



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

AYDIN SEFA AKAY/TÜRKİYE

(Başvuru no. 59/17)

KARAR

Madde 5 § 1 • Kanunla öngörülen usul • Birleşmiş Milletler Uluslararası Ceza Mahkemeleri Rezidüel Mekanizmasında görev yapan bir hâkimin Mekanizma Statüsü'nün kendisine tanıdığı diplomatik bağışıklığa rağmen yakalanması ve tutuklanması • Mahkemenin ulusal yargının bağımsızlığına ilişkin içtihatlarında belirtilen ilkelerin, *uygulanabildiği ölçüde (mutatis mutandis)*, uluslararası hâkim ve mahkemelere uygulanması • Yerel mahkemelerin başvuranın diplomatik bağışıklığının geçerliliğini değerlendirmede gecikmesinin 5. maddenin 1. fıkrasıyla bağdaşmaması ve bu bağışıklık sayesinde başvurana sağlanan korumayı boşa çıkarması • Yerel mahkemelerin bağışıklığa ilişkin yorumunun ne öngörülebilir ne de 5. maddenin 1. fıkrasının hukuki güvenlik gerekliliklerine uygun olması • Uluslararası mahkeme hâkimlerinin BM organına üye bir Devletin temsilcisi olmaması • Başvuranın, kişisel dokunulmazlık ve görev süresi boyunca ve uzaktan çalışırken herhangi bir yakalama veya tutuklamaya tabi olmama da dâhil olmak üzere tam diplomatik bağışıklığa sahip olması • Ayrıcalıkların ve bağışıklığın nihai amacının hâkimlerin ve dolayısıyla Mekanizma mahkemesinin herhangi bir Devlet karşısındaki bağımsızlığını korumak olması Madde 8 • Özel hayat ve konut • Başvuranın şahsının ve evinin aranmasının “kanunla öngörülmüş” olmaması • Başvuranın ikamet ettiği yerin, Mekanizma için uzaktan çalıştığı göz önünde bulundurulduğunda, ofise benzer bir konumda olması • İkametgahın, Mahkemenin 8. maddeye ilişkin içtihatları uyarınca bir avukatın bürosunun aranmasına sağlanan korumaya benzer bir korumaya tabi olması • Yerel mahkemelerin başvuranın bağışıklığının bu yönünü incelememesi • Ele geçirilen bazı eşyaların daha sonra kendisine karşı açılan ceza davasında kullanılması • BM Genel Sekreteri'nin bağışıklığı kaldırmaması ya da BM veya başvuranın *geriye dönük (ex post facto)* rızasının olmaması Madde 15 • Olağanüstü hallerde derogasyon • Madde 5 § 1 • Madde 8 • Davalı Devletin “uluslararası hukuk kapsamındaki diğer yükümlülükleri” ile uyumlu olmayan tedbirler

Yazı İşleri Müdürlüğü tarafından hazırlanmıştır. Mahkeme açısından bağlayıcılığı bulunmamaktadır.

STRAZBURG

23 Nisan 2024

İşbu karar, Sözleşme'nin 44 § 2 maddesinde öngörülen koşullar çerçevesinde kesinleşecektir. Bazı şekli değişikliklere tabi tutulabilir.

Aydın Sefa Akay/Türkiye davasında,

Başkan

Arnfinn Bårdsen,

Hâkimler

Jovan Ilievski,

Pauliine Koskelo,

Saadet Yüksel,

Lorraine Schembri Orland,

Frédéric Krenc,

Diana Sârcu,

ve *Bölüm Yazı İşleri Müdür Yardımcısı* Dorothee von Arnim'in katılımıyla Daire halinde toplanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İkinci Bölüm),

Türk vatandaşı olan Aydın Sefa Akay'ın ("başvuran"), 21 Aralık 2016 tarihinde, Türkiye Cumhuriyeti Devleti aleyhine, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına ilişkin Sözleşme'nin ("Sözleşme") 34. maddesi uyarınca Mahkemeye yapmış olduğu başvuruyu (no. 59/17),

Başvurunun Türk Hükümetine ("Hükümet") bildirilmesi kararını,

Tarafların beyanlarını dikkate alarak,

26 Mart 2024 tarihinde yapılan kapalı müzakerelerin ardından,

Aynı tarihte aşağıdaki kararı vermiştir:

GİRİŞ

1. Başvuru, esas olarak, Birleşmiş Milletler Uluslararası Ceza Mahkemeleri Rezidüel Mekanizmasında görev yapan bir hâkim olarak diplomatik bağışıklığa sahip olan başvuranın yakalanması ve tutuklanmasının, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrası anlamında "kanunla öngörülen usule uygun" olup olmadığı sorusuyla ilgilidir.

2. Dahası söz konusu başvuru, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının c) bendi kapsamında, ağırlıklı olarak ByLock akıllı telefon uygulamasını kullanmasına dayanan başvuranın tutukluluğunu gerektirecek herhangi bir makul şüphenin bulunmadığı iddiası ve Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrası kapsamında, yerel mahkemelerin, başvuranın tutukluluğuna karşı itirazlarını incelerken diplomatik bağışıklığına ilişkin argümanlarını dikkate almadıkları

iddiasıyla ilgilidir. Son olarak, başvuru, Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında, diplomatik bağışıklığı dikkate alınmaksızın başvuranın evinin ve üstünün hukuka aykırı olarak arandığı iddiasıyla ilgilidir.

OLAYLAR VE OLGULAR

3. Başvuran, 1950 doğumlu olup Rize'de ikamet etmektedir. Başvuran, Mahkeme önünde Ankara Barosuna kayıtlı Avukat Dr. K. Altıparmak tarafından temsil edilmiştir.

4. Hükümet, kendi görevlisi Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Dairesi Başkanı Hacı Ali Açıkgül tarafından temsil edilmiştir.

5. Dava konusu olaylar aşağıdaki gibi özetlenebilir.

I.BAŞVURANIN MESLEKİ KARIYERİ

6. Başvuran, 1987 yılında Türkiye Dışişleri Bakanlığında hukuk müşaviri olarak çalışmaya başlamış ve 1989-2012 yılları arasında Türkiye Birleşmiş Milletler ("BM") Daimi Temsilciliği, Mahkeme önünde Türkiye'yi temsil ettiği Avrupa Konseyi nezdinde Türkiye Daimi Temsilciliği, "Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti" Lefkoşa'daki Türkiye Büyükelçiliği, Türkiye UNESCO Daimi Temsilciliği ve Ankara'daki Dışişleri Bakanlığı da dâhil olmak üzere farklı yerlerde görev yapmıştır. Başvuran, 2012 ve 2014 yılları arasında Türkiye'nin Burkina Faso Büyükelçisi olarak görev yapmış ve 2015 yılında emekli olmuştur.

7. Başvuran, 2003-2012 yıllarında Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesinde ("URCM") hâkim olarak görev yapmıştır. 20 Aralık 2011 tarihinde BM Genel Kurulu, 87. toplantısı sırasında, başvuranı, görev süresi 1 Temmuz 2012 tarihinde başlamak üzere dört yıllığına BM Uluslararası Ceza Mahkemeleri Rezidüel Mekanizması ("Mekanizma") hâkimi olarak seçmiştir. BM Genel Sekreteri, 24 Haziran 2016 tarihinde, başvuranın görev süresini, 1 Temmuz 2016 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere iki yıllığına uzatmıştır. BM Genel Sekreteri, Haziran 2018'de başvuranı tekrar atamamış, böylece başvuranın görev süresi 30 Haziran 2018 tarihinde sona ermiştir.

8. Mekanizma Başyargıcı Hâkim Theodor Meron, 25 Temmuz 2016 tarihinde, Augustin Ngirabatware'in davasına ilişkin olarak Mekanizma İstinaf Dairesi tarafından 18 Aralık 2014 tarihinde verilen kararla (*Savcı/Augustin*

Ngirabatware)¹ ilgili olarak 8 Temmuz 2016 tarihinde sunduğu gözden geçirme başvurusunu değerlendirmek üzere, biri başvuran olmak üzere beş hâkimden oluşan bir heyet görevlendirmiştir. Mevcut başvuruya neden olan olaylar sırasında başvuran, Mekanizma Statüsü'nün 8. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, Mekanizma hâkimleri için yaygın olduğu üzere, kendi ülkesi olan Türkiye'den uzaktan dava üzerinde çalışmaktaydı (bk. aşağıdaki 81. paragraf).

II. 15 TEMMUZ 2016 TARİHLİ DARBE GİRİŞİMİ VE OLAĞANÜSTÜ HAL İLANI

9. 15 Temmuz 2016 tarihinde gece, Türk Silahlı Kuvvetlerinde bulunan ve kendilerini “Yurtta Sulh Konseyi” olarak adlandırılan bir grup, demokratik yollarla seçilen Meclisi, Hükümeti ve Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı devirme amacıyla askeri bir darbe girişiminde bulunmuştur.

10. Darbe teşebbüsü sırasında, azmettiricilerinin kontrolü altındaki askerler, Meclis binası ve Cumhurbaşkanlığı da dâhil olmak üzere çeşitli stratejik Devlet binalarını bombalamış; Cumhurbaşkanının kaldığı otele saldırıda bulunmuş; Genel Kurmay Başkanını rehin almış ve televizyon kanallarına saldırarak göstericilere ateş etmişlerdir. Bu şiddet dolu gecede, 300'den fazla kişi öldürülmüş, 2.500'den fazla kişi ise yaralanmıştır.

11. Askeri darbe girişiminden sonra, ulusal makamlar Pensilvanya'da (Amerika Birleşik Devletleri) yaşayan bir Türk vatandaşı olan ve Türk Makamları tarafından FETÖ/PDY (“Fetullahçı Terör Örgütü/Paralel Devlet Yapılanması”) olarak adlandırılan terör örgütünün lideri olarak değerlendirilen Fetullah Gülen'i suçlamışlardır. Darbe girişimi sırasında ve sonrasında, Hükümet içine sızmayı ve Hükümete yönelik süregelen tehdidi ortadan kaldırmak amacıyla, Türkiye'nin her yerindeki Cumhuriyet savcılıkları, darbe girişimine doğrudan karışmış olanların yanı sıra, doğrudan karışmamış olmakla birlikte FETÖ/PDY'nin çeşitli kamu, sağlık, eğitim, ticaret ve medya kurumlarındaki yapısal örgütlenmesinin bir parçası olduğundan şüphelenilen kişiler hakkında da ceza kovuşturmaları başlatmıştır. Bu ceza soruşturmaları sırasında çok sayıda kişi yakalanmış ve akabinde tutuklanmıştır.

¹ Dava no. MICT-12-29-R. 27 Eylül 2019 tarihinde İstinaf Dairesi, Statü'nün 24. maddesi ve Kurallar'ın 147. maddesi uyarınca, oybirliğiyle İstinaf Kararının her yönüyle geçerliliğini korumasına karar vermiştir.

12. Hükümet, 20 Temmuz 2016 tarihinde, 21 Temmuz 2016'da başlamak üzere doksan gün süreyle olağanüstü hâl ilan etmiştir. Bu süre daha sonra Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından doksana günlük sürelerle uzatılmıştır.

13. Türk makamları, 21 Temmuz 2016 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterini bilgilendirerek Sözleşme'nin 15. maddesi uyarınca derogasyon bildirimini ilan edildiğini bildirmişlerdir.

14. Olağanüstü hal 18 Temmuz 2018 tarihinde kaldırılmıştır.

III. BAŞVURAN HAKKINDAKİ CEZA YARGILAMALARI

A. Başvuranın yakalanması, tutuklanması ve konutunda ve üstünde arama yapılması

15. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı, darbe girişiminden kısa bir süre sonra, FETÖ/PDY silahlı terör örgütüne karıştıklarından şüphelenilen Dışişleri Bakanlığı çalışanları hakkında ceza soruşturması başlatmıştır. Soruşturmada sorumlu Cumhuriyet savcısı, (i) başvuranın yakalanmasını ve (ii) konutunun, üstünün ve aracının aranmasını ve FETÖ/PDY üyesi olduğuna dair kuvvetli şüphe ve deliller ışığında bulunan her türlü malzeme ve eşyaya el konulmasını emreden bir yazıyı polise göndermiştir. Cumhuriyet savcısı dahası, söz konusu davada yüzlerce şüphelinin Ankara Emniyet Müdürlüğü Terörle Mücadele Şubesi tarafından soruşturulduğunu belirterek, başvuranın Ankara'ya nakledilmesini emretmiştir.

16. Başvuran, 21 Eylül 2016 tarihinde İstanbul, Büyükkada'daki evinde yakalanmış ve soruşturma sırasında gözaltına alınmıştır. Büyükkada polis karakolunda üstü aranmış ve saatine, gözlüğüne, alyansına, cüzdanına, kemerine ve ilaçlarına el konulmuştur. Daha sonra Cumhuriyet savcısının talimatıyla Ankara'ya nakledilmiştir.

17. Başvuranın yakalandığı gün polis ayrıca İstanbul'daki evini aramış ve dört bilgisayar, üç cep telefonu, iki flash bellek, üç disket, bir video kaset ve FETÖ/PDY lideri Fetullah Gülen tarafından yazılan *Örnekleri Kendinden Bir Hareket* ve aynı örgütün üst düzey bir üyesi olduğu iddia edilen E.D. Tarafından yazılan *Medya: Makasların Gölgesinden İlkelerin Hareketi* adlı iki kitaba el koymuştur. Ertesi gün Adalar Sulh Ceza Hâkimliği, başvuranın evinin aranması sırasında toplanan eşyalara el konulmasını onaylamıştır.

18. 26 Eylül 2016 tarihinde polis, Ankara Emniyet Müdürlüğünde avukatının huzurunda başvuranın ifadesini almıştır. Başvuran, kendisine isnat edilen suçları, yani silahlı terör örgütüne üye olma, bu örgüt adına anayasal düzeni güç kullanarak yıkmaya teşebbüs etme, adam öldürme, yaralama, mala zarar verme ve askeri darbeye teşebbüs etme gibi eylem ve faaliyetlerde bulunma suçlarını reddetmiştir. Başvuran, FETÖ/PDY veya başka bir terör örgütü ile herhangi bir ilişkisi olmadığını belirtmiştir. Başvuran dahası, diğerlerinin yanı sıra, Türkiye Hür ve Kabul Edilmiş Masonlar Büyük Locası üyesi olduğunu ifade etmiştir. Başvuran, ByLock mobil uygulamasını kullanıp kullanmadığı, nasıl indirdiği, ne amaçla kullandığı ve kimlerle iletişime geçtiği gibi çeşitli sorulara şu şekilde cevap vermiştir:

“Programı Burkina Faso eski Dışişleri Bakanı [D.B.]nin isteği üzerine 2015 yılı Aralık ayında Google Play Store’den indirmiştim ve üç dört ay boyunca kendisi ve [H.Z.] ile masonik konular hakkında görüştüm...”

Bu programı sadece Google Play Store’den herhangi bir şifreleme kullanmadan indirdim ve kullandım. Şifreleme yok. Şifrelemeyi ilk defa burada duyuyorum... [D.B. ve H.Z.] dışında başka kimseyle konuşmadım. ...”

Başvuran, evinde el konulan iki kitap hakkında şu cevabı vermiştir:

“Kütüphanemde her konuda 2.000’den fazla kitap var. Bunların suç teşkil etmediğinden eminim. Ayrıca ben de kitap yazıyorum, akademik araştırmalar yapıyorum ve konferanslar/seminerler düzenliyorum. Kütüphanemde farklı yazarlara ait kitapların olması doğal.”

19. Başvuran, 28 Eylül 2016 tarihinde altı kişiyle birlikte Ankara 2. Sulh Ceza Hâkimliği önüne çıkarılmıştır. Başvuran şahsen ifade vermiş ve aşağıdaki hususları belirtmiştir:

“... Bylock programını aydınlatmak istiyorum. Bu programı zannedersem 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 üstadlarındandı. Daha sonra kullanması zor olduğu için kaldırdım. Benim geçmişim, çevrem, yaşam tarzım incelendiğinde zaten bu örgüt ile hiçbir ilgim olmadığı anlaşılabacaktır. Kitap okumayı seven biriyim. Evimde 2500 civarında kitap vardır. Bunlardan 2 tanesi nedeniyle suçlanmış olabilirim. Belirttiğim üzere ben her türlü kitabı okurum. Benim yaşıım 66’dır, şeker ve tansiyon rahatsızlıklarım vardır. Ulusal ve uluslararası saygın bir kişiliğim vardır. Halen Birleşmiş Milletler Uluslararası Ceza Mahkemeleri Reziduel

AYDIN SEFA AKAY/TÜRKİYE İHLAL KARARI

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.”

20. Aynı gün Hâkimlik, Ceza Kanunu’nun 314. maddesinin 2. fıkrası uyarınca silahlı bir terör örgütüne üye olduğu gerekçesiyle başvuranın tutuklanmasına karar vermiştir. Diğer altı şüpheli de tutuklanmıştır. Başvuranla ilgili olarak aşağıdaki gerekçe gösterilmiştir:

“... 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 Ceza Muhakemeleri Kanunu 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 anlaşılmakla şüphelilerin Ceza Muhakemeleri Kanunu 100. ve devamı maddeleri gereğince tutuklanmasına, [karar verildi].”

B. Başvuranın tutukluluğunu uzatan ve itirazlarını reddeden kararlar

21. Başvuranın avukatı, 4 Ekim 2016 tarihinde, başvuranın suçlandığı suçun manevi unsurunun karşılanmadığını ileri sürerek tutukluluk kararına itiraz etmiştir. Başvuranın ByLock kullanmasının FETÖ/PDY ile herhangi bir bağlantısı yoktur, zira başvuran, ByLock’u örgütle herhangi bir bağı olmayan Burkina Faso eski Dışişleri Bakanı ile masonik konuları tartışmak için kullanmıştır. Avukat, sadece ByLock kullanımının silahlı terör örgütüne üyelik suçunu oluşturmak için yeterli olmadığını ve ByLock’un herkes tarafından Google Play Store’den indirilip kullanılabileceğini ileri sürmüştür. Diğer bir ifadeyle, ByLock uygulamasına erişmek için FETÖ/PDY üyesi olmak gerekmiyordu. Her hâlükârda, başvuranın avukatı, başvuranın uygulamayı kullandığını inkâr etmemesi nedeniyle, ilk kullanmaya başladığı tarihi, iletişim kurduğu kişileri ve iletişiminin tarih ve içeriğini belirlemek için gerekli soruşturmaları yürütmenin yetkili makamların görevi olduğunu ifade etmiştir. Avukat, başvuranın yaşına, hastalıklarına, mesleki kariyerine ve profiline atıfta bulunarak ve niyeti bu olsaydı ülkeden serbestçe

kaçabileceğine işaret ederek, başvuranın uygun adli denetim tedbirleri uygulanarak serbest bırakılmasını talep etmiştir.

22. Ankara 3. Sulh Ceza Hâkimliği, 10 Ekim 2016 tarihinde, aralarında başvuranın da bulunduğu dört şüphelinin tutukluluk kararına yaptıkları itirazı incelemiş ve reddetmiştir. Ankara 3. Sulh Ceza Hâkimliği, (i) kararların bozulmasını gerektirecek herhangi bir delil sunulmadığına ve (ii) Ankara 2. Sulh Ceza Hâkimliğinin 28 Eylül 2016 tarihli kararında sunduğu gerekçenin usul ve yasaya uygun olduğuna hükmederek şüphelilerin tutukluluk hallerinin devamına karar vermiştir.

23. Başvuranın avukatı, 24 Ekim 2016 tarihinde, başvuranın, Güvenlik Konseyi'nin 1966 (2010) sayılı kararıyla kabul edilen ve BM'nin tüm üye Devletleri için bağlayıcı olan Mekanizma Statüsü'nün 29. maddesi uyarınca Mekanizmada görevli bir hâkim olarak diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklara sahip olduğunu ileri sürerek serbest bırakılmasını talep etmiştir (aşağıdaki 81. paragraf). Talebe ekli belgelerden biri, Mekanizma Başyargıcı'nın başvuranın statüsünü ve bağışıklığını belirten 30 Eylül 2016 tarihli bir yazısıdır.

24. Birleşmiş Milletler Hukuk İşleri Bürosu, 25 Ekim 2016 tarihinde, Türkiye'nin BM Daimi Temsilciğine bir *sözlü nota (note verbale)* vermiş ve başvuranın Mekanizma Statüsü'nün 29. maddesi uyarınca diplomatik bağışıklığı olduğunu vurgulamıştır. Söz konusu büro başvuranın derhal serbest bırakılmasını ve başvuran hakkındaki hukuki sürecin durdurulmasını talep etmiştir.

25. Bu sırada Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı, 13 Ekim 2016 tarihinde Dışişleri Bakanlığından bir yazı almıştır. Söz konusu yazının ilgili kısımları aşağıdaki gibidir:

“... Akay'ın, 15 Temmuz 2016'daki alçak darbe girişiminin ardından alınan tedbirler kapsamında 28 Eylül 2016 tarihinde Ankara'da tutuklandığı tespit edilmiştir.

Akay'ın deruhte ettiği BM Rezidüel Mekanizması yargıçlığına ilişkin usul ve esaslar 13 Şubat 1946 tarihli BM Ayrıcalık ve Bağışıklıklarına İlişkin Sözleşme'de düzenlenmektedir. Sözleşme'nin V/18, (a) maddesi BM görevlilerine, resmi sıfatla sarf ettikleri sözler, yazdıkları ifadeler ve icra ettikleri işlemler bakımından görevsel bir muafiyet tanımaktadır. Aynı şekilde mezkûr sözleşmenin V/20 maddesi de, yukarıda anılan görevsel muafiyetlerin BM görevlilerine şahsi menfaatleri için değil, BM yararına tesis edildiği belirtilmekle, söz konusu muafiyetin adaletin tesisine engel

AYDIN SEFA AKAY/TÜRKİYE İHLAL KARARI

teşkil etmesi halinde kaldırılması mümkün olduğu gibi, bu halde muafiyetin kaldırılmasının BM Genel Sekreterliği açısından bir ödev olduğu ifade edilmektedir. Bu bağlamda, bir yönüyle ülkemizde milletvekilleri açısından geçerli bulunan yasama dokunulmazlığı-sorumsuzluğu müessesesi ile benzerlik gösteren görevsel muafiyet kavramının Aydın Sefa Akay açısından mutlak bir yargısal bağışıklık yaratması söz konusu olmayıp, adı geçen [Mekanizma'daki] görevi haricinde kalan hususlar yönünden ve bilhassa ülkemiz yargısı bakımından özel herhangi bir statüsü bulunmamaktadır...”

26. Aynı tarihte Ankara 1. Sulh Ceza Hâkimliği, tahliye taleplerinin otuz günlük sürelerle yapılan otomatik inceleme sırasında dosya üzerinden karara bağlanmasını öngören 668 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 3. maddesinin 1. fıkrasının ç) bendi uyarınca başvuranın talebi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermiştir.

27. Cumhuriyet savcısı, 27 Ekim 2016 tarihinde, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 108. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, aralarında başvuranın da bulunduğu bazı şüphelilerin tutukluluklarının gözden geçirilmesini ve devam etmesini mahkemeden talep etmiştir. Aynı gün Ankara 3. Sulh Ceza Hâkimliği bu talebi kabul etmiş ve aşağıdaki hususları göz önünde bulundurarak başvuran ve diğer on altı kişinin tutukluluk hallerinin devamına karar vermiştir:

“...suçun niteliği, mevcut delil durumu, soruşturmanın henüz sonuçlanmamış olması, tutuklama için gösterilen gerekçelerin devam etmesi, [Ceza Muhakemesi Kanunu'nun] 100. maddesi uyarınca kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösterir somut olgular ve [Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin] 5. maddesi uyarınca tutuklama nedenleri, verilen tutuklama kararının ölçülü oluşu ve adli kontrol hükümlerinin uygulanmasının yetersiz kalacağı...”

28. 11 Kasım 2016 tarihinde Türkiye'nin New York'taki BM Daimi Temsilciliği, 25 Ekim 2016 tarihli *sözlü notasına (note verbale)* cevaben BM Hukuk İşleri Bürosuna bir yazı göndermiştir. Daimi temsilcilik, özellikle Statü'nün 29. maddesinin 1. fıkrasının, Birleşmiş Milletlerin Ayrıcalık ve Bağışıklıklarına İlişkin Sözleşme (“Genel Sözleşme”) ve Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi'nin (“Diplomatik Sözleşme”) 31. maddesinin 4. fıkrası ve 38. maddesinin 1. fıkrası olmak üzere ilgili hukuki belgelerin, başvuranın görevsel muafiyetten, yani sadece Mekanizma kapsamındaki görevi çerçevesinde gerçekleştirdiği eylemler için bağışıklıktan yararlanabileceğini ve hâkim olarak görevlerinin kapsamı dışında kendisine yöneltilen suçlamalar için bağışıklıktan

yararlanamayacağını teyit ettiğini vurgulamıştır. Yazıda ayrıca, söz konusu hükümlerin, ceza yargılamasında boşluk bulunan bir sistemin olamayacağı ve bağışlıkların cezasızlık kültürünü geliştirmek veya teşvik etmek ya da adaletin işleyişini engellemek için bir temel olarak yorumlanamayacağı yönündeki genel ilkenin bir ifadesi olduğu belirtilmiştir.

29. Başvuran, 14 Kasım 2016 tarihinde, Sözleşme'nin 19, 20, 21 ve 36. maddeleri kapsamındaki haklarının ihlalden şikâyet ederek Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur.

30. Ankara 9. Sulh Ceza Hâkimliği, 24 Kasım 2016 tarihinde, bazı şüphelilerin tutukluluğunun otomatik periyodik incelemesi sırasında, aşağıdaki unsurları göz önünde bulundurarak başvuranın tutukluluk halinin devamına karar vermiştir:

“... suçun niteliği, kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösterir somut olgular ve tutuklama nedenleri, mevcut delil durumu, suç için kanunda öngörülen azami ceza...”

31. Başvuran, Ankara Sulh Ceza Hâkimliğine el yazısıyla yazdığı 15 Aralık 2016 tarihli bir yazıyla, *diğerleri arasında (inter alia)*, tutukluluğunun BM Genel Sekreteri tarafından kaldırılabilir olan Mekanizma hâkimi olarak bağışlıklarını tamamen görmezden geldiğini açıklayarak serbest bırakılmasını talep etmiştir.

32. Ankara 3. Sulh Ceza Hâkimliği, 22 Aralık 2016 tarihinde, on dört şüphelinin tutukluluğunun otomatik periyodik incelemesi sırasında, esasen önceki kararındaki gerekçeleri tekrarlayarak, başvuranın ve diğer bazı şüphelilerin tutukluluk hallerinin devamına karar vermiştir.

IV. MEKANİZMANIN 31 OCAK 2017 TARİHİNDE TÜRKİYE HÜKÜMETİNE BAŞVURANIN SERBEST BIRAKILMASI İÇİN VERDİĞİ TALİMAT VE BU TALİMAT UYULMAMASI KARARINA YOL AÇAN GELİŞMELER

33. Mekanizma Başyargıcı, BM Güvenlik Konseyi Başkanı'na hitaben yazdığı 5 Ekim 2016 tarihli bir yazıyla, Mekanizmanın istinaf dairesi hâkimi sıfatıyla “Mekanizmanın işleriyle meşgul olan” başvuranın tutuklanmasına üyelerinin dikkatini çekmiştir.

34. Mekanizma Başyargıcı, 9 Kasım 2016 tarihinde BM Genel Kuruluna, başvuranın 25 Temmuz 2016 tarihinde *Ngirabatware* davasına atandığı andan bu yana diplomatik bağışlığa sahip olduğunu ve bu davanın sonuçlanmasına kadar

da bu bağışıklıktan yararlanmaya devam edeceğini belirtmiştir. Mekanizma Başyargıcı, Türkiye Hükümetini, BM Antlaşması'nın VII. bölümü kapsamındaki bağlayıcı uluslararası yükümlülüklerine uygun olarak, başvuranın tutukluluk halini derhal sona erdirmeye ve yasal olarak atanmış yargısal görevlerine devam etmesini sağlamaya çağırmıştır.

35. 10 Kasım 2016 tarihinde, *Ngirabatware* davasının (başvuranın 25 Temmuz 2016 tarihinde atandığı dava) sanığı, Mekanizmadan, Statüsü'nün 28. maddesi ve Usul ve Delil Kuralları'nın 55. maddesi uyarınca, başvuranın davadaki adli görevlerine devam edebilmesi için Türkiye hükümetine başvuran hakkındaki kovuşturmayı durdurma emri vermesini talep etmiştir.

36. Mekanizma Başyargıcı, 28 Kasım 2016 tarihinde, Türkiye hükümetini bu talebe cevaben yazılı görüşlerini sunmaya davet etmiş; ancak bu davet sonuçsuz kalmıştır.

37. Mekanizma Başyargıcı, 8 Aralık 2016 tarihinde, BM Güvenlik Konseyine başvuranın Türkiye'deki tutukluluk halinin sona erdirilmesi çağrısında bulunmuştur.

38. Mekanizma Başyargıcı, 21 Aralık 2016 tarihinde, başvuranın yakalanması ve tutuklanmasıyla ilgili olarak Hükümete ek bir ifade verme fırsatı sağlamak amacıyla 17 Ocak 2017 tarihinde Mekanizmanın Lahey'deki şubesinde kamuya açık bir duruşma yapılmasına karar vermiştir. Duruşmaya Türkiye'den hiçbir temsilci katılmamıştır.

39. Mekanizma Başyargıcı, 31 Ocak 2017 tarihinde, Türkiye Hükümetine aşağıdaki emri göndermiştir: (i) başvuran hakkındaki tüm adli kovuşturmaların durdurulması ve (ii) en geç 14 Şubat 2017 tarihini geçmemek üzere derhal serbest bırakılmasını ve *Ngirabatware* davasındaki görevine dönmesini sağlamak üzere her türlü tedbiri alması. Kararın ilgili kısımları aşağıdaki gibidir (dipnotlar çıkarılmıştır):

“5. Statü'nün 29. maddesi uyarınca, 13 Şubat 1946 tarihli Birleşmiş Milletlerin Ayrıcalık ve Bağışıklıklarına İlişkin Sözleşme kapsamında, *diğerleri arasında (inter alia)*, Mekanizma hâkimleri görevleri süresince diplomatik elçilerin uluslararası hukuka göre yararlandığı imtiyaz, dokunulmazlık ve ayrıcalıklardan yararlanırlar. Hâkim Akay, yakalandığı ve tutuklandığı sırada Mekanizmada görev yapmaktaydı.

6. Birleşmiş Milletler Hukuk İşleri Bürosu, Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri adına Hâkim Akay'ın diplomatik bağışıklığını Türkiye makamlarına resmen bildirmiş ve

AYDIN SEFA AKAY/TÜRKİYE İHLAL KARARI

Akay'ın derhal serbest bırakılmasını ve hakkındaki tüm adli kovuşturmaların durdurulmasını talep etmiştir. Genel Sekreter'in bağışıklık iddiası, yerel makamlar tarafından kolayca göz ardı edilemeyecek bir karine oluşturmaktadır. Bu tam diplomatik bağışıklık Genel Sekreter tarafından kaldırılmamıştır.

...

11. Adalet ve hukukun üstünlüğünün bağımsız bir yargı ile başladığı açıktır. Bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma hakkı, Statü'nün 19. maddesinde yer alan ve çok sayıda insan hakları belgesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının ayrılmaz bir parçasıdır. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma hakkının "hiçbir istisnaya yer vermeyen mutlak bir hak" olduğunu belirtmiştir. Bu hakkın korunması için, Mekanizma hâkimleri adli görevlerini yerine getirirken, kendi vatandaşları oldukları veya ikamet ettikleri Devletler de dâhil olmak üzere, tüm dış otorite ve etkilerden bağımsız olmalıdırlar. Mekanizma hâkimlerinin bağımsızlığı için tamamlayıcı bir güvence Statü'nün 29. maddesinde yer almaktadır; bu madde hâkimlere görevleri süresince - görevlerini kendi ülkelerinde yerine getirirken bile - tam diplomatik bağışıklık sağlamaktadır. Buna göre, diplomatik bağışıklık, Birleşmiş Milletler tarafından öngörüldüğü üzere, bağımsız bir uluslararası yargının temel taşlarından biridir. Hâkimlerin adli görevlerini her şeyden önce kendi ülkelerinden yerine getirebilmeleri, maliyet tasarrufu ve verimlilikle birlikte adaleti sağlamayı amaçlayan Mekanizmanın benzersiz özelliklerini yansıtmaktadır. Türkiye, Statümüzün görüşüldüğü sırada Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi üyesiydi ve bağımsız bir yargıyı ve görevlerini yerine getirirken hâkimlerimize tam diplomatik dokunulmazlığı güvence altına alan bu Statü'nün kabulü lehinde oy kullandı...

12. Hâkim Akay'ın tutuklanmasıyla birlikte, Ngirabatware'in Yeniden İnceleme Talebinin esasına ilişkin süreç zorunlu olarak durma noktasına gelmiştir

...

16. Mekanizmanın yerel yargıya kolaylıkla müdahale etmeyeceğini, ancak bir devlete, Mekanizma ile olan bağlantılarının bir sonucu olarak sahip oldukları dokunulmazlık temelinde kişiler hakkındaki kovuşturmaları sonlandırmasını emretme yetkisinin açık olduğunu hatırlatırım. Bu tür emirler bugüne kadar uygulanmıştır. Mevcut koşullarda, Türkiye'ye kovuşturmayı derhal durdurması ve Hâkim Akay'ın söz konusu davadaki adli görevini yerine getirmeye devam edebilmesi için serbest bırakılması yönünde bir emir verilmesi, inceleme talebinin sonuçlandırılabilmesi için tamamen uygun ve gereklidir. Böyle bir emir, Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın VII. bölümü uyarınca Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi tarafından 22 Aralık 2010 tarihinde kabul edilen 1966 sayılı Karar uyarınca Türkiye için bağlayıcıdır. Güvenlik Konseyi'nin 1966 sayılı kararının 9. maddesi, tüm Devletlerin Mekanizma tarafından verilen emirlere uymasını gerektirmektedir.

...”

40. Ön İnceleme Hâkimi Mekanizma Başyargıcı Theodor Meron, 6 Mart 2017 tarihinde, Türkiye hükümetinin, *Ngirabatware* davasındaki yargılamalarla ilgili olarak Mekanizma ile işbirliği yapma ve 31 Ocak 2017 tarihli yargı emrini derhal uygulama konusunda Statü’nün 28. maddesi kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmediğine hükmederek, Türkiye’nin uyumsuzluğuna dair bir karar vermiştir. Mekanizma bu nedenle konuyu BM Güvenlik Konseyine bildirmeye karar vermiştir.

V. İDDİANAME VE BAŞVURAN HAKKINDAKİ SONRAKİ CEZA YARGILAMASI

41. Ankara Cumhuriyet savcısı, 2 Şubat 2017 tarihinde, başvurayı Türk Ceza Kanunu’nun 314. maddesinin 2. fıkrası uyarınca silahlı terör örgütüne üye olmakla suçlayan bir iddianame sunmuştur. Savcı aşağıdaki delil unsurlarına atıfta bulunmuştur: (i) Başvuran, 26 Şubat 2015 tarihinden beri, münhasıran FETÖ/PDY üyeleri tarafından kullanıldığı iddia edilen şifreli bir mesajlaşma uygulaması olan ByLock kullanmaktadır ve (ii) başvuranın ev araması sırasında Fetullah Gülen ve E.D. (örgütün üst düzey yöneticilerinden olduğu iddia edilen üye) yazılan kitaplara el konulmuştur (bk. 17. paragraf). Kitapların ilk sayfalarında sırasıyla “1012 111-C, 111-F Aydın Sefa AKAY 23.11.2004 Frankfurt” ve “1001 IV-A Aydın Sefa AKAY 23.11.2004 Frankfurt” yazmaktadır. Savcı, 13 Ekim 2016 tarihli Adalet Bakanlığı yazısına atıfta bulunarak (yukarıdaki 25. paragraf), başvuranın görevsel muafiyetinin mutlak bir yargısal bağışıklık oluşturmadığı ve özellikle Türkiye’nin yargısı bakımından görevi haricinde kalan hususlar yönünden özel herhangi bir statüye sahip olmadığı görüşünü benimsemiştir.

42. Ankara 16. Ağır Ceza Mahkemesi, 6 Şubat 2017 tarihinde, iddianameyi kabul etmiş ve ardından yargılama bu mahkeme önünde başlamıştır.

43. Söz konusu mahkeme, 7 Şubat 2017 tarihinde, tensip zaptı düzenlemiş ve başvuranın tutukluluğunun devamına karar vermiştir. Bu mahkeme, aşağıdaki nedenlerle, yargılamanın bu aşamasında alternatif tedbirlerin yetersiz kalacağına karar vermiştir:

“... atılı suçun vasıf ve mahiyeti, mevcut delil durumu, kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin bulunması, atılı suçun Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 100. maddesinin 3. fıkrası ve 111. [maddesinde] öngörülen katalog

AYDIN SEFA AKAY/TÜRKİYE İHLAL KARARI
suçlardan olması, tutuklama nedenlerinin [*sic*] bulunduğunun varsayılması, delilleri
karartma ihtimali...”

Ankara 16. Ağır Ceza Mahkemesi ayrıca, Ankara Emniyet Müdürlüğü Terörle Mücadele Şubesi'nden, ByLock mesajlaşma uygulamasının yapısı ve işleyişi, başvuran tarafından kullanım tarihleri, sıklığı ve şekli ile başvuranın kullandığı cep telefonuna ilişkin baz istasyonu kayıtları hakkında bilgi vermesini talep etmiştir.

44. Başvuranın avukatı, 14 Şubat 2017 tarihinde, bu karara itiraz etmiş ve başvuranın tahliyesini talep etmiştir. Avukat, diğerleri arasında, başvuranın 14 Şubat 2017 tarihinden önce tahliyesine ilişkin 31 Ocak 2017 tarihinde Mekanizma tarafından verilen emre (bk. yukarıdaki 39. paragraf) atıfta bulunmuştur. Avukat dahası, Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın VII. bölümü uyarınca kabul edilen Güvenlik Konseyinin 1966 (2010) sayılı kararının Türkiye için bağlayıcı olduğunu ileri sürmüş ve BM Güvenlik Konseyinin 1966 (2010) sayılı kararının 9. fıkrası uyarınca tüm Devletlerin bu karara uyması gerektiğini belirtmiştir (bk. aşağıdaki 81. paragraf).

45. Savcılık, aynı gün sunulan görüşlerde, diğerlerinin yanı sıra, dava dosyasındaki delillerin mevcut durumu (başvuranın ByLock kullanıcısı olması, bu kullanımı itiraf etmesi ve örgüt liderleri tarafından yazılmış kitaplara sahip olması) göz önünde bulundurulduğunda, başvuranın silahlı terör örgütüne üye olma suçunu işlediğine dair kuvvetli şüphenin varlığına atıfta bulunarak, itirazının reddedilmesini talep etmiştir.

46. Ankara 16. Ağır Ceza Mahkemesi, başvuranın “kırmızı ByLock kullanıcısı” olduğunu (cep telefonundan ByLock sunucularına yapılan bağlantıların sayısını gösteren verilere dayanarak polis tarafından sıklıkla ByLock kullandığının değerlendirildiği anlamına gelmektedir), önceki ifadelerinde bu uygulamayı farklı amaçlarla kullandığını kabul ettiğini ve 7 Şubat 2017 tarihli kararında belirtilen gerekçelerin hiçbirinin değişmediğini belirterek başvuranın itirazını reddetmiştir. Buna göre mahkeme, “avukatın UCM²'de [*sic*] hâkim olduğunu ileri sürerek başvuranın tahliyesini talep ettiği mevcut davada” tutukluluk gerekçelerinde değişiklik olmasını gerektirecek herhangi bir hukuki sebep bulunmadığına

² Uluslararası Ceza Mahkemesinin Türkçe kısaltması.

hükmetmiştir. Bu nedenle dava dosyası incelenmek üzere Ankara 17. Ağır Ceza Mahkemesine gönderilmiştir.

47. Ankara 17. Ağır Ceza Mahkemesi, 20 Şubat 2017 tarihinde, aşağıdaki gerekçelerle başvuranın itirazını reddetmiştir:

“Şüphelinin [üzerine atılı] suçun niteliği, iddia edilen suçun işlendiğini gösteren kuvvetli delillerin bulunması, iddia edilen suçun Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 100. maddesinde sıralanan katalog suçlardan biri olması ve adli kontrol tedbirlerinin uygulanmasının bu aşamada yetersiz kalacağı.”

48. Başvuranın avukatı, 13 Mart 2017 tarihinde, mahkemeye başvurmuş ve diğerlerinin yanı sıra, Mekanizma Statüsü’nün 29. maddesi uyarınca ve 31 Ocak 2017 tarihinde Mekanizma Başyargııcı tarafından verilen emir uyarınca başvuranın mutlak diplomatik bağışıklığı olduğunu ileri sürerek başvuranın serbest bırakılmasını, ceza kovuşturmalarının sonlandırılmasını ve beraatini talep etmiştir. Avukat, Dışişleri Bakanlığı ve Adalet Bakanlığı tarafından ileri sürülen görüşlerin Türkiye tarafından imzalanan konuya ilişkin uluslararası sözleşmelere aykırı olduğunu belirtmiştir. Avukat, başvuran aleyhindeki ceza davasının siyasi makamlara ve yargıya yönelik hatalı yönlendirmeler nedeniyle açıldığını iddia etmiştir. Her hâlükârda, ByLock uygulaması sadece FETÖ/PDY üyeleri tarafından şifreli olarak kullanılmamış, aynı zamanda FETÖ/PDY ile herhangi bir bağlantısı olmayan ve uygulamayı mobil uygulama mağazalarından indirerek kullanan normal insanlar tarafından da kullanılmıştır. Dahası, ByLock uygulamasının silahlı terör örgütüne üye olma suçunun oluşmasında herhangi bir ağırlığa sahip olabilmesi için, bu uygulama aracılığıyla sağlanan iletişimin FETÖ/PDY faaliyetleri bağlamında gerçekleşmiş olması ve içeriğinin suç teşkil etmesi gerekirdi. Ancak dava dosyası, başvuranın iletişimlerinin sosyal nitelikte olduğunu ortaya koymuştur.

49. Başvuranın avukatı, 14 Mart 2017 tarihinde, silahlı terör örgütüne üye olma suçu ve ByLock uygulaması ile ilgili olarak savunmasını sunmuştur. Avukata göre, Türkiye Milli İstihbarat Teşkilatı ByLock’un yalnızca FETÖ/PDY kullanımı için geliştirildiğini öne sürmüş olsa da gizliliğe bu kadar önem verdiği iddia edilen böyle bir örgütün ByLock uygulamasını neden herkesin erişebileceği mobil uygulama mağazalarına yüklediğini açıklayamamıştır. Avukat, başvuranın kariyerinin hiçbir noktasında, büyükelçi olarak görevinin gerektirdiği bazı

durumlar dışında, söz konusu örgütle herhangi bir ilişkisinin olmadığını belirtmiştir. Dahası ve daha da önemlisi, başvurana ait olduğu iddia edilen tüm ByLock arama kayıtları “iptal edilmiş”, “reddedilmiş” veya “cevapsız” aramalardan oluşmaktadır ve bu da başvuranın ByLock üzerinden herhangi bir sesli arama yapmadığını göstermektedir. ByLock’taki mesajlarının içeriğiyle ilgili olarak, başvuran, sahte olabileceklerini savunarak, FETÖ/PDY ile bağlantılı olduğu izlenimini verebilecek bazı mesajlar hariç, mesajların çoğunu kabul etmiştir. Bu bağlamda, başvuran “Hizmet Hareketi hakkında önemli fikirlerim var” mesajını ya da konut kredisinin geri ödemesiyle ilgili herhangi bir mesajı kesinlikle reddetmiş ve söz konusu tarihte kendisinin ya da aile üyelerinden herhangi birinin konut kredisi almadığını ileri sürmüştür. Son olarak avukat, başvuranın büyükelçi sıfatıyla Burkina Faso’daki Türk toplumunun farklı kesimlerinden insanlarla iletişim halinde olduğunu ve mesajlarının çoğunun bir kütüphane kurulması, shea yağı ticareti ve bir Türk futbol kulübü tarafından bir futbol akademisi açılmasıyla ilgili olduğunu belirtmiştir. Buna göre başvuran, ByLock üzerinde, iddia edildiği gibi FETÖ/PDY ile ilgisi olmayan kişisel işleri bağlamında mesajlaşmıştır.

50. Başvuran, 15 Mart 2017 tarihli bir yazıyla avukatının taleplerini yinelemiştir.

51. Başvuran, 15 Mart 2017 tarihinde yapılan ilk duruşmada, şahsen ifade vermiş ve diğerlerinin yanı sıra, tutukluluk halinin, Mekanizma hâkimi olarak diplomatik bağışıklıktan yararlanma hakkına sahip olduğu uluslararası hukuku ihlal ettiğini belirtmiştir. Başvuran ayrıca, tutukluluk halinin duruşmalara katılmasını engellediğini, görevlendirildiği davanın durmasına neden olduğunu ve uluslararası bir hâkim olarak görevini yapmasını imkânsız hale getirdiğini ifade etmiştir. Başvuran, Dışişleri Bakanlığında uzun süre hizmet ettiğini belirterek, BM Genel Sekreteri kaldırmadıkça bağışıklıktan yararlanmaya devam edeceğini vurgulayarak, görüşlerinden (bk. yukarıdaki 25. paragraf) duyduğu üzüntüyü ve bu görüşe katılmadığını dile getirmiştir.

52. Başvuran ayrıca, 2012 yılında Burkina Faso’ya büyükelçi olarak atanmasının ardından, orada Türkiye büyükelçiliğini kurduğunu ve şu anda yetkili makamlar tarafından “FETÖ/PDY” olarak adlandırılan ve söz konusu dönemde “Gülen hareketi” olarak adlandırılan örgüt de dâhil olmak üzere çeşitli dini

örgütlerle temas halinde olduğunu belirtmiş ve bu örgütler arasındaki farkı bile bilmediğini savunmuştur. Başvuran, ByLock kullanımı ile ilgili olarak, başkalarının bunu yaptığını inkâr ettiğini bilmesine rağmen uygulamayı kullandığını açıkça kabul ettiğini tekrarlamıştır. Başvuran, tam tarihinden emin olmamakla birlikte ByLock uygulamasını cep telefonuna Google Play Store'dan Aralık 2014 civarında indirdiğini ve Burkina Faso Dışişleri Bakanı olan arkadaşı B.nin tavsiyesi üzerine sosyal amaçlarla kullanmaya başladığını belirtmiştir. Başvuran, sadece Burkina Fasolu bir iş insanı olan Z. ve Gülen hareketine ait bir okulun müdürü olan Z.G. ile iletişim kurduğunu vurgulamıştır. Başvuran ayrıca, belirli bir bankadan kredi alınmasına ilişkin konuşmanın kendisini ilgilendirmediğini savunarak, dava dosyasında yer alan deşifre edilmiş konuşmaların içeriğinin tamamen kendisine ait olmadığını ileri sürmüştür. Başvuran, son olarak, ByLock uygulamasının ağırlıklı olarak FETÖ/PDY üyeleri tarafından kullanıldığı ve ByLock'un bu örgüt dışındaki kişiler tarafından kullanılma ihtimalini %0,5 olduğu kabul edilse bile, sosyal amaçlar için kullandığı için kendi durumunda bu ihtimalin gerçekleştiğini vurgulamıştır.

53. Duruşma sonunda mahkeme, başvuranın bağışıklığı, Mekanizma Statüsü'nün Türkiye için bağlayıcılığı ve başvuranın Mekanizmaya atanma usulü hakkında Dışişleri Bakanlığından açıklama istenmesine karar vermiştir. Söz konusu mahkeme, diğerlerinin yanı sıra, (i) FETÖ/PDY üyeleri tarafından kullanılan şifreli bir haberleşme uygulaması olan ByLock kullanıcısı olması nedeniyle kendisine isnat edilen suç oluşturduğu somut unsurların bulunduğu, (ii) suçun Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 100. maddesinde sıralanan "katalog suçlar" arasında yer aldığı ve (iii) başvurana verilmesi öngörülen ceza ve güvenlik tedbirleri göz önünde bulundurulduğunda tutukluluğun orantılı bir tedbir olduğu gerekçeleriyle başvuranın tutukluluk halinin devamına karar vermiştir.

54. Başvuran ve avukatı, 13 Nisan 2017 tarihinde yapılan ikinci duruşmada, notun, yazarı bilinmediği ve imza taşımadığı için delil olarak kullanılmaması gerektiğini ileri sürerek, Adalet Bakanlığı tarafından başvuranın bağışıklığına ilişkin olarak hazırlanan tarihsiz bir bilgi notuna itiraz etmişlerdir. Taraflar bu bilgi notunu Mahkemeye sunmamışlardır. Başvuranın avukatı ayrıca, duruşma mahkemesinden, diplomatik bağışıklık konusunda bilirkişi sıfatıyla Dr. K.

Altıparmak'ın (Mahkeme önündeki yargılamada başvuranın temsilcisi) ifadesinin alınmasını talep etmiştir. Duruşma sonunda, mahkeme bu talebi reddetmiş, ancak Adalet Bakanlığından bilgi notuyla ilgili olarak başvuran tarafından dile getirilen hususlara açıklık getirmesini ve Dr. Altıparmak'ın sunduğu yazılı bilirkişi görüşü ışığında yeni bir görüş sunmasını talep etmeye karar vermiştir. Konunun önemini, delillerin henüz tam olarak toplanmamış olmasını ve 15 Mart 2017 tarihli kararında daha önce belirtilen gerekçeleri göz önünde bulundurarak, mahkeme başvuranın tutukluluk halinin devamına karar vermiştir.

55. Adalet Bakanlığı 27 Nisan 2017 tarihli bir yazıyla, 11 Nisan 2017 tarihli önceki bilgi notunun Dışişleri Bakanlığı tarafından hazırlandığını açıklamış ve mahkemenin başvuranın bağımsızlığına ilişkin talebine cevaben Araştırma ve Güvenlik İşleri Genel Müdürlüğünün 27 Nisan 2017 tarihli yeni bir görüşünü sunmuştur. Araştırma ve Güvenlik İşleri Genel Müdürlüğü, diğerlerinin yanı sıra, Genel Sözleşme'nin V. maddesinin 18. bendi kapsamında BM görevlilerinin bağımsızlığının mutlak değil görevsel olduğunu belirtmiştir. Ayrıca, Diplomatik Sözleşme'nin 31. maddesinin 4. fıkrası ve 38. maddesinin 1. fıkrasını başvuranın durumuna uygulayarak aşağıdaki kararı vermiştir:

“... bir BM hâkiminin, vatandaşı olduğu Devletin ayrıcalık ve muafiyetlerinden yalnızca görevini yerine getirirken gerçekleştirilen resmi işlemler bakımından yararlanabileceği söylenebilir.”

Araştırma ve Güvenlik İşleri Genel Müdürlüğünün görüşüne göre, bu özel durum, bu tür ayrıcalık ve bağımsızlıkların temsilcilerin vatandaşı olduğu Devletin makamları önünde uygulanamayacağını öngören Genel Sözleşme'nin IV. maddesinin 15. bendinde de dikkate alınmıştır.

56. Başvuranın avukatı, 8 ve 10 Mayıs 2017 tarihlerinde başvuranın tutukluluğunun devamına itiraz etmiş ve Dışişleri Bakanlığının üstünkörü bir görüş bildirerek “topu taca attığını” ileri sürerek diplomatik bağımsızlığı nedeniyle serbest bırakılmasını talep etmiştir. Duruşma mahkemesi, 10 Mayıs 2017 tarihinde, başvuranın itirazını reddetmiş ve (i) silahlı terör örgütüne üye olma suçunu işlediğine dair kuvvetli şüphe oluşturacak somut delillerin bulunması, (ii) yakın ve somut tehlikenin devam etmesi ve (iii) kaçma veya delilleri karartma riski nedeniyle adli kontrol tedbirlerinin yetersiz kalacağı kanaatine vararak tutukluluk halinin devamına karar vermiştir.

57. Başvuranın avukatı, 30 Mayıs 2017 tarihinde gerçekleşen üçüncü duruşmada, Dışişleri Bakanlığının görüşünün sadece kendi yorumlarını yansıttığını ve mahkeme için bağlayıcı olmadığını ileri sürerek başvuranın serbest bırakılmasını talep etmiştir. Avukat, bu bağlamda, ayrıca mahkemeyi, başvuranın bağışıklığına ilişkin meseleleri açıklığa kavuşturmak amacıyla bir bilirkişi heyeti görevlendirmeye davet etmiştir. Duruşma mahkemesi, hukuki konularda bilirkişi görüşü alınmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle bilirkişi incelemesi talebini reddetmiştir. Duruşma mahkemesi, 13 Nisan 2017 tarihli kararında belirtilen gerekçelerle ve bağışıklığına ilişkin bir değerlendirme yapmadan başvuranın tutukluluk halinin devamına karar vermiştir.

58. Ankara 16. Ağır Ceza Mahkemesi, 14 Haziran 2017 tarihinde görülen son duruşmada, başvuranı Türk Ceza Kanunu'nun 314. maddesinin 2. fıkrası uyarınca silahlı terör örgütüne üye olma suçundan mahkûm etmiş ve yedi yıl altı ay hapis cezasına hükmetmiştir. Ankara 16. Ağır Ceza Mahkemesi, ayrıca, (i) tutuklulukta geçirdiği süre, (ii) sabit bir ikametgahının olması ve (iii) kaçma riskinin bulunmaması göz önünde bulundurularak, başvuranın Türkiye topraklarından ayrılmasının yasaklanması şartıyla serbest bırakılmasına karar vermiştir. Söz konusu mahkeme, başvuranın Mekanizma Statüsü'nün 29. maddesinin 2. fıkrası uyarınca diplomatik bağışıklık iddiasını aşağıdaki şekilde reddetmiştir:

“Birleşmiş Milletler Rezidüel Mekanizması Yargıçlığı görevine ilişkin usul ve esasların BM Ayrıcalık ve Bağışıklıklarına İlişkin Sözleşme ile düzenlendiği, mezkur sözleşmenin V/18 (a) maddesi, BM görevlilerine [resmi sıfatla] sarf ettikleri sözler, yazdıkları ifadeler ve icra ettikleri [tüm] işlemler bakımından görevsel bir muafiyet tanımaktadır. Aynı şekilde, mezkur sözleşmenin V/20 maddesinde görevsel muafiyetin BM görevlilerine şahsi menfaatleri için değil, BM yararına tesis edildiği belirtildiğinden söz konusu muafiyetin adaletin tesisine engel teşkil etmesi halinde (...) muafiyetin kaldırılmasının BM genel sekreterliği açısından bir ödev olduğu ifade edildiğinden ülkemizde milletvekilleri açısından geçerli bulunan yasama dokunulmazlığı-sorumsuzluğu müessesesi ile benzerlik gösteren görevsel muafiyet kavramı, sanık açısından mutlak bir yargısal bağışıklık yaratması söz konusu olmayıp, sanığın görevi haricinde kalan hususlar yönünden ve bilhassa ülkemiz yargısı bakımından özel herhangi bir statüsü bulunmadığı sonucuna varılmıştır.”

59. Şartlı tahliyesinin ardından başvuran, Mekanizmadaki *Ngirabatware* davasında hâkim olarak görevine devam etmiş ve Türkiye'den uzaktan çalışmıştır.

60. Ankara Bölge Adliye Mahkemesi, 13 Şubat 2018 tarihinde, başvuranın 14 Haziran 2017 tarihli karara karşı yaptığı istinaf başvurusunu reddetmiştir. Başvuranın diplomatik bağışıklık talebine ilişkin olarak, mahkeme öncelikle Statü'nün 29. maddesinin 2. fıkrası uyarınca başvuranın “diplomatik elçilerin uluslararası hukuka göre yararlandığı imtiyaz, dokunulmazlık ve ayrıcalıklardan” yararlandığını kabul etmiştir. Ardından, Genel Sözleşme'nin 11, 12, 14, 15 ve 20. maddelerini tekrarlayarak, “üye devletlerin temsilcileri” (bk. aşağıdaki 79. paragraf) ile ilgili 15. madde uyarınca Genel Sözleşme'de sıralanan bağışıklıkların, başvuran ile vatandaşı olduğu Türkiye Devleti yetkili makamları arasında uygulanamayacağı sonucuna varmıştır. İstinaf mahkemesi, buna göre, başvuranın Türk makamları önünde Genel Sözleşme'de sıralanan bağışıklıklardan yararlanamayacağını ifade etmiştir.

61. 29 Haziran 2018 tarihinde BM Genel Sekreteri, başvuran hariç olmak üzere, Mekanizma listesindeki tüm hâkimleri yeni iki yıllık bir dönem için yeniden atamıştır.

VI. ANAYASA MAHKEMESİNİN BAŞVURANLA İLGİLİ KARARI

62. Anayasa Mahkemesi, 12 Eylül 2019 tarihinde, başvuranın şikâyetlerinin (bk. yukarıdaki 29. paragraf) kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. Anayasa Mahkemesinin gerekçesi aşağıdaki gibi özetlenebilir:

A. Adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiası

63. Başvuran, Ankara 2 ve 3. Sulh Ceza Hâkimlikleri kararlarının, diplomatik bağışıklık talebine ilişkin bir cevap veya değerlendirme içermemesi nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğinden şikâyet etmiştir.

64. Anayasa Mahkemesi, kararında, başvuranın bağışıklığı kaldırılmadan ve buna ilişkin itirazları değerlendirilmeden soruşturma işlemlerinin yapılmasından şikâyetçi olduğunu kaydetmiştir. Anayasa Mahkemesi, başvuranın hakkındaki ceza yargılamasının derdest olması nedeniyle şikâyetlerini temyiz ve istinaf aşamalarında ileri sürebilme imkânına sahip olduğunu göz önünde bulundurarak, bu şikâyetin iç hukuk yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

B. Özel hayata saygı ve konut dokunulmazlığı haklarının ihlal edildiği iddiası

65. Başvuran dahası, bağışıklığı göz ardı edilerek yürütülen kovuşturmanın, evinin ve üstünün aranmasının ve eşyalarına el konulmasının, özel hayata saygı ve konut dokunulmazlığı hakkını ihlal ettiğinden şikâyet etmiştir.

66. Anayasa Mahkemesi, başvuranın evinin ve işyerinin soruşturma makamları tarafından delil toplamak amacıyla verilen arama kararı uyarınca arandığını belirterek, bu şikâyetin açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. Dahası, aramalar öngörülebilir ve kesin bir hukuki düzenlemeye dayandırılmış ve başvurana itirazlarını yetkili makamlara etkili bir şekilde sunma imkânı verilmiştir. Anayasa Mahkemesi, söz konusu tedbirin süreklilik arz eder biçimde uygulanmadığına ve durumun gerektirdiğinden daha uzun sürmediğine veya izlenen amaca uygun olduğuna karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi, tedbirinin türü, süresi, uygulanma tarzı ve kişinin yaşamı üzerindeki etkilerini göz önünde bulundurarak, başvuranın uğradığı zararın kaçınılmaz olandan ağır olduğu veya koruma tedbirinin keyfi uygulanmadığı sonucuna varmıştır.

C. Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği iddiası

1. Yakalanma ve gözaltına alınmanın hukuka uygun olmadığına ilişkin şikâyet

67. Başvuran, 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 edildiğinden şikâyetçi olmuştur.

68. Anayasa Mahkemesi, başvuranın Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141. maddesinde öngörülen etkili başvuru yolundan, yani yakalanmasının ve gözaltına alınmasının hukuka uygunluğunun incelenmesi ve bu tedbirlerin hukuka aykırı olduğunun tespit edilmesi halinde tazminat davası açma imkânından yararlanmadığına hükmederek, iç hukuk yollarının tüketilmemesi nedeniyle şikâyetin kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. Her hâlükârda, başvuranın bireysel başvurusunda, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 91. maddesinin 5. fıkrası uyarınca, yakalanmasına ve gözaltına alınmasına ilişkin kararlara karşı serbest

bırakılmayı sağlamak amacıyla bir itirazda bulunduğunu gösteren herhangi bir husus bulunmamaktadır.

2. *Tutuklamanın hukuka uygun olmadığına ilişkin şikâyet*

69. Anayasa Mahkemesine göre, başvuran, kendisine isnat edilen suçta işlediğine dair makul bir şüphe veya bunu haklı kılan somut olgu ya da deliller olmamasına rağmen tutuklandığından; delilleri karartma tehlikesi ve kaçma şüphesinin bulunmadığından; tutuklama ve itiraz üzerine verilen kararlarda şikâyetleri incelenmeden, gerekçesiz olarak karar verildiğinden şikâyetçi olmuştur. Başvuran dahası, diplomatik güvencelere riayet edilmeksizin tutuklandığını; söz konusu dönemde Mekanizmada hâkim olarak görev yapmasından dolayı diplomatik bağışıklığa sahip olduğunu; hakkında soruşturma ve kovuşturma yürütülmesi veya tutuklanması için BM Genel Sekreteri tarafından bağışıklığının kaldırılması gerektiğini ileri sürmüştür.

70. Anayasa Mahkemesi, başvuranın Mekanizma Statüsü, Genel Sözleşme ve Diplomatik Sözleşme uyarınca bağışıklığa sahip olup olmadığı sorusunu incelemiştir. Diplomatik Sözleşme'nin 29 ve 30. maddeleri ile 31. maddesinin 1 ve 4. fıkralarına ve Genel Sözleşme'nin "Üye Devletler Temsilcileri" başlıklı IV. maddesinin 15. bendine atıfta bulunarak aşağıdaki gibi karar vermiştir:

"... belirtilen muafiyet ve dokunulmazlıkların görevli olduğu, kabul eden devlet makamları nezdinde sağlandığı anlaşılmaktadır. Gönderen ya da diğer bir ifadeyle uyuşu 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..."

71. Anayasa Mahkemesi, başvuranın Mekanizma hâkimi olması nedeniyle uluslararası hukuktan doğan güvencelere riayet edilmeksizin hukuka aykırı olarak tutuklandığı iddiasının haklı olmadığına karar vermiştir. Buna göre Anayasa Mahkemesi, tutukluluğunun Anayasa'nın 19. maddesi (Sözleşme'nin 5. maddesine karşılık gelen hüküm) uyarınca yasal bir dayanağı olduğuna karar vermiştir.

72. Anayasa Mahkemesi, başvuranın suçta işlediğine dair makul bir şüphenin bulunup bulunmadığı konusunu değerlendirirken, iddianameye ve tutukluluğuna

ilişkin mahkeme kararlarına göre, ByLock mesajlaşma uygulamasının kullanıcısı olduğuna karar vermiştir. Bu uygulamanın özellikleri göz önünde bulundurulduğunda, soruşturma makamları tarafından bu uygulamanın kullanımının veya kullanım için kurulumunun FETÖ/PDY ile bir bağlantıya dair delil olarak değerlendirilmiş olması kabul edilebilir. Anayasa Mahkemesi bu bağlamda, 20 Haziran 2017 tarihli *Aydın Yavuz ve diğerleri*³ kararına atıfta bulunmuştur. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi, mesajlaşma uygulamasının özellikleri göz önüne alındığında, başvuranın tutuklanmasına karar veren soruşturma makamlarının veya mahkemelerin, ByLock uygulamasını kullanmasının dava koşullarında FETÖ/PDY üyeliği suçunun işlendiğine dair “kuvvetli belirti” olarak kabul edilebileceğini değerlendirerek dayanaksız ve keyfi bir yaklaşım izlediklerinin söylenemeyeceğini tespit etmiştir. Buna göre Anayasa Mahkemesi şikâyetin açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

3. Tutukluluğun süresine ilişkin şikâyet

73. Anayasa Mahkemesi, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 141. maddesinde öngörülen tazminat yolundan yararlanmadığı gerekçesiyle bu şikâyetin kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

VII. BAŞVURANIN DAVASINDAKİ DİĞER GELİŞMELER

74. Yargıtay, 10 Şubat 2021 tarihli kesinleşmiş kararıyla, Ankara Bölge Adliye Mahkemesinin kararını düzeltmiş ve onamıştır.

75. Başvuran, 29 Nisan 2021 tarihinde, mahkûmiyetine ilişkin olarak Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur. Taraflarca sağlanan bilgilere göre, bu başvuru halen derdesttir. Başvuranın davanın kabul edilebilirliği ve esasına ilişkin görüşlerine göre, başvuran hâlihazırda Rize L Tipi Ceza İnfaz Kurumunda cezasını çekmektedir.

İLGİLİ YASAL ÇERÇEVE VE UYGULAMA

I. İÇ HUKUK VE UYGULAMA

76. Anayasa, Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu’nun ilgili hükümleri, diğerlerinin yanı sıra, *Ahmet Hüsrev Altan/Türkiye* (no. 13252/17, §§ 68-69 ve §§ 77-84, 13 Nisan 2021), *Budak/Türkiye* (no. 69762/12, § 34, 16 Şubat

³ Bu davaya ilişkin daha fazla bilgi için bk. *Baş/Türkiye* (no. 66448/17, §§ 91-97, 3 Mart 2020).

2021) ve *Kavala/Türkiye* (no. 28749/18, § 73, 10 Aralık 2019) kararlarında bulunabilir.

77. Sözleşme'nin 5. maddesi kapsamındaki şikâyetlerle ilgili olarak ByLock uygulamasının kullanımına ilişkin yerel mahkemelerin içtihatları *Akgün/Türkiye* (no. 19699/18, §§ 66-105, 20 Temmuz 2021; ayrıca bk. yerel mahkemelerin ByLock uygulamasına ilişkin içtihatlarının daha kapsamlı bir incelemesi için *Yüksel Yalçınkaya/Türkiye* [BD], no. 15669/20, §§ 155-88, 26 Eylül 2023) kararında bulunabilir.

II. ULUSLARARASI HUKUK VE UYGULAMA

A. 26 Haziran 1945 tarihinde San Francisco'da imzalanan Birleşmiş Milletler Antlaşması (BM Antlaşması)

78. BM Antlaşması'nın 105. maddesi aşağıdaki gibidir:

- “1. Örgüt, Üyelerinin her birinin topraklarında amaçlarına ulaşmak için gerekli ayrıcalık, bağımsızlık ve dokunulmazlıklardan yararlanır.
2. Birleşmiş Milletler üyelerinin temsilcileri ile örgütün memurları da, aynı şekilde, örgütle ilgili görevlerini tam bir bağımsızlık içinde yerine getirebilmek için gerekli ayrıcalık, bağımsızlık ve dokunulmazlıklardan yararlanırlar.
3. Genel Kurul, işbu maddenin 1 ve 2. fıkralarının uygulanmasına ilişkin ayrıntıların saptanması amacıyla tavsiyelerde bulunabilir ya da Birleşmiş Milletler üyelerine bu amaca yönelik sözleşmeler yapılmasını önerebilir.

B. Birleşmiş Milletlerin Ayrıcalık ve Bağımsızlıklarına İlişkin Sözleşme

79. 13 Şubat 1946 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilen ve Türkiye'nin 22 Ağustos 1950 tarihinde tarafı olduğu Birleşmiş Milletlerin Ayrıcalık ve Bağımsızlıklarına İlişkin Sözleşme'nin ilgili kısımları aşağıdaki gibidir:

Madde IV

Üye Devletlerin temsilcileri

“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 zoraltımı muafiyeti ile, söz ve yazıları da dahil olduğu halde, temsilci sıfatıyla gösterdikleri çalışma hususunda her türlü adli kovalamadan muafiyet;

...

AYDIN SEFA AKAY/TÜRKİYE İHLAL KARARI

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.

...

15. bent 11.,12 ve 13 üncü bentler hükümleri, bir temsilcinin, uyuğu olduğu, temsilciliğini yaptığı veya yapmış olduğu bir devletin makamları karşısında bulunması halinde, uygulanamaz.

16. bent Bu maddede sözü geçen «Temsilciler» tâbirine bütün murahhaslar, murahhas yardımcılar, müşavirler, teknik uzmanlar ve heyet kâtipleri dâhil telâkki olunmuştur.

Madde V

Memurlar

17. bent İşbu madde ile VII nci maddenin, haklarında uygulanacağı memur sınıflarını Umumi Kâtip belirtecektir. Umumi. Kâtip bu hususa dair hazırladığı listeyi Genel Kurula sunacak ve müteakiben bütün üye devletler hükümetlerine bildirecektir. Bu sınıflara dâhil memurların adları muayyen zamanlarda üye devletler hükümetlerine bildirilecektir.

18. bent Birleşmiş Milletler Kurulu memurları:

a) Resmî sıfatla, söz ve yazıları da dâhil olduğu halde, gösterdikleri çalışma hususunda adli muafiyetten faydalanacaklardır.

...

19. bent Umumi kâtip ve bütün umumi kâtip yardımcılar, kendileri için olduğu gibi eşleriyle ergin olmayan çocukları için de, 18 nci bentte anılan ayrıcalık ve muafiyetlerden başka, milletlerarası hukuka uygun olarak, diplomatik temsilcilerin ayrıcalık, muafiyet ve kolaylıklarından faydalanırlar.

20. bent Ayrıcalık ve muafiyetler sadece Birleşmiş Milletlerin yararına olmak üzere memurlara tanınmış olup onların şahsi menfaatleri için verilmiş değildir. Genel Sekreter, kendi görüşüne göre, muafiyetin, adaletin yerine getirilmesine engel olduğu veya uğrunda tanındığı amaca zarar gelmeksizin kaldırılabilceği düşüncesinde bulunduğu bütün hallerde bir memurun muafiyetini kaldırabilecek ve bunu yapmakla ödevli olacaktır. Umumi kâtip hakkında muafiyeti kaldırmak kararını vermeye Güvenlik Konseyi yetkilidir.

21. bent Birleşmiş Milletler Kurulu işbu maddede sayılan ayrıcalık, muafiyet ve kolaylıkların yol açabileceği kötüye kullanma hallerini önlemek, polis tüzüklerine uymayı sağlamak ve adaletin iyi tarzda yerine getirilmesini kolaylaştırmak amacı ile, her zaman, üye devletlerin yetkili makamları ile işbirliği yapacaktır.

Madde VI

Birleşmiş Milletler Kurulu adına görevle yolculuk eden uzmanlar

22. bent V nci maddede anılan memurlardan gayrı uzmanlar, Birleşmiş Milletler Kurulu için görevlerde bulundukları sırada, yolculuk müddeti de dâhil olduğu halde görevleri süresince, ödevlerini tam bir bağımsızlık içinde yapmaları için zaruri bulunan ayrıcalık ve muafiyetten faydalanırlar. Bu arada hassaten aşağıdaki ayrıcalık ve muafiyetlerden faydalanırlar:

- a) Şahsan tutma veya hapis olma ve şahsi eşyalarının zor alımından muafiyet,
- b) Sözleri ve yazıları da dâhil olduğu halde görevleri esnasında gösterdikleri çalışma hususun da her türlü adli muafiyet. Bu muafiyet, sözü geçen kimseler Birleşmiş Milletler Kurulu için ödev görmeleri nihayet bulduktan sonra dahi devam edecektir, ...”

C. 1961 Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi

80. 1961 Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi’nin ilgili hükümleri aşağıdaki gibidir:

Madde 1

“Bu Sözleşme bakımından, aşağıdaki deyimler, karşılarında yer alan anlamları haiz olacaklardır:

- a) “Misyon şefi”, gönderen Devlet tarafından bu sıfatla hareket etmek üzere görevlendirilen şahıstır;

...

- d) “Diplomatik kadronun üyeleri”, misyon kadrosunun diplomatik rütbe taşıyan üyeleridir;

...

- e) “Diplomatik ajan”, misyon şefi veya misyonun diplomatik kadrosunun bir üyesidir;

...

- i) “Misyon binaları”, misyon şefinin ikametgâhı dahil olmak üzere ve mülkiyete bakılmaksızın, misyonun maksatları için kullanılan binalar veya bina bölmeleri ile bunlarla irtibatlı arazidir.”

Madde 22

“1. Misyon binaları dokunulmazlığı haizdir. Kabul eden Devlet yetkilileri misyon şefinin rızası olmadıkça, bu binalara giremezler.

...

3. Misyon binaları ile içindeki eşyalar ve diğer mallar ve misyonun nakil vasıtaları arama, el koyma, haciz veya icradan bağıştırlar.”

Madde 29

“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.”

Madde 30

“1. Bir diplomatik ajanın özel konutu misyonun binaları gibi aynı dokunulmazlık ve korunmadan yararlanacaktır.

2. Diplomatik ajanın evrakı, haberleşmesi ve 31 inci maddenin 3 üncü fıkrası hükümleri saklı kalmak kaydıyla, malları, aynı şekilde dokunulmazlıktan yararlanacaktır.

Madde 31

“1. Diplomatik ajan, kabul eden Devletin cezaî yargısından bağışıktır. ...

...

4. Medenî veya idarî davalar bakımından yargı bağışıklığının kaldırılması hükmün icrası bakımından da bağışıklığın kaldırılmış olmasını tazammun etmez.”

Madde 38

“1. Kabul eden Devlet tarafından ek ayrıcalık ve bağışıklıklar tanınmadığı takdirde, bu Devletin vatandaşı olan veya orada daimî surette mukim bulunan bir diplomatik ajan, sadece görevlerinin ifası esnasında yapılan resmî işlemler bakımından yargı bağışıklığından ve dokunulmazlıktan yararlanır.

2. Kabul eden Devletin vatandaşı olan veya daimî surette orada mukim bulunan Misyonun kadrosunun diğer üyeleri ve özel hizmetçiler, ayrıcalık ve bağışıklıklardan ancak kabul eden Devlet tarafından tanınan ölçüde yararlanırlar. Bununla beraber, kabul eden Devlet bu gibi şahıslar üzerindeki yargı yetkisini misyonun görevlerinin ifasına gereksiz şekilde müdahalede bulunmayacak tarzda kullanılmalıdır.”

D. BM Güvenlik Konseyi Kararı 1966 (2010)

81. 12 Aralık 2010 tarihinde 6463. toplantısında Güvenlik Konseyi tarafından kabul edilen BM Güvenlik Konseyi 1966 (2010) kararı, Uluslararası Ceza Mahkemeleri Rezidüel Mekanizmasını (“Mekanizma”) iki kollu⁴ olarak kurmuş ve Mekanizma Statüsü’nü (“Statü”) Ek 1’de kabul etmiştir. Kararın ilgili kısımları aşağıdaki gibidir:

“Güvenlik Konseyi,

...

1. Sırasıyla 1 Temmuz 2012 (URCM için) ve 1 Temmuz 2013 (UYCM için) tarihlerinde (“başlangıç tarihleri”) faaliyete geçecek olan iki kollu Uluslararası Ceza

⁴ Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesinde (“URCM”) ve Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (“UYCM”).

AYDIN SEFA AKAY/TÜRKİYE İHLAL KARARI
Mahkemeleri Rezidüel Mekanizmasının (“Mekanizma”) kurulmasına ve bu amaçla
bu kararın Ek 1’inde yer alan Mekanizma Statüsü’nü kabul etmeye karar vermektedir;

...

9. Tüm Devletlerin bu karar ve Mekanizma Statüsü uyarınca Mekanizma ile tam işbirliği yapmasına ve sonuç olarak Devletlerin Mekanizma tarafından Statüsü uyarınca yapılan yardım taleplerine veya emirlere uyma yükümlülüğü de dâhil olmak üzere, tüm Devletlerin bu karar ve Mekanizma Statüsü hükümlerini uygulamak için iç hukukları uyarınca gerekli her türlü tedbiri almasına karar vermektedir;

...”

Madde 2: Mekanizmanın görevleri

“Mekanizma, bu Statü’de belirtildiği üzere, UYCM ve URCM’nin görevlerini (“rezidüel görevler”), faaliyet gösterdiği süre boyunca devam ettirecektir.”

Madde 3: Mekanizmanın yapısı

Mekanizma, sırasıyla UYCM ve URCM olmak üzere iki koldan oluşacaktır. UYCM merkezi Lahey’de olacaktır. URCM merkezi Arusha’da olacaktır.

Madde 4: Mekanizmanın örgütlenmesi

Mekanizma aşağıdaki organlardan oluşacaktır:

- (a) Mekanizmanın her bir kolu için bir Duruşma Dairesi ve Mekanizmanın her iki kolu için ortak olan bir İstinaf Dairesinden oluşan Daireler;
- (b) Mekanizmanın her iki kolu için ortak olan Savcılık makamı;
- (c) Daireler ve Savcılık da dâhil olmak üzere Mekanizma için idari hizmetler sağlamak üzere Mekanizmanın her iki kolu için ortak olan Yazı İşleri Müdürlüğü.

Madde 8: Hâkimler

1. Mekanizma, ikiden fazlası aynı Devletin vatandaşı olmayan 25 bağımsız hâkimden (“Mekanizma hâkimleri”) oluşan bir kadro oluşturacaktır.

...

3. Mekanizma hâkimleri, Mekanizmanın kollarının bulunduğu yerlerde, sadece Başyargıcın talebi üzerine, bulunmalarını gerektiren işlevleri yerine getirmek üzere hazır bulunacaklardır. Mümkün olduğu ölçüde ve Başyargıç tarafından karar verildiği takdirde, bu görevler Mekanizma kollarının bulunduğu yerlerden uzakta yerine getirilebilir.

...

Madde 9: Hâkimlerin nitelikleri

1. Hâkimler, kendi ülkelerinde en yüksek adli görevlere atanmak için gerekli niteliklere sahip, yüksek ahlaki karaktere, tarafsızlığa ve dürüstlüğe sahip kişilerden oluşacaktır. UYCM ve URCM hâkimi olarak edinilen deneyim özellikle dikkate alınacaktır.

2. Duruşma ve İstinaf Dairelerinin oluşumunda, hâkimlerin ceza hukuku, uluslararası insan hukuku ve insan hakları hukuku dahil olmak üzere uluslararası hukuk alanındaki deneyimleri dikkate alınacaktır.

Madde 10: Hâkimlerin seçimi

1. Mekanizma hâkimleri, Güvenlik Konseyi tarafından sunulan bir liste üzerinden Genel Kurul tarafından aşağıdaki şekilde seçilir:

(a) Genel Sekreter, tercihen UYCM veya URCM hâkimi olarak deneyim sahibi kişiler arasından olmak üzere, Birleşmiş Milletler üyesi Devletlerden ve Birleşmiş Milletler Genel Merkezinde daimi gözlemci olarak bulunan üye olmayan Devletlerden hâkimler için aday göstermelerini ister;

(b) Genel Sekreter'in bu talebinden itibaren altmış gün içinde, her Devlet Statü'nün 9. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen nitelikleri taşıyan en fazla iki aday gösterebilir;

(c) Genel Sekreter, kendisine iletilen adayları Güvenlik Konseyine gönderir. Güvenlik Konseyi, alınan adaylar arasından, 9. maddenin 1. fıkrasında belirtilen nitelikleri ve dünyanın başlıca hukuk sistemlerinin yeterince temsil edilmesini göz önünde bulundurarak, otuzdan az olmamak üzere bir aday listesi oluşturur;

(d) Güvenlik Konseyi Başkanı aday listesini Genel Kurul Başkanına iletir. Genel Kurul bu listeden Mekanizma için 25 hâkim seçer. Birleşmiş Milletler üyesi Devletlerin ve Birleşmiş Milletler Genel Merkezinde daimi gözlemci olarak bulunan üye olmayan Devletlerin oylarının salt çoğunluğunu alan adayların seçildiği ilan edilir.

...

3. Mekanizma hâkimleri dört yıllık bir süre için seçilirler ve Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul Başkanlarına danışıldıktan sonra Genel Sekreter tarafından yeniden atanabilirler.

...”

Madde 12: Hâkimlerin atanması ve dairelerin oluşumu

“...

4. ... İstinaf Dairesi tarafından verilen bir kararın incelenmesi için başvuruda bulunulması halinde, inceleme yapan İstinaf Dairesi beş hâkimden oluşacaktır.

...”

Madde 28: İşbirliği ve yargısal yardımlaşma

“...

2. Devletler, bu Statü'nün 1. maddesi kapsamına giren kişileri ilgilendiren davalarla ilgili olarak Tek Hâkim veya Duruşma Dairesi tarafından verilen herhangi bir yardım talebine veya emre, aşağıdakilerle sınırlı olmamak üzere, gecikmeksizin uyacaklardır:

(a) kişilerin kimliklerinin belirlenmesi ve yerlerinin tespit edilmesi;

(b) ifadelerin alınması ve delillerin toplanması;

(c) belgelerin tebliği;

(d) kişilerin yakalanması veya tutuklanması;

(e) sanığın Mekanizmaya teslim edilmesi veya nakledilmesi.”

Madde 29: Mekanizmanın Statüsü, Ayrıcalıkları ve Bağışıklıkları

“1. Birleşmiş Milletlerin 13 Şubat 1946 tarihli Ayrıcalık ve Bağışıklıklarına İlişkin Sözleşmesi, Mekanizmaya, UYCM (Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi), URCM (Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi) ve Mekanizma arşivlerine, hâkimlere, Savcı ve personeline, Yazı İşleri Müdürü ve personeline uygulanır.

2. Başyargıç, Savcı ve Yazı İşleri Müdürü, uluslararası hukuka uygun olarak diplomatik elçilere tanınan ayrıcalık ve bağışıklıklardan, muafiyetlerden ve kolaylıklardan yararlanırlar. Mekanizmanın hâkimleri, Mekanizmanın işleriyle meşgul olduklarında aynı ayrıcalık ve bağışıklıklardan, muafiyetlerden ve kolaylıklardan yararlanırlar.

3. Savcı ve Yazı İşleri Müdürünün personeli, bu maddenin 1. paragrafında belirtilen Sözleşme’nin V. ve VII. maddeleri kapsamında Birleşmiş Milletler görevlilerine tanınan ayrıcalık ve dokunulmazlıklardan yararlanırlar.

...”

E. Mekanizmanın Usul ve Delil Kuralları

82. Mekanizmanın Usul ve Delil Kurallarının (8 Haziran 2012 tarihinde kabul edilen ve o zamandan bu yana çeşitli değişikliklere tabi olan) “Genel kural” başlıklı 55. maddesi, söz konusu tarihte aşağıdaki gibidir:

“Bir Hâkim veya bir Dava Dairesi, taraflardan herhangi birinin talebi üzerine veya kendiliğinden, soruşturma amacıyla veya yargılamanın hazırlanması veya yürütülmesi için gerekli olabilecek karar, celp, mahkeme celbi, müzekkere ve transfer kararları çıkarabilir.”

F. Mekanizmanın Hâkimleri İçin Mesleki Davranış Kuralları

83. Mekanizmanın Hâkimleri İçin Mesleki Davranış Kuralları’nın (MICT/14) ilgili tarihte (11 Mayıs 2015) yürürlükte olan 2. maddesinin 1. fıkrası şu şekildedir:

“Hâkimler yargı görevlerini yerine getirirken her türlü dış otorite veya etkiden bağımsız olacaktır.”

G. Uluslararası Adalet Divanının (UAD) ilgili içtihadı

84. UAD, 29 Nisan 1999 tarihli İstisari Görüşünde (“1999 İstisari Görüşü”, İnsan Hakları Komisyonu Özel Raportörünün Hukuki Süreçten Dokunulmazlığına İlişkin Fark), İnsan Hakları Komisyonunun hâkim ve avukatların bağımsızlığı konusunda Özel Raportörü olarak görev yapan Dato’ Param Cumaraswamy’nin davasında, Genel Sözleşme’nin VI. maddesinin 22. bendinin uygulanabilirliği konusunu incelemiştir. Bu görüşün ilgili paragrafları aşağıdaki gibidir:

AYDIN SEFA AKAY/TÜRKİYE İHLAL KARARI

“60. Mahkemenin belirttiği gibi, Örgütün baş idari görevlisi olarak Genel Sekreter, Örgütün çıkarlarını koruma konusunda birincil sorumluluğa sahiptir; bu amaçla, görevlilerinin görevleri kapsamında hareket edip etmediklerini değerlendirmek ve bir sonuca vardığı takdirde, görevdeki uzmanlar da dâhil olmak üzere bu görevlileri, bağışlıklarını öne sürerek korumak Genel Sekreter’in inisiyatifindedir. Bu, bir görevlinin eylemleri mahkeme işlemlerine yol açmışsa veya açabilecekse, Genel Sekreter’in, bu konudaki tespitini bir üye Devletin Hükümetine bildirme ve uygun olduğu hallerde, hükümetin buna göre hareket etmesini talep etme ve özellikle de tespitini yerel mahkemelerin bilgisine sunmasını talep etme yetki ve sorumluluğuna sahip olduğu anlamına gelmektedir.

61. Ulusal mahkemeler, bir Birleşmiş Milletler görevlisinin bağışlıklarının söz konusu olduğu bir davaya baktıkları zaman, Genel Sekreter’in bu bağışlıklığa ilişkin herhangi bir tespiti ulusal mahkemelere derhal bildirilmelidir. Bu tespit ve tespit belgesel ifadesi, yalnızca en zorlayıcı nedenlerle bir kenara bırakılabilecek ve dolayısıyla ulusal mahkemeler tarafından en büyük ağırlığın verilmesi gereken bir karine oluşturmaktadır.

Bu nedenle, Sözleşme’nin uygun şekilde uygulanması bu tür bilgilere bağlı olduğundan, Genel Sözleşme’ye taraf bir ülkenin hükümet yetkilileri, bu tür bilgileri ilgili ulusal mahkemelere iletmekle yükümlüdür.

...

63. Genel Sözleşme’nin 22 (b) maddesi, görevdeki uzmanlara, görevlerini yerine getirirken söyledikleri veya yazdıkları sözler ve yaptıkları eylemler açısından her türlü hukuki süreçten bağışlık tanınacağını açıkça belirtir. Dolayısıyla, bağışlık konuları, *davanın başlangıcından hemen önce (in limine lites)* hızla karara bağlanması gereken öncelikli konulardır. Bu, genel olarak kabul edilen bir usul hukuku ilkesidir ve Malezya’nın buna saygı duyma yükümlülüğü bulunmaktadır. Malezya mahkemeleri, Özel Raportör’ün bağışlığı konusunda *davanın başlangıcından hemen önce (in limine lites)* karar vermemiş (bk. yukarıda 17. paragraf), dolayısıyla (...) Bölüm 22 (b)’de yer alan bağışlık kuralının özünü geçersiz kılmıştır.”

III. TÜRKİYE’NİN SUNDUĞU DEROGASYON BİLDİRİMİ

85. Avrupa Konseyi Nezdinde Türkiye Daimi Temsilciği, 21 Temmuz 2016 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreteri’ne aşağıda yer alan derogasyon bildirimini göndermiştir:

“Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti’nin aşağıdaki bildirimini iletiyorum.

Türkiye Cumhuriyetinde 15 Temmuz 2016 tarihinde demokratik olarak seçilen Hükümeti ve anayasal düzeni ortadan kaldırmak üzere büyük bir darbe teşebbüsü

AYDIN SEFA AKAY/TÜRKİYE İHLAL KARARI

gerçekleştirilmiştir. Alçak girişim, birlik ve beraberlik içinde hareket eden Türkiye Devleti ve vatandaşları tarafından engellenmiştir. Darbe teşebbüsü, sonrasında yaşanan diğer terörist eylemlerle birlikte, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına ilişkin Sözleşme'nin 15. maddesi kapsamında ulusun geleceğini tehdit eden, kamu düzenine ve güvenliğine ilişkin ciddi tehlikeler teşkil etmektedir.

Türkiye Cumhuriyeti, ulusal mevzuat ve uluslararası yükümlülükleri çerçevesinde kanunla öngörülen tedbirleri almaktadır. Bu kapsamda, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti 20 Temmuz 2016 tarihinde Anayasa (120. madde) ve 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu (3. maddenin 1. fıkrasının b) bendi) uyarınca üç aylık bir süre boyunca olağanüstü hal ilan etmiştir. (...)

Bu karar Resmi Gazete'de yayınlanmış ve 21 Temmuz 2016 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kabul edilmiştir. Bu itibarla söz konusu tarihten itibaren olağanüstü hal yürürlüğe girmiştir. Bu süreçte alınan önlemler kapsamında, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına ilişkin Sözleşme'nin 15. maddesinde öngörülen Sözleşme kapsamındaki yükümlülükler askıya alınabilir.

Bu nedenle, bu bildirimin Sözleşme'nin 15. maddesi kapsamında bilgilendirme teşkil ettiğini vurgulamak isterim. Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti bu çerçevede alınan önlemler konusunda Genel Sekreteri eksiksiz bir şekilde bilgilendirecektir. Önlemler ortadan kaldırıldığında Hükümet, sizi bilgilendirecektir.

..."

86. Derogasyon bildirimi, olağanüstü halin bitmesinin ardından 8 Ağustos 2018 tarihinde geri çekilmiştir.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME

I. TÜRKİYE'NİN DEROGASYONU İLE İLGİLİ İLK SORUN

87. Hükümet, Mahkemeyi, mevcut başvuruyu, 21 Temmuz 2016 tarihinde Sözleşme'nin 15. maddesi uyarınca Avrupa Konseyi Genel Sekreterine iletilen derogasyon bildirimini dikkate alarak incelemeye davet etmiştir. Sözleşme'nin 15. maddesi aşağıdaki gibidir:

"1. Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşmeci Taraf, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek koşuluyla, bu Sözleşme'de öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilir.

2. Yukarıdaki hüküm, meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölüm hali dışında 2. maddeye, 3 ve 4. maddeler (1. fıkrası) ile 7. maddeye aykırı tedbirlere cevaz vermez

3. Aykırı tedbirler alma hakkını kullanan her Yüksek Sözleşmeci Taraf, alınan tedbirler ve bunları gerektiren nedenler hakkında Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne

AYDIN SEFA AKAY/TÜRKİYE İHLAL KARARI
tam bilgi verir. Bu Yüksek Sözleşmeci Taraf, sözü geçen tedbirlerin yürürlükten kalktığı ve Sözleşme hükümlerinin tekrar tamamen geçerli olduğu tarihi de Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne bildirir.

A. Tarafların beyanları

88. Hükümet, 15 Temmuz 2016 tarihinde meydana gelen darbe girişiminin faillerinin, Sözleşme'nin 15. maddesi anlamında milletin hayatını tehdit eden bir duruma yol açarak, kamu düzenini ve toplumun düzenli yaşamını derinden bozarak, 251 kişiyi öldürdüğünü ve binlerce kişiyi de yaraladığını belirtmiştir. Terörle mücadele ve hain darbe girişiminin sonuçlarının aşılması için alınan gerekli bütün tedbirler, durumun gerektirdiği şekilde zorunlu olarak alınmış ve Türkiye'nin uluslararası hukuktan kaynaklanan diğer yükümlülüklerine uygun şekilde uygulanmıştır. Hükümete göre, mevcut davada başvuran hakkında verilen tutukluluk kararı, içinde bulunulan şartlara uygun olup, darbe girişiminden kaynaklanan yakın tehdidin henüz kontrol altına alınmadığı ve ülke çapında çok sayıda şüpheliye ilişkin soruşturmaların devam ettiği bir dönemde gereklilik teşkil etmiştir. Benzer şekilde, başvuranın evinde ve üstünde yapılan aramaların da, darbe girişiminin arkasındaki örgüt olan FETÖ/PDY'ye üye olduğu şüphesiyle gerçekleştirilmiş olması nedeniyle bu açıdan değerlendirilmesi gerekmektedir.

89. Başvuran, Hükümetin bahsettiği vahşi ve ölümcül terör saldırılarının mevcut davayla hiçbir ilgisi bulunmadığını ileri sürmüştür. Hükümetin, uzaktan da olsa aksini gösterebilecek herhangi bir olgu belirtememesinden de anlaşılacağı üzere, başvuranın yakalanması ve tutuklanmasının, darbe girişimiyle hiçbir ilgisi bulunmamaktadır.

B. Mahkemenin değerlendirmesi

90. Mahkeme, askeri darbe girişiminin, Sözleşme anlamında "ulusun yaşamını tehdit eden genel bir acil durumun" varlığını gösterdiğini tespit etmiştir (bk. *Mehmet Hasan Altan/Türkiye*, no. 13237/17, § 93, 20 Mart 2018). Mevcut davada, Hükümetin Sözleşme'nin 15. maddesi uyarınca derogasyon bildiriminde bulunmasına yol açan darbe girişiminden kısa bir süre sonra, 2016 yılının Eylül ayında başvuran yakalanarak tutuklanmıştır. Ayrıca Anayasa Mahkemesi, başvuran hakkında Anayasa'nın 15. maddesi açısından da inceleme gerçekleştirmiştir (Sözleşme'nin 15. maddesine eşdeğer hüküm). Mahkeme, yukarıda belirtilenler bakımından, olağanüstü halin, mevcut davada Sözleşme'nin 5. maddesinin

yorumlanmasında ve uygulanmasında şüphesiz tamamen dikkate alınması gereken bağlamsal bir faktör teşkil ettiği görüşündedir (bk. *Ahmet Hüsrev Altan/Türkiye*, no. 13252/17, §§ 101-03, 13 Nisan 2021).

Mahkeme, durumun koşullarının mevcut davada alınan tedbirleri kesin olarak gerektirip gerektirmediği ve bu tedbirlerin uluslararası hukuk kapsamında yer alan diğer yükümlülüklerle uyumlu olup olmadığı hususunda ise, başvuranın şikâyetlerinin esasını incelemenin gerekli olduğu kanaatindedir ve bu incelemeyi aşağıdaki şekilde yapacaktır:

II. SÖZLEŞME’NİN 5. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

91. Başvuran, Sözleşme’nin 5. maddesinin 1. fıkrası açısından yakalanmasının ve tutuklanmasının, BM Genel Sözleşmesi ve Diplomatik Sözleşme kapsamında Mekanizmanın hâkimi olarak sahip olduğu diplomatik dokunulmazlıklara aykırı olması sebebiyle, bu kararların kanunla öngörülen prosedüre uygun şekilde verilmediğinden şikâyet etmiştir. Başvuran, bir suç işlediğine dair makul şüphe uyandıracak herhangi bir delilin bulunmaması nedeniyle, yakalanması ve tutuklanmasının, Sözleşme’nin 5. maddesinin 1. fıkrasının c) bendinin ihlaline yol açtığını ileri sürmüştür. Başvuran, son olarak, ulusal mahkemelerin, tutuklanmasına ve tutukluluk halinin devamına ilişkin kararlarında diplomatik bağışıklığına ilişkin iddialarını incelemediklerini ileri sürerek, Sözleşme’nin 5. maddesinin 4. fıkrasının ihlal edildiğinden şikâyetçi olmuştur. Sözleşme’nin 5 maddesinin ilgili kısımları aşağıdaki gibidir:

“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.

...”

A. Kabul Edilebilirlik Hakkında

92. Hükümet, başvuranın hakkında verilen 14 Haziran 2017 tarihli mahkûmiyet kararının ardından sonlanan tutukluluğun hukuka uygunluğuna itiraz etmek ve Sözleşme’nin 5. maddesinin 1. fıkrasının c) bendi kapsamında bir suç işlediğine ilişkin makul şüphe bulunmadığına dair şikâyetini ileri sürmek için Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 141. maddesi uyarınca başvuruda bulunmuş olması gerektiğini ileri sürerek, iç hukuk yollarının tüketilmediğine dair itirazda bulunmuştur.

93. Başvuran, hakkında verilen tutuklama kararının incelenmesi için başvuru alan ulusal mahkemelerden hiçbirinin bu kararın hukuka aykırı olduğunu kabul etmediği göz önüne alındığında, Ceza Muhakemesi Kanununun 141. maddesinin 1. fıkrasının a) bendi kapsamındaki tazminat talebinin reddedilmesinin kaçınılmaz olduğunu ileri sürerek, Büyük Dairenin yakın zamanda *Selahattin Demirtaş/Türkiye* (no. 2) ([BD], no. 14305/17, §§ 209-14, 22 Aralık 2020) davasındaki benzer bir ön itirazı incelediğini ve reddettiğini belirtmektedir. Başta Anayasa Mahkemesi olmak üzere ulusal mahkemelerin hiçbirinin, tutukluluğuna ilişkin kararın usule veya hukuka aykırı olduğuna karar vermemiş olması sebebiyle, başvuran, Mahkemeden, Hükümetin iç hukuk yollarının tüketilmediğine dair iddiasını reddetmesini talep etmiştir.

94. Mahkeme, daha önce Mahkemenin değerlendirmesini yaptığı tarihte tutukluluk hali sona eren başvuranlarla ilgili olarak Hükümet tarafından yapılan benzer ön itirazları incelemiş ve reddetmiştir (bk. *Turan ve diğerleri/Türkiye*, no. 75805/16 ve diğer 426 başvuru, §§ 58-60, 23 Kasım 2021). Bunu yaparken Mahkeme, ulusal mahkemelerin tutukluluğun hukuka aykırılığını kabul etmediği durumlarda, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 141. maddesinin 1. fıkrasının a) bendi kapsamında sunulan bir tazminat talebinin, aksini gösterebilecek ilgili içtihat örneklerinin yokluğunda, herhangi bir başarı şansı sunduğu şeklinde görülemeyeceğini vurgulamaktadır. Mahkeme mevcut davada, bu tespitleri bertaraf etmek için herhangi bir neden görmemektedir ve bu nedenle Hükümetin iç hukuk yollarının tüketilmediğine dair ilk itirazını reddetmektedir.

95. Mahkeme, Anayasa Mahkemesinin, başvuranın Sözleşme'nin 5. maddesi açısından tutuklanması ve gözetiminde tutulmasına ilişkin olarak sunduğu şikâyetlerinin, sırasıyla Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 91. maddesinin 5. fıkrası uyarınca söz konusu tedbirlere karşı itirazda bulunmamış olması veya 141. maddesinin 1. fıkrası uyarınca tazminat talebinde bulunmamış olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiş olmasına rağmen (bk. yukarıda 68. paragraf), Hükümetin, başvuranın Sözleşme'nin 5. maddesine ilişkin şikâyetinin bu kısmıyla ilgili olarak iç yolların tüketilmediği iddiasında bulunmadığını, ilk itirazın tutuklulukla sınırlı kaldığını kaydetmektedir. Mahkeme, Sözleşme'nin 35. maddesi kapsamında iç hukuk yollarının tüketilmesi konusunu re'sen inceleyemese de, bu durum, Mahkemenin, Sözleşme'nin 5. maddesi kapsamında yaptığı inceleme bağlamında, başvuranın yakalanmasını (tutuklanmasından önce) incelemesine engel değildir (bk. *International Bank for Commerce and Development AD ve diğerleri/Bulgaristan*, no. 7031/05, § 131, 2 Haziran 2016). Buna göre, Mahkemenin aşağıdaki incelemesi bağlamında “tutukluluk” terimi, *diğerlerinin yanı sıra (inter alia)*, ilgilinin tutuklanmasını ve polis tarafından gözetimine alınmasını da kapsayacak şekilde ele alınmalıdır.

96. Mahkeme, Sözleşme'nin 5. maddesine ilişkin şikâyetlerin, açıkça dayanaktan yoksun olmadığını ve Sözleşme'nin 35. maddesinde belirtilen başka herhangi bir gerekçeyle de kabul edilemez olduğu sonucuna varılamayacağını kaydetmektedir. Bu sebeple, söz konusu şikâyetlerin kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekmektedir.

B. Esas Hakkında

1. Başvuranın tutukluluğunun hukuka aykırı olduğu iddiası

(a) Tarafların iddiaları

(i) Başvuran

97. Başvuran, 25 Temmuz 2016 tarihinde *Savcı/Ngirabatware* davasına atandığını ve ardından hâkim olarak “Mekanizmanın işleriyle meşgul olduğunu” belirtmiştir. Böylelikle Statü'nün, Genel Sözleşme'nin hükümlerine atıfta bulunulan 29. maddesi uyarınca diplomatik bağışıklıktan yararlanmıştır. Bu bağlamda başvuran, Hükümetin, Mekanizma hâkimlerinin Genel Sözleşme'nin IV. maddesinin 11. bendi anlamında, üye Devletlerin temsilcileri olduğu yönündeki iddiasına katı bir şekilde itiraz etmiş ve aynı Sözleşme'nin 15. maddesi uyarınca,

mevcut davada Türkiye olan vatandaşı oldukları ülke hariç olmak üzere, burada belirtilen dokunulmazlıklardan faydalanmıştır. Başvurana göre, Hükümetin iddiası en az iki gerekçeyle savunulamaz niteliktedir. İlk olarak, Mekanizmanın oluşumunda bütün BM üye devletlerinden hâkimler yer almıyordu ve ikinci olarak, uluslararası yargı organları, yargı görevlilerinin üye devletlerin memurları olarak kabul edilmesi durumunda sağlanamayacak olan bağımsızlık ve tarafsızlık ilkesine dayanıyordu.

98. Ayrıca, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin ("VAHS") 31. maddesi uyarınca, andlaşmaların, andlaşma hükümlerine bağlamaları içinde ve konu ve amaçları ışığında verilecek olağan anlama uygun olarak iyi niyetle yorumlanması gerekiyordu. Uluslararası ceza mahkemeleri, uluslararası toplumun en iğrenç suçlarını kovuşturmak amacıyla kurulduğundan, bu mahkemelerin hâkimleri kendi ülkelerini değil, uluslararası toplumu temsil ediyordu. Bir kuruluş olarak BM, üye devletlerin menfaatlerinden farklı olabilecek ortak menfaatlere sahip uluslararası bir topluluğu temsil ediyordu. Başvurana göre, Hükümetin iddialarının aksine, Mekanizma hâkimlerinin statüsü konusunda neredeyse bir fikir birliği bulunmaktaydı. Uluslararası ceza mahkemelerinde görev yapan uluslararası hâkimlerin, "hizmet şart ve koşulları açısından BM görevlileri olarak kabul edilmelerine ve bu statünün verilmesinin onaylanması gerektiğine" hükmedilen 6 Şubat 2006 tarihli ve 60/553 sayılı BM Genel Kurulu kararıyla da onaylandığı üzere, Mekanizmanın hâkimleri, Üye devletlerin temsilcileri değillerdi ama BM yetkilileri olarak görülmeleri gerekiyordu⁵.

99. Başvuran ayrıca, bu bağlamda, BM Genel Sekreteri adına hareket eden BM Hukuk İşleri Bürosunun, kendisinin diplomatik bağışıklığını resmen ilan ettiğini ve derhal serbest bırakılmasını ve aleyhindeki ceza davasının sonlandırılmasını talep ettiğini vurgulamıştır. Benzer şekilde Mekanizma Başyargıcı Hâkim Theodor Meron da, 31 Ocak 2017 tarihli kararıyla, aynı şekilde hareket etmiş ve Genel Sekreter'in bağışıklık beyanının ulusal mahkemeler

⁵ Bu kararın ilgili kısmı aşağıdaki gibidir: "Genel Kurul, Genel Sekreterin Khmer Rouge davasında [(A/60/565)] sunduğu raporundaki, [Kamboçya Mahkemelerindeki Olağanüstü Dairelerin] uluslararası ortak savcısı ve uluslararası ortak soruşturma hâkiminin, hizmet hüküm ve koşullarının amaçları doğrultusunda Birleşmiş Milletlerin resmi görevlileri olarak kabul edilmeleri gerektiğine dair tavsiyesine katılmakta ve bu amaçlar doğrultusunda kendilerine bu statünün verilmesini onaylamaktadır."

tarafından kolaylıkla iptal edilemeyecek bir karine teşkil ettiğini vurgulamıştır. Augustin Ngirabatware'in avukatı da Mekanizmaya benzer bir talepte bulunmuştur. Son olarak, uluslararası hâkimlerin bağımsızlığına ilişkin bütün akademik çalışmalarda, BM mahkemelerine atanan hâkimlerin kendi ülkelerini değil, BM'yi temsil ettikleri ve kendi ülkeleri de dâhil olmak üzere bütün Üye devletlerde bağımsızlıktan yararlandıkları kabul edilmiştir. Buna göre, Mekanizma hâkimlerinin kendi uyruklarını temsil ettikleri, bunun sonucunda da Hükümetin iddia ettiği gibi Genel Sözleşme'nin IV. maddesi kapsamına değil de, V. maddesi ("[BM] Yetkilileri" başlıklı madde) kapsamına girdikleri makul olarak iddia edilemez.

100. Başvuran ayrıca, Hükümetin, mutlak bağımsızlığın yalnızca Mekanizmanın Başyargıcı, Savcısı ve Yazı İşleri Müdürüne tanındığı, yalnızca işlevsel bir bağımsızlığa sahip olduğu iddia edilen hâkimlere tanınmadığı yönündeki iddiasının, VAHS'nin 32. maddesinin b) bendi anlamında açıkça saçma bir sonuca yol açtığını ileri sürmüştür. Hükümetin görüşü doğru olsaydı, Mekanizmanın hâkimleri ancak Mekanizmanın işleriyle uğraştıklarını kanıtlamaları halinde Devletlerin suistimallerine karşı korunabilirlerdi. Bu yaklaşıma göre, bir hâkim alışveriş yaparken gözaltına alınsaydı, alışveriş yaparken Mekanizma için çalışmış olmayacağı için bağımsızlık iddiasında bulunamayacaktı.

101. Aynı şekilde, Hükümetin "mutlak bağımsızlık" konusundaki tutumu da saçmadır, çünkü bu, Mekanizma hâkimlerinin hükümetlerin eylemleri bakımından neredeyse hiçbir bağımsızlığa sahip olmadığı, ancak Mekanizmanın Başyargıcı, Savcısı ve Yazı İşleri Müdürünün sınırsız bağımsızlıktan yararlandığı anlamına gelirdi. Başvurana göre, Statü bu iki grup arasında bir ayırım yapsa da, hepsi aynı ayrıcalık ve bağımsızlıklara, yani "uluslararası hukuk uyarınca diplomatik elçilere tanınan" ayrıcalık ve bağımsızlıklara sahiptir. Aradaki tek fark, Mekanizma hâkimlerinin bu ayrıcalık ve bağımsızlıklardan yalnızca "Mekanizma işiyle meşgul olduklarında" yararlanabilmeleridir. Başvurana göre, Hükümetin bu ifadeye ilişkin dar yorumunu, hâkimlerin kürsüde oturduğu durumlarla sınırlı olacak şekilde benimsemek de saçma bir sonuca yol açacaktır, zira uluslararası yargı organlarının çalışmalarına müdahale etmek isteyebilecek herhangi bir hükümet için bahaneler yaratmak oldukça kolay olacaktır. Sonuçta UAD Tüzüğünde de "görev süresi" olarak algılanan benzer bir ifade ("Mahkemenin işleri ile meşgul olduğunda") yer

alıyordu. Özetle, başvuran 2016 yılının Temmuz ayından bu yana Mekanizmanın beş hâkimden oluşan bir heyetinin üyesi olduğundan, kendisini, kendi ülkesi de dâhil olmak üzere bütün hükümetlerin dayattığı tutuklama, gözaltı, kovuşturma ve benzeri tedbirlerden koruması gereken, Mekanizma Başyargıcı ile aynı kişisel bağışıklıktan yararlanmıştır.

