2. Sulh Ceza Hâkimliği tarafından verilen kararın içeriği birlikte değerlendirildiğinde başvuru yönünden özellikle -suçun ağırlığı ve

uluslararası bir mahkemede çalışması nedeniyle yurt dışına rahatlıkla kaçabileceğine atfen kaçma ve delilleri etkileme şüphesine yönelik tutuklama nedenlerinin olgusal temellerinin olduğu söylenebilir.

97. Başvurucu hakkındaki tutuklama tedbirinin ölçülü olup olmadığına da belirlenmesi gerekir. Bir tutuklama tedbirinin Anayasa'nın 13. ve 19. maddeleri kapsamında ölçülülüğünün belirlenmesinde somut olayın tüm özellikleri dikkate alınmalıdır (*Gülser Yıldırım* (2), § 151).

98. 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 (aynı yöndeki değerlendirmeler için bkz. *Süleyman Bağrıyanık ve diğ.leri*, B. No: 2015/9756, 16/11/2016, § 214; *Devran Duran*, § 64). Özellikle darbe teşebbüsüyle veya FETÖ/PDY ile bağlantılı soruşturmaların kapsamı ve niteliği ile FETÖ/PDY'nin özellikleri (gizlilik, hücre tipi yapılanma, her kurumda örgütlenmiş olma, kendisine kutsallık atfetme, itaat ve teslimiyet temelinde hareket etme gibi) de dikkate alındığında bu soruşturmaların diğer ceza soruşturmalarına göre çok daha zor ve karmaşık olduğu ortadadır (bkz. *Aydın Yavuz ve diğ.leri*, § 350).

99. Somut olayın yukarıda belirtilen özellikleri dikkate alındığında Ankara 2. Sulh Ceza Hâkimliğinin isnat edilen suç için öngörülen yaptırımın ağırlığını, işin niteliğini ve önemini de gözönünde tutarak başvurucu hakkında uygulanan tutuklama tedbirinin ölçülü olduğu ve adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağı sonucuna varmasının (bkz. § 15) keyfi ve temelsiz olduğu söylenemez.

100. Açıklanan gerekçelerle başvurunun tutuklamanın hukuki olmadığı iddiasına ilişkin olarak bir ihlalin bulunmadığı açık olduğundan başvurunun bu kısmının *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

101. Buna göre başvurunun kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına tutuklama yoluyla yapılan müdahalenin bu hakka dair Anayasa'da (13. ve 19. maddelerde) yer alan güvencelere aykırılık oluşturmadığı görüldüğünden Anayasa'nın 15. maddesinde yer alan ölçütler yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek bulunmamaktadır.

3. Tutukluluğun Makul Süreyi Aştığına İlişkin İddia

a. Başvurucunun İddiaları

102. Başvurucu; tutuklamaya yaptığı itirazın gerekçesiz olarak reddedildiğini, yapılan incelemede Anayasal güvenceler karşılanmadan ve bireyselleştirilmeden, itirazları dikkate alınmadan özgürlüğünden mahrum bırakıldığını ileri sürmüştür.

b. Değerlendirme

103. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurucunun bu başlık altındaki şikâyetlerinin tutukluluğun makul süreyi aşmasına ilişkin olduğu değerlendirilmiş ve bu şikâyet Anayasa'nın 19. maddesinin yedinci fıkrası kapsamında incelenmiştir.

104. Bireysel başvuru yolunun ikincilik niteliği gereği Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmek için öncelikle olağan kanun yollarının tüketilmesi zorunludur (*Ayşe Zıraman ve Cennet Yeşilyurt*, § 17).

105. Tutukluluk hâli sona erdikten sonra tutukluluğun Kanun'da öngörülen azami süreyi veya makul süreyi aştığını iddia eden başvuruçunun devam eden tutukluluk hâlinde farklı olarak iddia edilen ihlalin tespitini ve tazminat ödenmesini sağlayabilecek bir hukuk yolu mevcut ise bu yolu tüketmesi gerekir (*Hamit Kaya*, B. No: 2012/338, 2/7/2013, § 46).

106. Anayasa Mahkemesi, tutukluluğun kanunda öngörülen azami süreyi veya makul süreyi aştığı iddiasıyla yapılan bireysel başvurular bakımından bireysel başvurunun incelendiği tarih itibarıyla başvuru tahliye edilmiş ise asıl dava sonuçlanmamış da olsa 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesinde öngörülen tazminat davası açma imkânının tüketilmesi gereken etkili bir hukuk yolu olduğunu belirtmektedir (*Erkam Abdurrahman Ak*, B. No: 2014/8515, 28/9/2016, §§ 48-62; *İrfan Gerçek*, B. No: 2014/6500, 29/9/2016, §§ 33-45).

107. Somut olayda bireysel başvuruda bulunduktan sonra 14/6/2017 tarihinde tahliyesine karar verilen başvuruçunun tutukluluğun makul süreyi aştığına ilişkin iddiası, 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesi kapsamında açılacak davada incelenebilir. Bu madde kapsamında açılacak dava sonucuna göre başvuruçunun tutukluluğunun makul süreyi aştığının tespiti hâlinde görevli mahkemece başvuru lehine tazminata da hükmedilebilecektir. Buna göre 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesinde belirtilen dava yolunun başvuruçunun durumuna uygun telafi kabiliyetini haiz etkili bir hukuk yolu olduğu ve bu olağan başvuru yolu tüketilmeden yapılan bireysel başvurunun incelenmesinin bireysel başvurunun *ikincil olma niteliği* ile bağdaşmadığı sonucuna varılmıştır.

108. Açıklanan gerekçelerle tutukluluğun makul süreyi aştığı iddiasının yargısal başvuru yolları tüketilmeden bireysel başvuru konusu yapıldığı anlaşıldığından başvurunun bu kısmının *başvuru yollarının tüketilmemesi* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *başvuru yollarının tüketilmemiş olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

2. Özel hayata saygı ve konut dokunulmazlığı haklarının ihlal edildiğine ilişkin iddiaların *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

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

4. Tutuklamanın hukuki olmaması dolayısıyla kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

5. Tutukluluğun makul süreyi aşması dolayısıyla kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *başvuru yollarının tüketilmemiş olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

B. Yargılama giderlerinin başvuru üzerinde BIRAKILMASINA 12/9/2019 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan y.
Recep KÖMÜRCÜ

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU