



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

## SABUNCU VE DİĞERLERİ v. TÜRKİYE DAVASI

(Başvuru no. [23199/17](#))

KARAR

STRAZBURG

10 KASIM 2020

*İşbu karar, Sözleşme'nin 44 § 2 maddesinde öngörülen koşullar çerçevesinde kesinleşecektir.*

*Bazı şekli değişikliklere tabi tutulabilir.*

## **Sabuncu ve Diğerleri v. Türkiye davasında,**

*Başkan*

Jon Fridrik Kjølbro,

*Hâkimler*

Marko Bošnjak,

Egidijus Kūris,

Ivana Jelić,

Arnfinn Bårdsen,

Saadet Yüksel,

Peeter Roosma

*ve Bölüm Yazı İşleri Müdürü* Hasan Bakırcı'nın katılımıyla Daire olarak

toplanan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İkinci Bölüm),

29 Eylül 2020 tarihinde yapılan kapalı müzakere sonrasında,

Bu tarihte kabul edilen aşağıdaki kararı vermiştir:

### USUL

1. Davanın temelinde, 1969 doğumlu Mehmet Murat Sabuncu, 1963 doğumlu Akın Atalay, 1956 doğumlu Önder Çelik, 1946 doğumlu Turhan Günay, 1959 doğumlu Mustafa Kemal Güngör, 1961 doğumlu Ahmet Kadri Gürsel, 1963 doğumlu Hakan Karasinir, 1954 doğumlu Hacı Musa Kart, 1949 doğumlu Güray Tekin Öz ve 1955 doğumlu Bülent Utku isimli on Türkiye vatandaşı tarafından, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına ilişkin Sözleşme'nin ("Sözleşme") 34. maddesine uygun olarak, 2 Mart 2017 tarihinde, Türkiye Cumhuriyeti Devleti aleyhine Mahkemeye yapılmış olan bir başvuru (no. [23199/17](#)) bulunmaktadır.

2. Başvurucular, İstanbul'da avukatlık yapan Avukat F. İlkiz tarafından temsil edilmiştir. Türk Hükümeti ("Hükümet") ise kendi görevlisi tarafından temsil edilmiştir.

3. 8 Haziran 2017 tarihinde başvuru Hükümet'e bildirilmiştir.

4. Hükümet ve başvurucular davanın kabul edilebilirliği ve esasına ilişkin görüşlerini yazılı olarak sunmuştur.

5. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri ("İnsan Hakları Komiseri") yargılamalara müdahalede bulunma hakkını kullanarak dava hakkındaki yorumlarını ibraz etmiştir (Sözleşme'nin 36 § 3 maddesi ve Mahkeme İç Tüzüğü'nün 44 § 2 maddesi).

6. Ek olarak, düşünce ve ifade özgürlüğü hakkının korunması ve geliştirilmesi üzerine Birleşmiş Milletler Özel Raöportörü ve isimleri

belirtilen sivil toplum kuruluşları tarafından Mahkeme'ye üçüncü taraf görüşleri ibraz edilmiştir: ARTICLE 19, Avrupa Gazeteciler Derneği, Gazetecilerin Korunması Komitesi, İnsan Hakları İzleme Örgütü, Index on Censorship, Uluslararası Gazeteciler Federasyonu, Uluslararası Basın Enstitüsü, Uluslararası PEN, Sınır Tanımayan Gazeteciler ("müdâhil taraf olan sivil toplum kuruluşları"). Bölüm Başkanı, Özel Raportör'ün ve söz konusu kuruluşların Sözleşme'nin 36 § 2 maddesi ve Mahkeme İç Tüzüğü'nün 44 § 3 maddesi kapsamında müdâhil olması için izin vermiştir.

7. Hükümet, müdâhil tarafların görüşlerine cevap vermiştir.

8. 11 Temmuz 2019 tarihinde Hükümet, Anayasa Mahkemesi'nin başvurucuların bireysel başvurularına ilişkin karar verdiğini bildirmiştir. Başvurucular bu karara dair yorumlarını iletmiştir.

## OLAYLAR

### I. DAVANIN KOŞULLARI

Başvurucular ulusal günlük *Cumhuriyet* gazetesinde gazeteci ya da Cumhuriyet Vakfı'nda yöneticidir. *Cumhuriyet* Gazetesi, 1924 yılında kurulmuş, Türkiye'nin en eski gazetelerinden biridir. Mevcut hükümete karşı eleştirel yayın politikasıyla ve özellikle, laiklik ilkesine bağlılığıyla bilinmektedir.

#### **A. Başvurucuların özgürlüklerinden alıkonulması**

##### *1. Gözaltı*

Başvurucular, o sırada yurtdışında olan Akın Atalay dışında, 31 Ekim 2016 tarihinde gözaltına alınmıştır. Başvurucular, Hükümet tarafından terör örgütü olarak kabul edilen PKK/KCK ve Türkiye yetkilileri tarafından FETÖ/PDY olarak anılan örgütlerine üye olma ve bu örgütlerin propagandasını yapma suçlarıyla suçlanmıştır.

Aynı gün, İstanbul savcılığının kararıyla, başvurucuların evlerinde arama yapılmış, bilgisayarlarına ve diğer teknolojik ekipmanlarına el konulmuştur.

Aynı gün başvurucular gözaltı kararına itiraz etmiş, bu itiraz, 2 Kasım 2016 tarihinde İstanbul 4. Sulh Ceza Hakimliği tarafından reddedilmiştir.

4 Kasım 2016 tarihinde başvurucular, savcılığa çıkartılmıştır. Savcı, başvuruculara ağırlıklı olarak *Cumhuriyet* gazetesinde çıkan haber ve

makalelerle, gazetenin yayın politikasıyla ve reklam gelirleriyle ilgili sorular sormuştur.

İfadelerinin alınmasının ardından savcılık, TCK'nin 220 §§ 7 ve 8. maddeleri uyarınca örgüt üyesi olmamakla birlikte örgüte yardım ettikleri ve örgüt propagandası yaptıkları gerekçesiyle tutuklanmaları talebiyle başvurucuları sulh ceza hakimliğine sevk etmiştir.

11 Kasım 2016 tarihinde başvuru Akın Atalay, Türkiye'ye dönmüştür. Türkiye'ye döndüğünde gözaltına alınan Atalay, 12 Kasım 2016 tarihinde sulh ceza hakimliğine çıkartılmıştır.

## *2. Tutuklama*

Akın Atalay dışındaki bütün başvurucular, 4 Kasım 2016 tarihinde İstanbul 9. Sulh Ceza Hakimliği'ne çıkmıştır. Sorgunun sonunda, 5 Kasım 2016 tarihinde savcının görüşlerini dikkate alarak CMK'nin 100. maddesinde yer alan gerekçelerle başvurucuların tutuklanmasına karar vermiştir. Akın Atalay ise, aynı gerekçelerle, 12 Kasım 2016 tarihinde tutuklanmıştır.

14 Kasım 2016 tarihinde başvurucular, tutuklama kararına birlikte itiraz etmiştir. 18 Kasım 2016 tarihinde İstanbul 10. Sulh Ceza Hakimliği, bu itirazı reddetmiştir.

## **B. Tutukluluk halinin uzatılması**

2 Aralık 2016 tarihinden ilk duruşmanın görüldüğü 28 Temmuz 2017 tarihine kadar başvurucular tarafından yapılan bütün tutukluluk itirazları, tutukluluk halinin devamı kararlarına karşı itirazlar ve tahliye talepleri CMK'nin 100. maddesine dayanarak matbu gerekçelerle reddedilmiştir.

28 Temmuz 2017 tarihli ilk duruşmada başvurucular Önder Çelik, Turhan Günay, Mustafa Kemal Güngör, Hakan Karasinir, Hacı Musa Kart, Güray Tekin Öz ve Bülent Utku tahliye edilmiştir.

25 Eylül 2017 tarihli duruşmada Ahmet Kadri Gürsel; 9 Mart 2018 tarihli duruşmada Mehmet Murat Sabuncu ve 5 Nisan 2018 tarihli duruşmada Akın Atalay tahliye edilmiştir.

## **C.3 Nisan 2017 tarihli iddianame**

3 Nisan 2017 tarihinde iddianame hazırlanmış, kovuşturma aşaması İstanbul 27. Ağır Ceza Mahkemesi önünde başlamıştır. İddianamede temel

olarak “yaklaşık olarak son 3 yıllık dönemde, bilhassa da 15 Temmuz kanlı darbe teşebbüsüne uzanan süreç ve sonrasında gazetenin yayın politikası, Cumhuriyet Vakfı Yönetim Kurulu’nda yaşanan değişikliklerle eşzamanlı olarak, 90 yıllık geçmişin ve kuruluş felsefesinin tam aksi yönde değişime uğradığı” ileri sürülmüştür.

#### **D.Başvuculara verilen cezalar**

25 Nisan 2018 tarihinde İstanbul 27. Ağır Ceza Mahkemesi, TCK’nin 220 § 7. maddesinde düzenlenen örgüt üyesi olmamakla birlikte örgüte yardım etme suçunun işlendiğine karar vermiştir. Buna göre, Mehmet Murat Sabuncu 7 yıl 6 ay; Akın Atalay 8 yıl 1 ay 15 gün; Bülent Utku 4 yıl 6 ay; Ahmet Kadri Gürsel 2 yıl 6 ay; Güray Tekin Öz, Önder Çelik, Hacı Musa Kart, Hakan Karasinir ve Mustafa Kemal Güngör 3 yıl 9 ay hapis cezasına çarptırılmıştır. Turhan Günay ise beraat etmiştir.

Karar hem başvuru hem de savcı tarafından istinaf edilmiştir. 18 Şubat 2019 tarihinde İstinaf Mahkemesi, başvuruyu reddetmiştir.

#### **E.Yargıtay’a temyiz başvuruları**

12 Eylül 2019 tarihinde Yargıtay 16. Ceza Dairesi, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı’nın tebliğnamesine uyarak terör örgütüne yardım suçundan verilen mahkumiyet kararını bozmuştur.

Bozma sonrası 21 Kasım 2019 tarihinde İstanbul 27. Ağır Ceza Mahkemesi, Ahmet Kadri Gürsel’in beraatine karar vermiştir. Aynı kararda, 27. Ağır Ceza Mahkemesi, Yargıtay’ın bozma kararına karşı 18 Şubat 2019 tarihli mahkumiyet kararında direnmiştir. Mehmet Murat Sabuncu 7 yıl 6 ay; Akın Atalay 8 yıl 1 ay 15 gün; Bülent Utku 4 yıl 6 ay; Güray Tekin Öz, Önder Çelik, Hacı Musa Kart, Hakan Karasinir ve Mustafa Kemal Güngör 3 yıl 9 ay hapis cezasına çarptırılmıştır. Dava hala Yargıtay önündedir.

#### **F.Anayasa Mahkemesi’ne yapılan bireysel başvurular**

Başvurucular, 26 Aralık 2016 tarihinde Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruda bulunmuştur. Başvurucular, özgürlük ve güvenlik hakkının ve ifade ve basın özgürlüğünün ihlal edildiğini iddia etmiştir. Başvurucular ayrıca gözaltına alınıp tutuklanmalarının Anayasa ve

Sözleşme’de öngörülen amaçlardan başka bir amaca dayandığını ileri sürmüştür.

Anayasa Mahkemesi, Turhan Günay’ın başvurusu hakkında 11 Ocak 2018 tarihinde, diğer başvuruçuların başvuruları hakkında ise 2 ve 3 Mayıs 2019 tarihinde kararını açıklamıştır. Mehmet Murat Sabuncu, Akın Atalay, Önder Çelik, Mustafa Kemal Güngör, Hakan Karasinir, Hacı Musa Kart, Güray Tekin Öz ve Bülent Utku’nun başvurularında Anayasa Mahkemesi, oy çokluğuyla, Anayasa’nın 19. maddesinde düzenlenen kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ve 26 ve 28. maddelerinde düzenlenen ifade ve basın özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Turhan Günay ve Ahmet Kadri Gürsel’in başvurularında ise, ilk başvuruda oy birliğiyle, ikinci başvuruda ise oy çokluğu ile, yukarıda geçen maddelerin ihlal edildiğine karar verilmiştir.

## HUKUK

### I. TÜRKİYE’NİN SÖZLEŞME’Yİ ASKIYA ALMASI İLE İLGİLİ İLK SORU

106. Hükümet, başvuruçuların tüm şikâyetlerinin, Sözleşme’nin 15. maddesi uyarınca Avrupa Konseyi Genel Sekreteri’ne 21 Temmuz 2016 tarihinde bildirilen askıya alma tedbirine uygun olarak incelenmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu hususta Hükümet, Sözleşme’de yer alan askıya alma hakkını kullanarak Türkiye’nin Sözleşme’nin hükümlerini ihlal etmediğini ifade etmiştir. Bu bağlamda, askeri darbe girişiminin sebep olduğu risklerin ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlikeye neden olduğunu ve devlet yetkilileri tarafından tehlike karşısında alınan tedbirlerin, kesin olarak durumun sebep olduğu gereklilikler olduğunu belirtmiştir.

107. Başvuruçular Hükümet’in argümanlarına karşı çıkmıştır. Sözleşme’nin 15. maddesinin uygulanmasının, 5. madde altındaki bütün güvenceleri ortadan kaldırma sonucunu doğurmayacağını belirtmiştir. Başvuruçular, bir suç işlediklerini gösteren makul bir şüphe olmadığını, kendi ayaklarıyla polis karakoluna gidip ifade verdiklerini ve hatta başvuruçucu Akın Atalay’ın bu sebeple yurtdışından döndüğünü belirtmiştir.

108. Mahkeme, başvuruçuların tutukluluklarının olağanüstü hal dnmünde gerçekleştiğini gözlemlemiştir. Ayrıca, ceza yargılamasının bu dönemi de aştığını not etmiştir.

109. Bu noktada, Mahkeme, *Mehmet Hasan Altan* (no. [13237/17](#), § 93, 20 Mart 2018) kararında, askeri darbe girişiminin, Sözleşme anlamı

dâhilinde, "ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlikenin" varlığını ortaya koyduğu kanaatine vardığını hatırlatmaktadır. Koşulların mevcut davada alınan tedbirleri kesin olarak gerektirip gerektirmediği ve bu tedbirlerin uluslararası hukuk kapsamında yer alan diğer yükümlülüklerle uyumlu olup olmadığı hususunda ise, Mahkeme, başvurucuların şikâyetlerinin esasını incelemenin gerekli olduğu kanaatindedir ve bu incelemeyi aşağıda yapacaktır:

## II. HÜKÜMET'İN İLK İTİRAZLARI

### A.Sözleşme'nin 35 § 2 (b) maddesi kapsamındaki itiraz

110. Hükümet, Sözleşme'nin 35 § 2 (b) maddesinin anlamı dâhilinde başvurucuların şikâyetlerini uluslararası başka bir soruşturma veya çözüm mercii olan Birleşmiş Milletler Keyfi Tutuklamalar Çalışma Grubu'na ("KTÇG") sunduğunu ileri sürmüştür. Hükümet görüşünde, her ne kadar KTÇG'ye başvuru, bir sivil toplum kuruluşu tarafından yapılmış olsa da, başvuruculardan belirli detaylar almadan bu başvurunun yapılamayacağını belirtmiştir. Ayrıca, başvurucular daha önce başka bir uluslararası organa başvuru yaptıklarını Mahkeme'ye bildirmemiştir, ki bu Mahkeme'ye bireysel başvuru hakkının kötüye kullanılması anlamına gelmektedir. Sözleşme'nin 35. maddesinin ilgili kısımları aşağıdaki gibidir:

"... 2. Mahkeme, 34. madde çerçevesinde sunulan herhangi bir bireysel başvuruyu aşağıdaki durumlarda ele almayacaktır:

...

(b) Mahkeme taraflarından önceden incelenmiş ya da uluslararası başka bir soruşturma veya çözüm merciiine sunulmuş bir dava ve esası bakımından aynı olan ve ilgili yeni bir bilgi içermeyen başvurular.

3. Aşağıdaki hallerde Mahkeme, 34. madde uyarınca sunulan bireysel başvuruları kabul edilemez bulabilir:

a) Başvurunun (...) bireysel başvuru hakkının kötüye kullanılması niteliğinde olması (...);

111. Başvurucular, Hükümet'in argümanına itiraz etmiştir. Başvurucular, KTÇG'ye yapılan başvurunun üçüncü bir taraf tarafından, İsveç menşeli Right Livelihood Award Vakfı adına Bay Srinivas tarafından yapıldığını ve kendilerinin uluslararası organlara herhangi bir başvuruda bulunmadığını belirtmiştir. *Cumhuriyet* gazetesi ile ismi geçen vakıf

arasındaki tek bağ, gazetenin önceki sene Right Livelihood ödölünü almış olmasıdır. Hem başvuruçular hem de söz konusu başvuruların içeriği, KTÇG önündeki başvurulardan farklıdır.

112. Mahkeme, KTÇG önündeki usulü daha önce incelediğini ve bu Çalışma Grubu'nun Sözleşme'nin 35 § 2 (b) maddesi bağlamında gerçekten "uluslararası bir soruşturma veya çözüm mercii" olduğu sonucuna vardığını gözlemlemektedir. (bakınız *Peraldi v. Fransa* (kek), no. [2096/05](#), 7 Nisan 2009)

113. İşbu davada Mahkeme, başvuruçuların ya da yakın akrabalarının Birleşmiş Milletler organlarına herhangi bir başvuruda bulunmadığını (karşılaştırın, yukarıda atıf yapılan, *Peraldi*) ya da bu organlar önündeki yargılamalarda aktif olarak yer almadıklarını gözlemlemektedir. Bu bağlamda Mahkeme, yerleşik içtihadı altında, iki kurum önündeki başvuruçuların aynı olmaması halinde (bakınız *Folgerø ve Diğerleri v. Norveç* (kek.), no. [15472/02](#), 14 Şubat 2006, ve *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası v. Türkiye*, no. [20641/05](#), §§ 37), Mahkeme'ye yapılan başvurunun "esas bakımından aynı" olarak değerlendirilemeyeceğini hatırlatmaktadır.

114. Mahkeme ayrıca, bir gazetenin yayın politikası nedeniyle gazetecilerinin ve yöneticilerinin tutuklanmasıyla ilgili bir davanın doğası gereği, basın özgürlüğü alanında çalışan sivil toplum kuruluşlarının bu olaylara karşı endişelenmesinin ve haksız olduğuna inandıkları bir müdahaleyi sona erdirmek için kendiliğinden inisiyatif almasının, hayatın doğal akışına uygun olduğunu düşünmektedir.

115. Hükümet'in başvuruçuların KTÇG önündeki süreci Mahkeme'ye bildirmemeleri nedeniyle bireysel başvuru haklarını kötüye kullandıkları argümanı yönünden ise Mahkeme, söz konusu sürecin başvuruçuların katılımı olmadan başlatıldığı ve yürütüldüğü bulgusunu hatırlatmaktadır. Mahkeme ayrıca, yargısal makamların KTÇG'nin kararlarını dikkate almadığını ve kullanmadığını not etmektedir. Her ne kadar başvuruçuların tutukluluğunun hukuka aykırı olduğuna karar vermiş olsalar da, bu bulgular, iç hukukta başvuruçular için "hükümsüz" kalmıştır. Mahkeme'ye göre, bu nedenle, başvuruçuların KTÇG önündeki süreçten haberdar etmemesi nedeniyle başvuruçuların bireysel başvuru hakkını kötüye kullandığı söylenemez.



## B.Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvurulara ilişkin itirazlar

116. Hükümet, temel olarak Mahkeme'nin *Uzun v. Türkiye* ((kek.), no. [10755/13](#), 30 Nisan 2013) ve *Mercan v. Türkiye* ((kek.), no. [56511/16](#), 8 Kasım 2016) kararlarındaki bulgulara dayanarak, başvuru sahibinin Anayasa Mahkemesi önünde bireysel başvuru yolunu tüketmediklerini iddia etmiştir.