102. Başvuran ayrıca, Hükümetin Diplomatik Sözleşme'ye ilişkin yorumunun da kabul edilemez, mantıksız ve saçma olduğunu ileri sürmüştür. Nitekim Hükümetin, hâkimlerin yalnızca kabul eden Devlette diplomatik bağışıklıktan yararlanabilecekleri ve gönderen Devlette kullanamayacakları yönündeki iddiaları doğru olsaydı, örneğin Lahey'de bir pozisyona atanan hâkimlere yalnızca Hollanda Hükümetine karşı bağışıklık tanınırdı. Ayrıca bu hâkimlerin genellikle bütçesel nedenlerden ve teknolojik gelişmelerden dolayı yargısal görevlerini kendi ülkelerinde yerine getirdikleri göz önüne alındığında, Mekanizmanın uluslararası hâkimlerinin Mekanizmanın merkezinin bulunduğu ülkeler dışındaki ülkelerde de bağışıklığının bulunması, uluslararası adaletin düzgün işleyişi açısından önemli hale gelmiştir. Buna göre, Türkiye başvuranın davasında "gönderen devlet" olmadığı için, başvuran, tutukluluğu sırasında "BM personeli [üyesi]" olduğunu ve Diplomatik Sözleşme'de tanımlandığı şekliyle diplomatik elçilere benzer bir diplomatik statüye sahip olduğunu ileri sürmüştür.

103. Yine benzer şekilde, Hükümetin, başvurana vatandaşı olduğu Devletteki resmi olmayan eylemleri için diplomatik bağışıklık tanınması sebebiyle, BM hâkimlerinin kovuşturma riski olmadan sınırsız olarak suç işlemesine olanak tanıyabileceği yönündeki iddiası da yanlıştır. Bunun nedeni, hâkimlerin yalnızca resmi sıfatları dâhilinde söyledikleri veya yazdıkları sözler ve gerçekleştirdikleri bütün eylemler açısından mutlak bir bağışıklığa sahip olmaları, ancak kişisel bağışıklıklarının mutlak olmaması ve bu bağışıklığın herhangi bir üye Devlet tarafından değil, BM tarafından kaldırılabilmesidir. Nitekim Genel Sözleşme'nin V. maddesinin 20. bendinde, Genel Sekretere, herhangi bir yetkilinin bağışıklığından feragat etme hakkı ve görevi, böyle bir bağışıklığın adaletin tecellisini engellediği ve BM'nin menfaatlerine hâle getirmeksizin bu bağışıklıktan feragat edilebildiği durumlarda verilmiştir. Ancak Türk Hükümeti, başvuranın tutuklu yargılanmasına karar vererek uluslararası hukukun yerleşik bütün

kurallarını doğrudan ihlal etmiştir. Buna göre, başvuran, yakalanmasının ve tutukluluğunun, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasını ihlal edecek şekilde, kanunla öngörülen prosedüre uygun olarak gerçekleştirilmediği sonucuna varmıştır.

(ii) *Hükümet*

104. Hükümet öncelikle, başvuran da dâhil olmak üzere Mekanizmanın hâkimlerinin, ilke olarak uluslararası hukuka uygun şekilde “diplomatik temsilcilere” tanınan diplomatik bağışıklıklardan ve ayrıcalıklardan yararlandıklarını, ancak sadece hâkimlerin görevlerini yerine getirdikleri kabul eden devlette yararlandıklarını savunmuştur. Buna göre, hâkimin vatandaşı olduğu veya bu devletin temsilcisi olduğu ya da geçmişte temsilcisi olduğu davalarda gönderen devlete karşı bağışıklık, ayrıcalık veya dokunulmazlık iddiası ileri sürülemez. Bunun aksini savunmak, hâkimlerin vatandaşı oldukları Devlette cinayet ve terör eylemleri gibi sayısız suç işleyebilecekleri ve bunun sonucunda da Birleşmiş Milletlerin izni olmadan o Devletin yetkilileri tarafından ceza soruşturmasına tabi tutulamayacakları anlamına gelir. Bu, Hükümete göre savunulamaz bir görüştür.

105. Hükümet, herhangi bir davada, Mahkemenin, başvuranın diplomatik bağışıklığının gönderen devlette geçerli olduğunu değerlendirmiş olması durumunda, ilgili kişinin diplomatik bağışıklığının “işlevsel” olduğunu ve kendi görüşüne göre Mekanizmanın Başyargıcı, Savcısı ve Yazı İşleri Müdürünün bağışıklığından farklı olarak kişisel suçları kapsamadığını ileri sürmüştür. Dolayısıyla BM hâkimleri, yalnızca vatandaşı oldukları ülkede görevlerini yerine getirirken gerçekleştirilen “prosedürler” bakımından bağışıklık ve dokunulmazlıktan yararlanabilir. Ancak başvurana isnat edilen suç (silahlı terör örgütüne üyelik) veyahut da tutukluluğuna dayanak oluşturan fiil ve deliller, Mekanizma hâkimliği göreviyle ilgili olmayıp, terörizmle bağlantılı kişisel bir suç niteliğindedir. Hükümet, bu iddiayı desteklemek için, Yürütme Komitesinin BM Hazırlık Komisyonuna sunduğu 12 Kasım 1945 tarihli rapora atıfta bulunmuştur. Raporda şu ifadeler yer almaktadır:

“... bu, aynı zamanda hiçbir memurun vatandaşı olduğu ülkede, resmi olmayan eylemleri nedeniyle dava edilmesine veya hakkında ceza soruşturması başlatılmasına karşı bağışıklığa sahip olamayacağına dair bir ilkedir...”

106. Başvuran, BM Hukuk İşleri Dairesi tarafından hazırlanan ve kendisinin Mekanizmanın bir yargıcı olduğunu ve Mekanizmanın tüm hâkimlerinin BM sisteminde diplomatik bağışıklıktan tamamen yararlandığını bildiren 25 Ekim 2016 tarihli sözlü notaya dayanmış olmasına rağmen, Hükümet bu bağışıklığın mutlak değil işlevsel olduğu konusunda ısrar etmiştir.

107. Ayrıca, mevcut davada Mekanizma Başyargıcı'nın başvuranın serbest bırakılmasına karar verirken dayandığı, Statü'nün "İşbirliği ve Adli Yardım" başlıklı 28. maddesi, yalnızca Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ("UCYM") veya Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi ("URCM") önünde yargılanmış olan kişilerle ilgilidir. Benzer şekilde, Statü'nün 28. maddesinin 2. fıkrası, bireylerin kimliklerinin belirlenmesi, yerlerinin tespiti, yakalanması ve tutuklanması ile tanıkların ifadelerinin alınması gibi, bu organlar veya Mekanizma önünde görülen davaların esasına ilişkin durumları ortaya koymaktadır. Dolayısıyla, söz konusu hükümde işbirliği ve adli yardımın bu durumlarla sınırlı olmadığı belirtilse de, bu hüküm sınırlı bağlamda anlamlandırılmalı ve yorumlanmalıdır. Farklı bir yorum, Mekanizmanın, BM Güvenlik Konseyinin 1966 (2010) sayılı kararından aldığı yetkiyi aşarak, BM üyesi egemen bir devletin vatandaşı olan bir kişiyle ilgili olarak Mekanizma ile ilgili olmayan bir konuda yargı sürecine müdahale etmesine olanak tanıyacaktı. Aynı durum, Mekanizmanın Usul ve Delil Kuralları'nın 55. maddesi için de geçerlidir. Buna göre Hükümet, Mekanizma Başyargıcı'nın, başvuranın serbest bırakılmasına hükmeden bir karar verme yetkisi bulunmadığı; başvuranın tutukluluğunun BM adına gerçekleştirdiği faaliyetlere dayanmadığı göz önüne alındığında, bunun bir iç hukuk meselesi olduğu kanaatine varmıştır.

108. Son olarak, Mekanizmanın yargı bağımsızlığı ilkesine atıfta bulunurken aynı zamanda bağımsız Türk yargısına başvuran aleyhindeki davayı sonlandırması yönünde çağrıda bulunması da tutarsızlık teşkil etmiştir. Her hâlükârda, BM Genel Sekreteri, 29 Haziran 2018 tarihinde başvurunu Mekanizmanın hâkimi olarak yeniden atamamaya karar vermiştir.

(b) Mahkemenin değerlendirmesi

(i) Genel ilkeler

109. Sözleşme'nin 5. maddesi, 2, 3 ve 4. maddeleri ile birlikte bireyin fiziki güvenliğini koruyan temel hakların başında yer almakta ve bu bakımdan büyük

önem arz etmektedir. Bu hükmün esas amacı keyfi veya haksız özgürlükten yoksun bırakmaları önlemektir (bk. *Denis ve Irvine/Belçika* [BD], no. 62819/17 ve 63921/17, § 132, 1 Haziran 2021, bu karardaki diğer atıflar).

110. Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının a)'dan f)'ye kadar olan alt paragrafları, özgürlükten yoksun bırakmanın izin verilebilir gerekçelerinin kapsamlı bir listesini içerir ve bu gerekçelerden birine girmedeği sürece hiçbir özgürlükten yoksun bırakma, yasal sayılmayacaktır. Özgürlükten yoksun bırakmaya ilişkin izin verilebilir gerekçelerin kapsamlı listesinin yalnızca dar bir yorumu, yani hiç kimsenin keyfi olarak özgürlüğünden yoksun bırakılmamasının sağlanması 5. maddenin amacına uygundur (yukarıda belirtilen karar, § 124).

111. Herhangi bir özgürlükten yoksun bırakma, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının a)'dan f)'ye kadar olan alt paragraflarında belirtilen istisnalardan birinin kapsamına girmeli ve ayrıca “yasal” olmalıdır. “Kanunla öngörülen bir usulün” takip edilip edilmediği sorusu da dâhil olmak üzere, tutukluluğun “hukuka uygunluğunun” söz konusu olduğu durumlarda, Sözleşme esasen ulusal hukuka ve aynı zamanda, uygun olduğu hallerde, kaynağı uluslararası hukuktan olanlar da dâhil olmak üzere, uygulanabilir diğer hukuki standartlara da atıfta bulunmaktadır (bk. *Medvedyev ve diğerleri/Fransa* [BD], no. 3394/03, § 79, AİHM 2010 ve *Toniolo/San Marino ve İtalya*, no. 44853/10, § 44, 26 Haziran 2012). Her durumda, Sözleşme, ilgili yasaların esas ve usul kurallarına uyma yükümlülüğünü tesis etmekte ve aynı zamanda herhangi bir özgürlükten yoksun bırakmanın, 5. maddenin amacına, yani bireyin keyfilikten korunmasına uygun olmasını da gerektirmektedir (bk. yukarıda anılan *Medvedyev ve diğerleri*, § 79).

112. Mahkeme, özgürlükten yoksun bırakma söz konusu olduğunda hukuki belirlilik genel ilkesinin karşılanması özellikle önemli olduğunu vurgulamaktadır. Bu nedenle, ulusal ve/veya uluslararası hukukta özgürlükten yoksun bırakma koşullarının açıkça tanımlanmış olması ve ilgili kanunun uygulamada öngörülebilir olması, yani Sözleşme tarafından belirlenen “hukuka uygunluk” standardını karşılaması önemlidir; bu, bütün kanunların, her türlü keyfilik riskinden kaçınacak kadar kesin olmasını ve vatandaşın, -gerektiğinde uygun tavsiyelerle- olayın koşullarına göre makul bir dereceye kadar, belirli bir eylemin yol açabileceği sonuçları öngörmesine imkân vermesini gerektiren bir

standarttır (bk. diğer birçok karar arasında yukarıda anılan *Medvedyev ve diğerleri*, § 80 ve bu kararda yer alan diğer atıflar).

113. Ayrıca Mahkeme, birçok defa, hukukun üstünlüğüne dayalı bir Devlette temel bir değer ve adaletin teminatçısı olarak, görevlerini başarılı bir şekilde yerine getirebilmesi için kamuoyunun güvenini kazanması gereken yargının toplumunda özel bir rolünün bulunduğunu vurgulamıştır (bk. *Baka/Macaristan*, 23 Haziran 2016, § 165 ve bu kararda yer alan diğer atıflar). Özellikle hâkimlerin ifade özgürlüğü hakkına ilişkin davalarda ortaya çıkan bu değerlendirme, bir yargı mensubunun özgürlük hakkını etkileyen bir tedbirin kabul edilmesiyle de aynı derecede ilgilidir. Özellikle, iç hukukun yargı mensuplarına görevlerini bağımsız olarak yerine getirmelerini güvence altına almak amacıyla adli koruma sağladığı durumlarda, bu tür düzenlemelere usulüne uygun şekilde uyulması önemlidir (bk. *Alparслан Altan/Türkiye*, no. 12778/17, § 102, 16 Nisan 2019). Demokratik bir toplumda yargının devlet organları arasındaki önemli yeri dikkate alındığında ve güçler ayrılığı ile yargı bağımsızlığını korumanın gerekliliğine giderek daha fazla önem verildiği hususu göz önünde bulundurulduğunda (bk. *Ramos Nunes de Carvalho e Sá/Portekiz* [BD], no. 55391/13 ve diğer 2 başvuru, § 196, 6 Kasım 2018), Mahkeme, yargı mensuplarının korunması konusunda, Sözleşme hükümleri açısından bir gözaltı kararının uygulanma biçimini incelerken özellikle dikkatli olmalıdır (bk. yukarıda anılan *Turan ve diğerleri*, § 82 ve bu kararda yer alan diğer atıflar). Aslında, yukarıda atıfta bulunulan içtihat, ulusal yargının bağımsızlığıyla ilgilidir. Ancak Mahkeme bu vesileyle, bu kararda açıklanan ilkelerin, uluslararası hâkimler ve mahkemeler açısından *uygun değişiklikler yapılarak (mutatis mutandis)* uygulandığını açıkça belirtmek ister, zira onların bağımsızlığı, adaletin doğru yönetimi için eşit derecede *olmazsa olmaz bir koşuldur (conditio sine qua non)*.

(ii) Genel ilkelerin somut davaya uygulanması

114. Mahkeme, söz konusu dönemde Türk vatandaşı olan ve Mekanizmada görev yapan bir hâkim olan başvuranın, 21 Eylül 2016 tarihinde Türkiye'deki evinde yakalandığını ve ulusal makamların, Ceza Kanunu'nun 314. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen silahlı terör örgütüne, yani FETÖ/PDY'ye üye olma suçu işlediğine dair makul şüphelerin mevcut olduğu değerlendirmesine dayanılarak, 28 Eylül 2016 tarihinde tutuklanmasına karar verildiğini gözlemlemektedir. Daha

sonra görülen duruşmada, Ankara Ağır Ceza Mahkemesi, 14 Haziran 2017 tarihinde başvurayı aynı suçtan cezaya mahkûm etmiş ve aynı tarihte kefaletle serbest bırakılmasına karar vermiştir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi de, diğerlerinin yanı sıra, başvuranın tutukluluğunun hukuka uygunluğunu incelemiş ve bu kararın, hukuki bir dayanağı olduğu ve dolayısıyla Anayasa'nın 19. maddesine uygun olduğu sonucuna varmıştır (Sözleşme'nin 5. maddesine eşdeğer hüküm).

115. Başvuranın, Mekanizma Statüsü'nün 29. maddesinin 2. fıkrasının kendisine tanıdığı diplomatik bağışıklığa rağmen, CMK'nın 100. maddesi ve ardından gelen maddelere dayanılarak tutuklanmasına karar verildiği ortak bir görüştür. Dolayısıyla, başvuranın tutukluluğunun, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının amaçları bakımından iç hukukta yasal bir dayanağı olduğu kabul edilebilir. Bununla birlikte, başvuranın yerel makamlar ve Mahkeme önünde ileri sürdüğü tutukluluğunun hukuka aykırı olduğu iddiası, Mekanizmanın hâkimi olarak diplomatik bağışıklığa sahip olduğu gerekçesiyle, BM Genel Sekreteri kendisini bu bağışıklıktan muaf tutmadığı sürece özgürlüğünden yoksun bırakılamayacağı yönündedir. Hükümet bu iddiaya itiraz etmiştir. Buna göre, Mahkeme, başvuranın Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının amaçları doğrultusunda “hukuka uygun olarak” tutulup tutulmadığını ve “kanun tarafından öngörülen usule uygun olarak” özgürlüğünden yoksun bırakılıp bırakılmadığını tespit etmek için, Mekanizma Statüsü'nün 29. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, Mekanizmanın hâkimi statüsü nedeniyle başvurana tanınan diplomatik bağışıklık karşısında ulusal mahkemelerin - tutukluluğa zemin hazırlayan - tutumunun, başvuranın tutukluluğunun öngörülebilir olduğunu ve Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrası kapsamındaki hukuki kesinlik gerekliliklerine uygun nitelikte olduğunu belirtmeye imkân verip vermediğini belirleyecektir. Bu bağlamda Mahkeme, genel olarak, ulusal mahkemelerin içtihatlarına, uygulanabilir yasal hükümlerin lafzına aykırı olan veya özellikle yargı mensuplarını yürütmenin müdahalesinden korumak için kanunun sağladığı usuli güvenceleri ortadan kaldıran kapsamlı bir yorumu benimseyen istisnalar getirmesi halinde, hukuki belirlilik ilkesinin tehlikeye girebileceğini belirtmektedir.

116. Mevcut davada Mahkeme, ilk olarak, başvuranın avukatının, başvuranın uluslararası bir hâkim olarak bağışıklığı konusunu, 24 Ekim 2016 gibi

erken bir tarihte, serbest bırakılmasına yönelik bir başvuruda, Mekanizmanın Statüsü'ne ve Mekanizma Başyargıcı'nın, Mekanizmanın hâkimi sıfatıyla bağışıklıktan yararlandığını teyit eden ekteki mektubuna atıfta bulunarak gündeme getirdiğini belirtmektedir (bk. yukarıda 23. paragraf). Ertesi gün, Birleşmiş Milletler Hukuk İşleri Bürosundan, başvuranın Mekanizma Statüsü'nün 29. maddesi uyarınca bağışıklıktan yararlandığını resmen beyan eden sözlü bir nota, Türkiye'nin BM Daimi Temsilciliğine iletilerek, başvuranın derhal serbest bırakılması ve aleyhindeki bütün yasal işlemlerin sona erdirilmesi talep edilmiştir (bk. yukarıda 24. paragraf). Bununla birlikte, başvuranın diplomatik bağışıklığı konusunda ulusal mahkemeler tarafından ilk defa 14 Haziran 2017 tarihinde, ilk derece mahkemesi onu suçlu bulduğunda ve serbest bırakılmasına karar verdiğinde, yani yakalanmasının ve tutukluluğunun üzerinden sekiz buçuk aydan fazla bir süre geçtikten sonra ve avukatının, Mekanizma Başyargıcı ve yetkili BM organının desteğiyle, ilgilinin serbest bırakılmasını talep etmesinin üzerinden yedi buçuk ay geçtikten sonra daha ayrıntılı bir değerlendirme yapıldığı görülmektedir (bk. yukarıda 58. paragraf). Mahkemenin görüşüne göre ve ilk derece mahkemesinin, başvuranın bağışıklığının onun mahkûmiyetine engel olmadığı yönündeki sonucuna bakılmaksızın, mahkemelerin hızlı ve kapsamlı bir şekilde ele alması gereken bir konu olan diplomatik bağışıklık meselesini ulusal mahkemelerin incelemesindeki gecikme, herhangi bir gecikmenin, bağışıklığı nedeniyle başvurana sağlanan herhangi bir korumayı fiilen boşa çıkarması halinde, Mekanizmanın düzgün işleyişine zarar vereceği sebebiyle, kendiliğinden ve tek başına Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasına uygun değildir (bk. yukarıda 84. paragraf).

117. Mahkeme, ulusal mahkemelerin, başvuranın diplomatik bağışıklığının kapsamına ilişkin yorumunun öngörülebilir olup olmadığı ve Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrası kapsamındaki hukuki belirlilik ilkesine uygun olup olmadığı sorusuna dönerek, ilk derece mahkemesinin, başvuranın tutukluluğunun hukuka uygunluğunu incelerken, başvuranın yalnızca BM görevlilerini ilgilendiren Genel Sözleşme'nin 18. bendi kapsamında işlevsel bağışıklıktan yararlandığına hükmettiğini ve görev alanı dışındaki konularda, özellikle de Türk makamlarının yargı yetkisi açısından özel bir statüsü bulunmadığını belirttiğini (bk. yukarıda 58.

paragraf) kaydetmektedir. Buna göre, ilk derece mahkemesi, başvuranın, Mekanizma hâkimi olarak göreviyle ilgisi olmayan eylemlerinden dolayı Türkiye'nin yargı yetkisi kapsamında bağışıklığının bulunmadığı hususunda kendisinden emindir.

118. Daha sonra Anayasa Mahkemesi, başvuranın tutukluluğunun hukuka uygunluğunu değerlendirirken, başvuran her ne kadar, ilke olarak, Statü'nün 29. maddesi uyarınca Mekanizmanın hâkimlerine tanınan dokunulmazlıklardan yararlınsa da, bu hükmün, Genel Sözleşme'ye ve Diplomatik Sözleşme'ye atıfta bulunduğu ve bu tür bağışıklıklardan yararlanıp yararlanmadığının tespit edilmesi için bunların incelenmesi gerektiği kanaatine varmıştır (bk. yukarıda 70. paragraf). Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi, Genel Sözleşme'nin 15. bendi ve Diplomatik Sözleşme'nin 31. maddesinin 4. fıkrasından, başvuranın temsil ettiği veya vatandaşı olduğu Devletin makamları önünde söz konusu bağışıklıkları ileri süremeyeceğinin anlaşılması sebebiyle, başvuranın tutukluluk halinin Anayasa'nın 19. maddesi kapsamında hukuki dayanağının bulunduğunu tespit etmiştir.

119. Mahkeme, tek görevinin Sözleşme'yi uygulamak olduğunu ve dolayısıyla başvuranın bağışıklıkları hakkında karar verme yetkisinin bulunmadığını belirterek, yine de ulusal mahkemelerin yaklaşımının Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasına uygun olduğu konusunda ikna edilmelidir. Bu bağlamda Mahkeme, aşağıda belirtilen hususları vurgulamaktadır.

120. Mekanizma Statüsü'nün "Mekanizmanın Statüsü, Ayrıcalıkları ve Bağışıklıkları" başlıklı 29. maddesinin birinci fıkrası, Genel Sözleşme'nin *diğerleri arasında (inter alia)* Mekanizmanın hâkimlerine uygulandığını belirtirken, ikinci paragrafı aşağıdaki gibidir:

Başyargıç, Savcı ve Yazı İşleri Müdürü, uluslararası hukuka uygun olarak diplomatik elçilere tanınan ayrıcalık ve bağışıklıklardan, muafiyetlerden ve kolaylıklardan yararlanırlar. Mekanizmanın hâkimleri, Mekanizmanın işleriyle meşgul olduklarında aynı ayrıcalık ve bağışıklıklardan, muafiyetlerden ve kolaylıklardan yararlanırlar."

121. Mahkeme, Genel Sözleşme'nin, Statü'nün 29. maddesinde kullanılan ifadelerle aynı ifadeleri içeren tek hükmünün, BM Genel Sekreteri de dâhil olmak üzere bazı üst düzey BM yetkililerine tam diplomatik bağışıklık (yani kişi bakımından (*ratione personae*) diplomatik bağışıklık) tanıyan V. maddesinin 19. bendi olduğunu belirtmelidir. Dolayısıyla, bağlam içerisinde okunduğunda, ilgili

sözleşmelerin sıradan anlamına dayanarak, başvuranın, Mekanizmadaki *Ngirabatware* davasında hâkim olarak görev yaptığı, Mekanizmanın işleyişine ilişkin çerçeveye uygun olarak bu dava üzerinde uzaktan çalıştığı süreç de dâhil olmak üzere 25 Temmuz 2016 tarihinden 30 Haziran 2018 tarihine kadar, diğer ayrıcalıkların yanı sıra, kişisel dokunulmazlık ve herhangi bir yakalama veya tutuklama kararına tabi tutulmama da dâhil olmak üzere ilgilinin tam diplomatik bağışıklıktan yararlandığı görülmektedir (bk. yukarıda 81. paragraf, Statü’nün 8. maddesinin 3. fıkrası).

122. Mahkeme ayrıca, başvuranın bağışıklığının niteliğine ilişkin bu yorumun, Mekanizma Başyargıcı’nın 31 Ocak 2017 tarihli talimatıyla teyit edildiğini gözlemlemektedir (bk. yukarıda 39. paragraf). Bu talimatın, konuyla ilgili kısımları aşağıdaki gibidir:

“Türkiye, Statümüzün görüşüldüğü sırada Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi üyesiydi ve bağımsız bir yargıyı ve görevlerini yerine getirirken hâkimlerimize tam diplomatik dokunulmazlığı güvence altına alan bu Statü’nün kabulü lehinde oy kullandı.”

Bu açıklama, Mekanizma Başyargıcı’nın görüşünü açıkça belirtmesi sebebiyle kısmen anlamlıdır. Üstelik daha da önemlisi, bu açıklama, ilgili bağışıklık kuralları ile uluslararası bir yargı organı olarak Mekanizmanın bağımsızlığı arasındaki doğrudan bağlantıyı kısa ve öz bir şekilde tanımlamakta ve dolayısıyla bu kuralların asıl konusu ve amacına da ışık tutmaktadır.

123. Ayrıca Mahkeme, BM Genel Sekreteri adına hareket eden BM Hukuk İşleri Bürosunun, başvuranın bağışıklığını resmen ileri sürerek, Türkiye’nin BM Daimi Temsilciliğine gönderdiği sözlü notada, başvuranın tam diplomatik bağışıklığa sahip olduğunu ve bu durumun, onu *diğeri arasında (inter alia)* yakalama, gözetim ve tutuklama gibi işlemlerden koruduğunu açıkça belirttiğini hatırlatmaktadır (bk. yukarıda 24. paragraf). Bu sözlü nota, UAD’nin 1999 tarihli İstisari Görüşünde belirttiği gibi, kolayca bir kenara atılamayacak bir karine teşkil etmiştir (bk. yukarıda 39 ve 84. paragraflar).

124. Mahkeme, Anayasa Mahkemesinin, Diplomatik Sözleşme’nin, diplomatik görevlinin bağışıklığının “gönderen devlette” uygulanamayacağını öngören 31. maddesinin 4. fıkrasına ve Genel Sözleşme’nin, IV. maddesi kapsamında üye Devletlerin temsilcilerine tanınan bağışıklığın, bir temsilci ile

vatandaşı olduğu veya temsilcisi olduğu veya geçmişte temsilcisi olduğu Devletin yetkilileri arasında geçerli olduğunu öngören 15. bendine atıfta bulunarak, başvuranın bağışıklığının, vatandaşı olduğu Devlet olan Türkiye açısından geçerli olmadığını tespit ettiğinin farkındadır.

125. Bu bağlamda Mahkeme, başvuranın, Statü'nün 29. maddesi uyarınca, “uluslararası hukuka uygun olarak diplomatik elçilere tanınan ayrıcalık ve bağışıklıklardan” yararlanmasının, kendisinin diplomatik elçi olduğu anlamına gelmediğini vurgulamaktadır. Mekanizmanın hâkimlerinin yukarıda açıklanan statüleri ile Diplomatik Sözleşme'nin 1. maddesinde tanımlanan “misyon şefi”, “diplomatik kadro üyeleri” ve “diplomatik yetkili” gibi kavramlar temel farklılıklar teşkil etmektedir. Bu temelde Mahkeme, Diplomatik Sözleşme hükümlerinin, başvurana tanınan dokunulmazlığın kapsamının değerlendirilmesi açısından kesinlikle konuyla ilgili olduğunu belirtmekle birlikte, özellikle de ayrıcalıklar ve bağışıklıklar konusuna ilişkin uluslararası geleneksel hukukun bir parçası olması nedeniyle, Mekanizmanın hâkimi sıfatıyla bu tür ayrıcalık ve bağışıklıklardan yararlanan başvuranın durumuna tamamen uyarlanamayacağını, zira burada nihai amacın, hâkimlerin ve dolayısıyla mahkemelerin herhangi bir Devlete karşı bağımsızlığını korumak olduğunu vurgulamaktadır.

126. Mahkeme ayrıca, karşılaştırma yapmak amacıyla, Avrupa Konseyinin Ayrıcalık ve Dokunulmazlıklara İlişkin Genel Anlaşması'na⁶ Ek 6 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin, Mahkeme hâkimleri ile onların eşleri ve reşit olmayan çocuklarına hak tanıyan Statü'nün 29. maddesiyle neredeyse aynı şekilde, “... uluslararası hukuka uygun olarak diplomatik elçilere tanınan ayrıcalık ve bağışıklıklar, muafiyetler ve kolaylıklar” ifadelerini içerdiğini belirtmektedir. Mahkeme Genel Kurulu, -iki farklı vesileyle- hâkimlerin eşlerine tanınan bağışıklıkların kaldırılması yönündeki talepleri değerlendirmesi talep edildiğinde, şu kararı vermiştir⁷:

⁶ Uluslararası yasal çerçeve ile ilgili ayrıntılı bilgi için bk. *Bîrsan/Romanya* ((k.k.), no. 79917/13, §§ 41-43, 2 Şubat 2016).

⁷ Bk. Georgii Volodymyrovych Logvynskyi'nin, Ukrayna adına Mahkemeye seçilen eşi Hâkim Ganna Yudkivska'nın 6 Temmuz 2020 tarihinde kabul edilen bağışıklığından kaynaklanan bağışıklığın kaldırılması talebi üzerine, Avrupa Konseyi Ayrıcalık ve Bağışıklıklara İlişkin Genel Anlaşma'ya Ek 6 No.lu Protokol'ün 4. maddesi uyarınca 29 Haziran ve 6 Temmuz 2020 tarihlerinde Genel Kurul oturumlarıyla verilen Mahkeme kararı. Ayrıca bk. Romanya adına seçilen Hâkim Corneliu Bîrsan ve eşi Gabriela Victoria Bîrsan'a tanınan bağışıklığın kaldırılması talebi üzerine,

AYDIN SEFA AKAY/TÜRKİYE İHLAL KARARI

“18 Nisan 1961 tarihli Diplomatik İlişkilere İlişkin Viyana Sözleşmesinde yer alan ‘gönderen’ ve ‘kabul eden’ Devlet kavramları, Mahkeme ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Yüksek Sözleşmeci Taraflarından biri arasındaki ilişkilere uygulanmaz ve bu nedenle talepte bulunan Devletin, ilgili hâkimin kendisi adına seçildiği Yüksek Sözleşmeci Taraf olduğuna dayanarak, bağışıklıktan muafiyet söz konusu değildir.”

127. Anayasa Mahkemesinin, başvuranın Genel Sözleşme’nin IV. maddesi anlamında BM’ye Üye Devletlerin “temsilcileri” kategorisine girdiği yönündeki yorumuna ilişkin olarak Mahkeme aşağıdaki gözlemlerde bulunmaktadır. BM Antlaşması’nın 105. maddesinin 2. fıkrası, “Birleşmiş Milletler Üyelerinin temsilcilerine” ve “Kuruluşun yetkililerine”, BM’nin amaçlarının yerine getirilmesi için gerekli olduğu ölçüde belirli ayrıcalıklar ve bağışıklıklar tanımaktadır. BM Antlaşması’nın, bu ayrıcalık ve bağışıklıkların ayrıntılarının, Genel Kurulun tavsiyeleri veya üye Devletler arasındaki sözleşmeler yoluyla daha fazla düzenlenebileceğini ve açıklığa kavuşturulabileceğini öngören 105. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, Türkiye’nin 22 Ağustos 1950 tarihinde Taraf olduğu Genel Sözleşme, 1946 yılında kabul edilmiştir. Genel Sözleşme, diğer hususların yanı sıra farklı derecelerde bağışıklıklara sahip olan üç kişi kategorisi belirlemiştir: (i) Devletlerin temsilcileri (IV. madde), (ii) Üst düzey yetkililer de dâhil olmak üzere (19. bent kapsamında) BM yetkilileri (V. madde) ve (iii) BM için çalışan uzmanlar (VI. madde).

128. Yukarıda belirtilenler ışığında Mahkeme, uluslararası bir mahkeme hâkiminin, bir üye devletin BM organı nezdinde temsilcisi olmadığı sonucuna varmak için güçlü gerekçeler tespit etmektedir ki, aksi bir durum ister ulusal ister uluslararası olsun, bir hâkimi ve yargıyı tanımlayan bağımsızlıkla bağdaşmaz. Daha somut olarak, Mekanizmanın hâkimleri, yürürlükteki kurallar uyarınca BM’nin ana ve yardımcı organlarına seçilmek üzere kendilerini aday gösteren devletleri temsil etmezler. Statü’nün 8. maddesi, Mekanizmanın hâkimlerinin bağımsız olduğunu belirtir (bk. yukarıda 81. paragraf) ve Mekanizma Hâkimleri için Mesleki Davranış Kuralları’nın 2. maddesinin 1. fıkrası, hâkimlerin yargısal görevlerini yerine

Avrupa Konseyi Ayrıcalık ve Bağışıklıklara İlişkin Genel Anlaşma’ya Ek 6 No.lu Protokol’ün 4. maddesi uyarınca 21 ve 23 Kasım 2011 tarihlerinde Genel Kurul oturumlarıyla verilen Mahkeme kararı.

getirirken, Mekanizma Başyargıcı'nın Türkiye Hükümetine verdiği talimatta da yinelenen bir husus olarak, kendi vatandaşı oldukları Devlet de dâhil olmak üzere (bk. yukarıda 39. paragraf) her türlü dış otorite ve etkiden bağımsız olduklarını belirtir (bk. yukarıda 83. paragraf).

129. Yukarıda belirtilenler ışığında Mahkeme, ulusal mahkemelerin başvuranın diplomatik bağışıklığına ilişkin yorumunun, öngörülebilir olmadığını ve de Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrası kapsamındaki hukuki kesinlik ilkesinin gereklerine uygun olmadığını tespit etmektedir.

130. Mahkeme, Hükümetin derogasyon bildirimine yol açan koşullar göz önüne alındığında, başvuranın yukarıda bahsedilen tutukluluk halinin, Sözleşme'nin 15. maddesi kapsamında haklı görülüp görülemeyeceği sorusuna ilişkin olarak, aşağıdaki gözlemlerde bulunmaktadır. Savaşta veya ulusun yaşamını tehdit eden diğer acil durumlarda, Devletler, Sözleşme'nin 15. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen koşulların karşılanması, yani diğer bir deyişle, alınan tedbirlerin, durumun zorunlulukları nedeniyle kesinlikle gerekli ve Devletin uluslararası hukuk kapsamındaki diğer yükümlülüklerine uygun olması şartıyla, Sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerini askıya alan tedbirler kabul edebilirler. Ancak Mahkeme, mevcut davada, ulusal mahkemelerin, ilk derece mahkemesi davanın esası hakkında kararını açıklayana ve 14 Haziran 2017 tarihinde başvuranı cezaya mahkûm edene kadar başvuranın diplomatik bağışıklığını değerlendirmedeki başarısızlığının, olağanüstü halin ortaya çıkmasına neden olan 15 Temmuz 2016 tarihli darbe girişiminin gerektirdiği zorunluluklar sebebiyle olduğu konusunda ikna olmamıştır. Ayrıca, Mahkemenin başvuranın tutukluluğuna ilişkin yukarıdaki tespiti, söz konusu tedbirin, Sözleşme'nin 15. maddesi anlamında Türkiye'nin "uluslararası hukuk kapsamındaki diğer yükümlülükleri" ile uyumlu olmadığı anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, başvuranın tutukluluğunun, Sözleşme'nin 15. maddesi kapsamında haklı görülmesi mümkün değildir.

131. Sonuç olarak, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrası ihlal edilmiştir.

2. *Sözleşme'nin 5. maddesi kapsamındaki diğer şikâyetler*

132. Mahkemenin, başvuranın tutukluluğunun hukuka uygunluğuna ilişkin yukarıdaki tespitleri ışığında, söz konusu tutukluluğun Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının c) bendinin gerektirdiği şekilde "makul şüpheyne" dayanıp

dayanmadığına ilişkin ayrı bir değerlendirme yapması gerekmemektedir. Ayrıca Mahkeme, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrası kapsamındaki tespitlerini ve bu hüküm kapsamındaki şikâyetin ve Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrası kapsamındaki şikâyetin, yani ulusal mahkemelerin, başvuranın tutukluluğuna karşı itirazlarını inceledikleri kararlarında bağışıklığa ilişkin iddialarını dikkate almadığına dair şikâyetin iç içe geçmiş yapısını özellikle dikkate alarak, ikinci şikâyetin ayrı olarak incelenmesinin gerekli olmadığı kanaatindedir (bk. *Kavala/Türkiye*, no. 28749/18, § 234, 10 Aralık 2019).

III. SÖZLEŞME'NİN 8. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

133. Başvuran, ulusal makamların, özellikle evinde ve üstünde yapılan aramalarda, diplomatik bağışıklığını açıkça göz ardı ettiklerinden ve bu durumun Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlaline yol açtığından şikâyet etmektedir.

“1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığı veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.”

A. Kabul Edilebilirlik Hakkında

134. Mahkeme, bu şikâyetin açıkça dayanaktan yoksun olmadığını ve başka herhangi bir kabul edilemezlik gerekçesiyle de bağdaşmadığını kaydetmektedir. Dolayısıyla, bu şikâyetin kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekmektedir.

B. Esas hakkında

1. Tarafların iddiaları

(a) Başvuran

135. Başvuran, uluslararası hukuk uyarınca kendisine tanınan diplomatik bağışıklığın, Diplomatik Sözleşme'nin 30. maddesi uyarınca evinin dokunulmazlığını da içerdiğini ileri sürmüştür. Bu nedenle, evinin, aracının ve üstünün aranması ve eşyalarına el konulması, uluslararası hukuka aykırı ve dolayısıyla herhangi bir hukuki dayanaktan yoksun bir müdahale teşkil etmiştir. Başvuran, Mahkemenin Ahmet Hüsrev Altan davasında (yukarıda anılan, § 225) Sözleşme'nin 5 ve 10. maddeleri kapsamındaki hukuka uygunluk gerekliliklerinin

her iki davada da kişiyi keyfilikten korumayı amaçladığı yönündeki tespitlerine dayanarak, bir tutuklama tedbirinin hukuka aykırı olduğu ve aynı zamanda Sözleşme tarafından güvence altına alınan özgürlüklerden birine müdahale teşkil ettiği durumlarda, bu tedbirin, ilke olarak, ulusal hukukun öngördüğü bir özgürlük kısıtlaması olarak kabul edilemeyeceğini ileri sürmektedir. Dolayısıyla başvuran, tutukluluğunun hukuka aykırı olması sebebiyle, Sözleşme'nin 8. maddesine ilişkin haklarının kısıtlanmasının da kanunla öngörülmüş olduğunun kabul edilemeyeceğini ileri sürmüştür. Başvuran bu hususlara dayanarak, Mahkemeyi, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermeye davet etmektedir.

(b) Hükümet

136. Hükümet, başvuranın bağımsızlığının işlevsel niteliğine ve kendisine isnat edilen eylemlerin, Mekanizmanın bir hâkimi olarak gerçekleştirdiği faaliyetleriyle ilgili olmadığına dair görüşlerini yineleyerek, başvuran hakkında başlatılan “soruşturma sürecinin” uluslararası hukuka ve Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamındaki güvencelere uygun olduğunu ileri sürmüştür. Üstelik başvuran evinin aranması veya sorgulanması sırasında diplomatik bağımsızlığını ileri sürmemiştir.

137. Hükümet, aramaların kanunla, yani Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 116 ve 119. maddeleriyle öngörüldüğünü ve mevcut davada olduğu gibi darbe girişiminin ardından yürütülen çok sayıda soruşturmadan kaynaklanan önemli ve acil ihtiyacın bulunduğunu gösteren ve gecikmenin sakıncalı olacağı hallerde bu yetkiye sahip olan Cumhuriyet savcısının verdiği arama emri uyarınca gerçekleştirildiğini ileri sürmüştür. Ayrıca aramalarda, başvuranın ByLock uygulamasını kullandığı cep telefonlarının yanı sıra, bilgisayarlar, flaş bellekler, disketler, videokasetler ve kitaplar gibi deliller de ele geçirilmiştir. Daha sonra Cumhuriyet savcısının yakalama emri, *geriye dönük (ex post facto)* inceleme yapmaya yetkili olan hâkim tarafından onaylanmıştır. Arama şeklindeki müdahale, darbe girişiminin arkasındaki örgüt olan FETÖ/PDY üyeliği iddiasıyla başvuran hakkında başlatılan soruşturma kapsamında gerçekleştirildiği için, kamu güvenliği ve suçun önlenmesi gibi meşru amaçlara ve şüphelinin yakalanması, delil elde edilmesi ve suçların önlenmesi amaçlarına da yöneliktir.

138. Hükümet yukarıda belirtilen arka plan karşısında, arama emrinin, geniş ifadelerle hazırlanmadığını ve aramaların amacı, devam eden soruşturma hakkında bilgi ve yetkili makamların, aramaların başvurana yönelik silahlı terör örgütüne üye

olma suçunu işlediği yönündeki suçlamayla ilgili deliller sağlayacağına inanmalarının nedenleri gibi konuyla ilgili ve yeterli gerekçeler içerdiğini ileri sürmüştür. Ayrıca aramalar muhtar, başvuran ve eşinin huzurunda gerçekleştirilmiştir ve gereğinden uzun sürmemiştir. Dolayısıyla Hükümet, ulusal makamların, arama ve el koyma emrinin çıkarılması için ilgili ve yeterli gerekçeleri sunma görevini yerine getirdikleri ve bunların, başvurayı keyfi uygulamalara karşı korumaya yönelik gerekli güvenceleri içerdiği kanaatindedir.

139. Son olarak Hükümet, başvuranın evinde ve üstünde yapılan aramanın, darbe girişiminin milli güvenlik ve kamu düzeni açısından oluşturduğu tehlikenin tüm boyutlarıyla devam ettiği bir dönemde gerçekleştirildiğini ve darbe girişiminin arkasında olan silahlı terör örgütü FETÖ/PDY ile ilgili bir suç işlendiği şüphesine dayandırıldığını ileri sürmüştür. Hükümet buna dayanarak, Mahkemeyi, Sözleşme'nin 8. maddesi bakımından başvuranın özel hayatına müdahale edildiği iddiasını değerlendirirken, Sözleşme'nin 15. maddesi kapsamında sunduğu derogasyon bildirimini dikkate almaya ve bu şikâyetin açıkça dayanaktan yoksun olduğu veya bu hükmün ihlal edilmediği sonucuna varmaya davet etmiştir.