117. Başvuru sahipleri, Hükümet'in argümanına itiraz etmiştir.

118. Mahkeme, başvuru sahibinin iç hukuk yollarını tüketme yükümlülüğünün, ilke olarak Mahkeme'ye başvuru yapmış olduğu tarihte değerlendirildiğini hatırlatmaktadır. (bakınız *Baumann v. Fransa*, no. [33592/96](#), § 47) Bununla birlikte Mahkeme, belirli bir hukuk yolunun son aşamasının başvuru yapıldıktan sonra ancak başvurunun kabul edilebilirliğine dair karar verilmeden önce tamamlanabileceğini kabul etmektedir. (bakınız *Karoussiotis v. Portekiz*, no. [23205/08](#), § 57; *Stanka Mirković ve Diğerleri v. Karadağ*, nos. [33781/15](#) ve diğer 3 numara, § 48, 7 Mart 2017; ve *Azzolina ve Diğerleri v. İtalya*, nos. [28923/09](#) ve [67599/10](#), § 105, 26 Ekim 2017)

119. Mahkeme, başvuru sahiplerinin 26 Aralık 2016 tarihinde Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunduğunu, Anayasa Mahkemesi'nin bu başvuruların esası hakkında 11 Ocak 2018, 2 ve 3 Mayıs 2019 tarihlerinde karar verdiğini gözlemlemektedir.

120. Dolayısıyla Mahkeme, Turhan Günay ve Ahmet Kadri Gürsel dışındaki başvuru sahipleri hakkında Hükümet tarafından ileri sürülen itirazı reddetmektedir.

121. Bu iki başvuru sahibinin (Turhan Günay ve Ahmet Kadri Gürsel) durumunda Mahkeme, Mahkeme önündeki mevcut başvurudaki olgulara ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin sırasıyla 11 Ocak 2018 ve 2 Mayıs 2019 tarihlerinde Anayasa'nın 19. maddesinin (kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı) ve ayrıca yalnızca Ahmet Kadri Gürsel için Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinin (ifade özgürlüğü ve basın özgürlüğü) ihlal edildiğine karar vermesi nedeniyle, -ayrıca, manevi tazminat talebinde de bulunmayan- bu iki başvuru sahibinin artık mağdur olarak kabul edilemez.

Bu sebeple, Anayasa Mahkemesi'nin tutukluluğun hukuka uygun olup olmadığına dair başvurularını makul bir sürede incelemesine ilişkin (Sözleşme'nin 5 § 4 maddesi) şikâyetleri dışında, iki başvuru sahibi bakımından (Turhan Günay ve Ahmet Kadri Gürsel) başvurunun kabul edilemez bulunması gerekmektedir.

### C.Tazminat talebi yolunun tüketilmemesi itirazı

122. Hükümet, başvurucuların tutuklanmasına ilişkin şikâyetlerle ilgili olarak, CMK'nin 141 § 1 maddesinin a) ve b) bentleri uyarınca tazminat talebinde bulunma imkânları olduğunu belirtmektedir. Hükümet, başvurucuların bu hükme dayanarak tazminat davası açabileceği ve açmış olması gerektiği kanaatindedir.

123. Başvurucular, Hükümet'in argümanına itiraz etmektedir. Başvurucular, özellikle, tazminat davasının tutukluluklarının hukuka aykırılığı şikâyetleriyle ya da serbest kalmalarıyla ilgili makul bir başarı şansı sunmadığını ileri sürmektedir.

124. Başvurucuların tutuklu oldukları döneme ilişkin olarak Mahkeme, devam etmekte olan özgürlükten yoksun bırakmanın hukuka uygun olmasını amaçlayan bir başvuru yolunun etkili bir yol olabilmesi için, özgürlükten yoksun bırakmanın sonlandırılması imkânını sunması gerektiğini hatırlatmaktadır. (bakınız *Gavril Yossifov v. Bulgaristan*, no. 74012/01, § 40, 6 Kasım 2008 ve yukarıda atıf yapılan *Mustafa Avci v. Türkiye*, no. 39322/12, § 60, 23 Mayıs 2017) Mahkeme, CMK'nin 141. maddesinde düzenlenen başvuru yolunun, başvurucuların tutukluluğuna son verebilecek bir hukuk yolu olmadığını not etmektedir.