2. Mahkemenin değerlendirmesi

140. Mahkeme, 21 Eylül 2016 tarihinde başvuranın evinde ve üstünde yapılan aramaların, Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamındaki haklarına, yani özel hayatına ve konutuna saygı hakkına müdahale edilmesini gerektirdiğini kaydetmektedir (bk. *Gillan ve Quinton/Birleşik Krallık*, no. 4158/05, § 63, AİHM 2010 (özetler) ve *Cacuci ve S.C. Virra & Cont Pad S.R.L./Romanya*, no. 27153/07, §§ 69-70, 17 Ocak 2017 ve bir özel şahsın evinin aranmasıyla ilgili olarak bk. *Budak/Türkiye*, no. 69762/12, § 51, 16 Şubat 2021 ve bu kararda yer alan diğer atıflar). Dolayısıyla söz konusu müdahalenin, Sözleşme'nin 8. maddesinin 2. fıkrası kapsamında haklı olup olmadığı, diğer bir deyişle, bu müdahalenin “yasaya uygun” olup olmadığı, söz konusu paragrafta belirtilen meşru amaçlardan bir veya daha fazlasını takip edip etmediği ve söz konusu amaç veya hedeflere ulaşmak için “demokratik bir toplumda gerekli” olup olmadığı belirlenmelidir.

141. Mahkeme, başvuranın diplomatik bağışıklığının kapsamının, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrası uyarınca tutukluluğunun hukuka uygunluğu bağlamında yorumlanmasına ilişkin tespitlerini yinelemektedir. Mekanizma

Statüsü'nün 29. maddesinin 2. fıkrası kapsamında bağışıklığın kapsamı, belirli bir ölçüde Genel Sözleşme ve Diplomatik Sözleşme'nin sırasıyla kişinin dokunulmazlığını ve diplomatik yetkilinin özel ikametgâhını öngören 29 ve 30. maddeleri ile sınırlandırılmıştır.

142. Mahkeme, Hükümetin, aramanın yapıldığı evin, Diplomatik Sözleşme'nin 30. maddesi anlamında başvuranın "özel ikametgâhı" olduğuna itiraz etmediğini kaydetmektedir. Bu bağlamda Mahkeme, Statü'nün, Başyargıcın kararına bağlı olarak Mekanizmanın hâkimlerinin görevlerini, Mekanizmanın birimlerindeki koltuklarından uzakta yerine getirmelerine olanak sağlayan 8. maddesinin 3. fıkrası göz önüne alındığında, başvuranın söz konusu dönemde Mekanizma için uzaktan, memleketi Türkiye'den çalışıyor olması sebebiyle, başvuranın ikamet ettiği yerin ofise benzer bir konumda olduğunu vurgulamaktadır. Bu nedenle, başvuranın ikametgâhı, Sözleşme'nin 8. maddesi uyarınca Mahkemenin içtihadında bir avukatın ofisinin aranması için sağlanan korumaya benzer şekilde, artırılmış bir korumaya tabidir (*bu davaya uygun olduğu ölçüde (mutatis mutandis)* bk. *Kruglov ve diğerleri/Rusya*, no. 11264/04 ve diğer 15 başvuru, § 125, 4 Şubat 2020). Ayrıca Mahkeme, başvuranın evinde yapılan aramada, kendisi hakkında sunulan iddianamenin bir parçasını teşkil etmesi nedeniyle daha sonra ceza yargılamasında da kullanılan bilgisayarlar ve cep telefonlarının yanı sıra iki kitap gibi bazı materyallerin ele geçirildiği gerçeğini göz ardı edemez.

143. Mahkeme, Hükümetin, başvuranın arama sırasında diplomatik bağışıklığını ileri sürmediğine dair iddiasıyla ilgili olarak, Statü'nün 29. maddesinin 2. fıkrası kapsamındaki bağışıklığın (Genel Sözleşme'nin 20. bendi uyarınca) ilgiliye değil, 2016 yılının Ekim ayında Türk makamları önünde ilgilinin bağışıklığını resmen ilan eden BM'ye ait olduğunu belirtmektedir (bk. yukarıda 24. paragraf). Dolayısıyla başvuranın diplomatik bağışıklığını ileri sürmediği iddiasının, ulusal makamların, başvuranın evinde ve üstünde arama yaparken uluslararası hukuka uygun hareket edip etmediği sorusuyla pek ilgisi yoktur. Başka bir deyişle, başvuran söz konusu aramalar sırasında, diplomatik bağışıklığını ileri sürmediği için diplomatik bağımsızlığından muaf tutulamaz. Hükümet, ulusal makamların, başvuranı BM nezdindeki diplomatik bağışıklığından usulüne uygun

olarak muaf tuttuklarını iddia etmemiştir ve BM ve başvuranın bu aramalara *geriye dönük (ex post facto)* rıza göstermediği açıktır. Yukarıda belirtilenler ışığında Mahkeme, Hükümetin, başvuranın aramalar sırasında diplomatik bağışıklığını ileri sürmediği yönündeki iddiasını reddetmektedir. Üstelik başvuranın evinde yapılan arama sırasında bulunan eşyalara el konulmasının hukuka uygunluğunu denetleyen Sulh Ceza Hâkimliği veya başvuranın bu bağlamdaki şikâyetini Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında inceleyen Anayasa Mahkemesi, başvuranın evinin aranmasıyla ilgili olarak bu aramanın, sahip olduğu diplomatik bağışıklığa uygun olup olmadığı konusuna değinmemiştir (bk. yukarıda 17 ve 66. paragraflar).

144. Mahkeme, yukarıda belirtilenler ışığında ve Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrası uyarınca yaptığı değerlendirme bağlamında başvuranın diplomatik bağışıklığına ilişkin bulgularını hatırlatarak, başvuranın Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamındaki haklarına yapılan müdahalenin, aynı hükmün ikinci paragrafı uyarınca “kanunla öngörülmüş” olduğunun kabul edilemeyeceği sonucuna varmıştır. Benzer şekilde, söz konusu aramalar, Sözleşme'nin 15. maddesi anlamında Türkiye'nin “uluslararası hukuk kapsamındaki diğer yükümlülükleri” ile bağdaşmaması sebebiyle, 15. madde açısından haklı gösterilmemiştir.

145. Buna göre, Sözleşme'nin 8. maddesi ihlal edilmiştir.

IV. SÖZLEŞME'NİN 41 VE 46. MADDELERİNİN UYGULANMASI

A. Sözleşme'nin 46. maddesi

146. Sözleşme'nin 46. maddesinin ilgili kısımları şu şekildedir:

“1. Yüksek Sözleşmeci Taraflar, taraf oldukları davalarda Mahkemenin verdiği kesinleşmiş kararlara uymayı taahhüt ederler.

2. Mahkemenin kesinleşen kararı, infazını denetleyecek olan Bakanlar Komitesine gönderilir.

...”

147. Başvuran, tutukluluğunun, yalnızca bir suç işlediği iddiasına ilişkin makul bir şüphenin bulunmaması sebebiyle değil, aynı zamanda uluslararası hukuk ihlal edilerek diplomatik bağışıklığının kaldırılmasından da kaynaklanması sebebiyle, davasının diğer hukuka aykırı tutukluluk davalarından önemli ölçüde farklı olduğunu ileri sürmüştür. Başvurana göre, bu ikinci husus, yalnızca başvuranın tutukluluğunu hukuka aykırı kılmakla kalmamış, aynı zamanda

kendisine karşı yürütülen ceza davasının tamamını da geçersiz kılmıştır. Başvuran, hakkında verilen mahkûmiyet kararı kesinleştikten sonra ceza infaz kurumuna götürülmüştür ve söz konusu tarihte Rize Ceza İnfaz Kurumunda halen cezasını çekmekteydi. Başvuran bu sebeple, özgürlüğünden yoksun bırakılmasının, hakkında verilen mahkûmiyet kararına dayanmasına rağmen, hem tutukluluğunun hem de hakkında verilen mahkûmiyet kararının, diplomatik bağışıklığının ihlal edilmiş olması sebebiyle kusurlu olduğunu ve aynı olgusal bağlama ilişkin gerekçelerle sürekli olarak özgürlüğünden yoksun bırakılmasının, “haklarının ihlalinin uzamasına ve davalı Devletin Sözleşme’nin 46. maddesinin 1. fıkrası uyarınca Mahkeme kararına uyma yükümlülüğünün ihlal etmesine yol açtığını ileri sürmüştür. Başvuran bu bağlamda, Mahkemeden derhal serbest bırakılmasını talep etmiştir.

148. Hükümet, bu konu hakkında herhangi bir görüş sunmamıştır.

149. Mahkeme, Sözleşme’nin 5. maddesine ilişkin ihlal tespitlerinin, başvuranın 14 Haziran 2017 tarihinde ilk derece mahkemesinin kendisini serbest bırakma kararıyla sona eren tutukluluk süreciyle ilgili olduğunu; mevcut özgürlükten yoksun bırakılmasının ise kendisine Yargıtay tarafından 10 Şubat 2021 tarihinde verilen cezanın infazından kaynaklandığını kaydetmektedir. Diğer bir deyişle, başvuranın tutukluluğuna ilişkin hukuki rejim ile mevcut özgürlüğünden yoksun bırakılmasına ilişkin hukuki rejim farklıdır. Bununla birlikte Mahkeme, Üye Devletlerin, tespit edilen ihlale son vererek ve ihlalden önceki durumu mümkün olduğunca eski haline getirecek şekilde sonuçlarını telafi ederek, eski halin iadesini sağlamakla yükümlü olduklarını hatırlatmaktadır (diğer birçok karar arasında bk. *Yüksel Yalçınkaya/Türkiye* [BD], no. 15669/20, § 404, 26 Eylül 2023). Bu bağlamda Mahkeme, başvuranın evinin ve üstünün aranmasının Sözleşme’nin 8. maddesi bakımından ayrı bir ihlale yol açtığını gözlemlemektedir; bu durum, davalı Devletin, Sözleşme’nin 46. maddesi kapsamındaki yükümlülüklerine uygun hareket etmesi için gerekli adımları atmasını gerektiren başka bir konudur. Davalı Devlet, ilke olarak, bu adımları atarken, temel amacının *eski hale iade (restitutio in integrum)* olduğunu akılda tutarak ve kararın icrasının iyi niyetle ve hükmün “sonuçlarına ve ruhuna” uygun olarak gerçekleştirilmesi koşuluyla, söz konusu

hüküm kapsamındaki hukuki yükümlülüğünü yerine getireceği araçları seçmekte özgürdür.

150. Mahkeme, yukarıda belirtilen hususlar ışığında ve Sözleşme'nin tüm yapısının dayandığı genel varsayım, yani Sözleşmeci Devletlerdeki kamu makamlarının Sözleşme'nin gerekliliklerine ve Mahkemenin tespitlerine uyma konusunda iyi niyetle hareket ettiği dikkate alındığında, başvuranın Sözleşme'nin 46. maddesi kapsamındaki özel talebini kabul edememektedir.

B. Sözleşme'nin 41. maddesi

151. Sözleşme'nin 41. maddesi aşağıdaki gibidir:

“Eğer Mahkeme bu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldırıabiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören taraf lehine adil bir tazmin verilmesine hükmeder.”

1. Tazminat

152. Başvuran, uluslararası bir uzman olarak bütün mesleki olanaklarını kaybettiği ve bunun sonucunda tutuklu kaldığı her yıl için en az 30.000 avro kaybettiği gerekçesiyle, maddi tazminat olarak 150.000 avro (EUR) talep etmiştir. Ayrıca başvuran, neredeyse bir yıldır yalnızca özgürlüğünden yoksun bırakılmakla kalmadığını, aynı zamanda uluslararası bir hâkim olarak itibarını da kaybettiğini ileri sürerek, manevi tazminat olarak 110.000 avro (EUR) talep etmiştir.

153. Hükümet bu miktarların aşırı, dayanaktan yoksun ve benzer davalarda hükmedilen miktarlarla tutarsız olduğunu iddia ederek, başvuranın tazminat taleplerine itiraz etmektedir.

154. Mahkeme, başvuranın, iddia ettiği maddi kaybını destekleyen herhangi bir belge sunmadığı gerekçesiyle, bu talebi reddettiğini kaydetmektedir. Ancak Mahkeme, mevcut dava kapsamında tespit edilen birden fazla ihlal dikkate alındığında, hükmedilen miktar üzerinden doğabilecek her türlü vergi hariç olmak üzere, başvurana manevi tazminat olarak 21.100 avro ödenmesine karar vermiştir.

2. Masraf ve giderler

155. Başvuran ayrıca, Mahkeme huzurunda yapılan masraf ve giderler için, saati 100 avro olmak üzere yetmiş saatlik avukatlık hizmeti karşılığında 7.000 avro talep etmiştir. Başvuran bu talebini desteklemek için, avukatı tarafından hazırlanan ve mevcut davayla bağlantılı farklı hukuki görevlere harcanan saatleri gösteren,

avukatlık ücret sözleşmesini ve bu bağlamda yapılan masrafların ayrıntılı bir çizelgesini sunmuştur.

156. Hükümet, başvuranın, avukatlık ücreti sözleşmesinde veya masraf çizelgesinde belirtilen tutarları, fiilen ödediğine dair herhangi bir belgeli kanıt sunmadığını ileri sürerek, bu talebe itiraz etmiştir. Ayrıca Hükümet, davanın karmaşık nitelikte olmadığı ve sınırlı sayıda konunun incelendiği göz önüne alındığında, mevcut başlık altında sunulan talebin aşırı yüksek ve dayanaktan yoksun olduğunu ileri sürmektedir.

157. Mahkemenin içtihadına göre bir başvuran, ancak masraf ve giderlerin fiilen ve zorunlu olarak yapıldığını ve miktar olarak makul olduğunu belgelendirebildiği takdirde bunların kendisine geri ödenmesi hakkına sahiptir. Mahkeme mevcut davada, kendisine sunulan belgeleri ve yukarıda belirtilen kriterleri dikkate alarak, önünde görülen yargılama için talep edilen bu meblağın, hükmedilen miktar üzerinden doğabilecek her türlü vergi hariç olmak üzere, tamamının ödenmesinin makul olduğu kanaatindedir.

BU GEREKÇELERLE, MAHKEME, OY BİRLİĞİYLE,

1. Başvurunun kabul edilebilir olduğuna;
2. Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının ihlal edildiğine;
3. Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrası kapsamındaki şikâyeti incelemeye gerek olmadığına;
4. Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine;
5. a) Kararın Sözleşme'nin 44. maddesinin 2. fıkrası uyarınca kesinleştiği tarihten itibaren üç ay içerisinde, davalı Devlet tarafından, başvurana, ödeme tarihindeki döviz kuru üzerinden davalı Devletin para birimine çevrilmek üzere, aşağıda belirtildiği gibi:
 - (i) Yansıtılabilecek tüm vergiler hariç olmak üzere, manevi tazminat olarak 21.100 avro (EUR) (yirmi bir bin yüz avro);
 - (ii) Masraf ve giderler için, başvurana yansıtılabilecek vergiler hariç olmak üzere, 7.000 avro (EUR) (yedi bin avro) ödenmesine;
- b) Yukarıda bahsi geçen üç aylık sürenin bittiği tarihten itibaren ödeme gününe kadar geçen sürede, yukarıda belirtilen miktara, Avrupa Merkez

Bankasının marjinal faiz oranına üç puan eklenmek suretiyle elde edilecek oran üzerinden basit faiz uygulanmasına;

6. Başvuranın adil tazmine ilişkin diğer taleplerinin reddedilmesine *karar vermiştir.*

İşbu karar İngilizce dilinde tanzim edilmiş olup, Mahkeme İç Tüzüğü'nün 77. maddesinin 2 ve 3. fıkraları uyarınca 23 Nisan 2024 tarihinde yazılı olarak bildirilmiştir.

Dorothee von Arnim
Yazı İşleri Müdür Yardımcısı

Arnfinn Bårdsen
Başkan

Sözleşme'nin 45. maddesinin 2. fıkrası ve Mahkeme İç Tüzüğü'nün 74. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, işbu karara, Hâkim Schembri Orland'ın da katıldığı Hâkim Krenc'in sunduğu ayrık görüş eklenmiştir.

A.B.

D.V.A.

AYDIN SEFA AKAY/TÜRKİYE KARARI – AYRIK GÖRÜŞ
HÂKİM SCHEMBRI ORLAND’IN DA KATILDIĞI HÂKİM
KRENC’İN SUNDUĞU MUTABAKAT ŞERHİ

1. Mevcut davada yapılan tespitlere ve bu tespitlere dayanak gösterilen gerekçelere katılıyorum. Ancak, önemli olduğunu düşündüğüm bazı hususları vurgulamak isterim.

2. Öncelikle bu dava çok önemli bir konuya, yani uluslararası hâkimlerin bağımsızlığının korunması ve bağışıklıklarına saygı gösterilmesine değinmektedir.

Bugüne kadar Mahkeme, esasen ulusal hâkimlerin bağımsızlığına ilişkin konularda karar vermiştir (örneğin bk. *Baka/Macaristan* [BD], no. 20261/12, 23 Haziran 2016; *Grzęda/Polonya* [BD], no. 43572/18, 15 Mart 2022 ve *Alparslan Altan/Türkiye*, no. 12778/17, 16 Nisan 2019). Bu anlamda mevcut dava, söz konusu konunun spesifik koşullarını aşan yeni bir konuyu gündeme getirmektedir.

Yargı bağımsızlığı ulusal mahkemelerle sınırlı olmayıp, uluslararası hâkimleri de ilgilendirmektedir. Böyle bir bağımsızlık, uluslararası hâkimlerin, yargısal görevlerini yerine getirirken, uyrukları veya ikamet ettikleri Devlet de dâhil olmak üzere, her türlü dış otorite, etki veya baskıdan uzak olmalarını gerektirmektedir.

Bu bağlamda, uluslararası hâkimlere tanınan bağışıklık, yargısal görevlerini yerine getirirken onları keyfi yakalama ve tutuklamalara karşı korumakta ve gereksiz müdahalelere karşı hayati bir güvence görevi görmektedir. Bu, yalnızca hâkimlere özgü bir ayrıcalık olmayıp, hukukun üstünlüğünü sürdürmek ve uluslararası adaletin doğru işleyişini sağlamak için çok önemli bir araçtır.

3. İkinci olarak, mevcut karar, Sözleşme’nin 8. maddesinin, hâkimlerin ikamet yerlerinin korunmasıyla ilgili bir diğer önemli yönüne ilişkin önemli bir rehberlik sağlamaktadır.

Bu karar (bk. 142. paragraf), hâkimlerin ikametgâhlarında gizli belgelerin saklanıyor olabileceğinden, bu yerlerin “daha yüksek düzeyde korunması” gerektiğini haklı olarak vurgulamaktadır.

Bu tür bir koruma, başvuranın uzaktan çalışmasına, yani kendi ülkesinden görevlerini yerine getirmesine izin verildiği için mevcut davada daha da önemli hale gelmiştir.

Hâkimlerin ikametgâhlarının arama ve el koyma işlemlerinden korunması, hâkimlerin bağımsızlığının yanı sıra yargı sürecinin bütünlüğünün korunması açısından da hayati öneme sahiptir.

4. Belirtmek istediğim üçüncü ve son husus, mevcut kararın ulusal makamlar tarafından icrasına ilişkindir.

Mahkeme, Sözleşme’nin hem 5 hem de 8. maddelerinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Sözleşme’nin 5. maddesinin ihlal edildiğine dair tespit, başvuranın dokunulmazlığını ihlal edecek şekilde gerçekleştirilen tutuklama ve özgürlüğünden yoksun bırakmanın, bu hüküm anlamında hukuka uygun olmadığı gerekçesine dayandırılmıştır. Sözleşme’nin 8. maddesinin ihlal edildiğine dair tespit ise, başvuranın evinin aranmasının, bu arama sırasında eşyalara el konulması ve bunların daha sonra ceza yargılamasında kullanılmasının, “kanuna uygun” olduğu kanaatine varılamayan bir müdahale teşkil ettiği gerekçesine dayandırılmıştır.

Mahkemenin yerleşik içtihadına göre, Sözleşme ihlalinin tespit edildiği bir karar, davalı Devlete, ihlali sona erdirmeye ve ihlalden önceki durumu mümkün olduğunca tesis edecek şekilde ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırma yönünde yasal bir yükümlülük getirmektedir (diğer birçok karar arasında bk. *Assanidze/Gürcistan* [BD], no. 71503/01, § 198, AİHM 2004-II; *Kurić ve diğerleri/Slovenya* (adil tazmin) [BD], no. 26828/06, § 79, AİHM 2014 ve *Molla Sali/Yunanistan* (adil tazmin) [BD], no. 20452/14, § 32, 18 Haziran 2020).

Sonuç olarak, telafinin, başvuranı Sözleşme’nin 5 ve 8. maddelerinin ihlal edilmediği önceki duruma getirmeyi amaçlaması gerektiği kanaatindeyim.

Sözleşme’nin teorik ve hayali değil, pratik ve etkili hakları garanti altına aldığını hatırlatmak gerekmektedir. Hâkimlerin bağımsızlığı boş bir kabuk olarak görülemez.