125. Başvurucuların tahliye edildiği döneme ilişkin olarak ise Mahkeme, başvurucuların Sözleşme'nin 5. maddesi altındaki şikâyetlerinin tahliye oldukları sırada halihazırda Anayasa Mahkemesi önünde olduğunu not etmektedir. Anayasa Mahkemesi, bu şikâyetlerin esasını incelemiş ve 2 ve 3 Mayıs 2019 tarihi kararlarında bu şikâyetleri reddetmiştir.

126. Mahkeme, Anayasa Mahkemesi'nin Türkiye yargı sistemi içerisindeki hiyerarşisini ve yetkisini ve Anayasa Mahkemesi'nin bu şikâyetlere ilişkin vardığı sonucu dikkate alarak, CMK'nin 141. maddesi altında tazminat talebinin o dönem ve hala bir başarı sunmadığına karar vermiştir. (benzer bir yönden bakınız, *Pressos Compania Naviera S.A. ve Diğerleri v. Belçika*, 20 Kasım 1995, § 27, Series A no. 332, ve *Carson ve Diğerleri v. Birleşik Krallık* [BD], no. [42184/05](#), § 58). Dolayısıyla Mahkeme, başvurucuların tahliye olduktan sonra bile bu tazminat yolunu tüketmek zorunda olmadıklarına karar vermiştir.

127. Hükümet tarafından ileri sürülen bu itirazın bu nedenle reddedilmesi gerekmektedir.

### III. SÖZLEŞME'NİN 5 §§ 1 VE 3. MADDELERİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

1. Başvurucular (Turhan Günay ve Ahmet Kadri Gürsel hariç), ilk ve devam eden tutukluluk hallerinin keyfi olduğundan şikâyetçi olmuşlardır. Özellikle, yargılama öncesi tutukluluklarını emreden ve uzatan adli kararların bir suç işlediklerine dair makul bir şüpheye dayanan herhangi bir somut kanıtı dayanmadığını iddia etmişlerdir. İddialarına göre, kendilerine yöneltilen şüphelerin dayandırıldığı olgular, yalnızca gazeteci olarak faaliyetlerinin kapsamına giren eylemlerle ve dolayısıyla ifade özgürlükleriyle ilgilidir.

2. Bu bağlamda, Sözleşme'nin 5 §§ 1 ve 3. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmişlerdir ve sözleşmenin ilgili kısımları aşağıdaki gibidir:

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

...

c) Kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inan- dırıcı 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;

...

3. Bu maddenin 1.c fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutuklanan herkes..... makul bir süre içinde yargılanma ya da yargılama süresince serbest bırakılma hakkına sahiptir. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminat şartına bağlanabilir.”

#### A. Kabul Edilebilirlik

3. Mahkeme, iddialarının kabul edilemez olduğu beyan edilen başvurucular Turhan Günay ve Ahmet Kadri Gürsel'in iddiaları hariç olmak üzere, bu şikâyetlerin Sözleşme'nin 35 § 3 (a) maddesi anlamında açıkça dayanaktan yoksun olmadığını ve başka gerekçelerle kabul edilemez

olmadığını kaydeder. Bu nedenle bu iddiaların kabul edilebilir olduklarına karar verilmelidir.

## **B. Esas**

### *1. Tarafların beyanları*

#### **(a) Başvurucular**

4. Başvurucular, itham edildikleri suçları işledikleri konusunda tarafsız bir gözlemciyi tatmin edecek hiçbir olgu veya bilginin bulunmadığını ileri sürmüşlerdir. Haklarındaki şüphelerin dayandığı olgular, çalıştıkları Cumhuriyet gazetesinin ilke olarak gazetecilik faaliyeti kapsamındaki eylemlerle ilgilidir. Savcılığın ileri sürdüğü diğer iddiaların gerçekte hiçbir dayanağı yoktur. Bu durum, örneğin , FETÖ örgütüyle yakın bağları olan şirketlerin reklam alanı satın alarak *Cumhuriyet'e* finansman sağladıkları iddiası için geçerlidir, çünkü bu işlemler bu şirketlerin reklam harcamalarının yüzde birinden fazlasını oluşturmamaktadır.

5. Başvurucular ayrıca, ilk ve devam eden tutukluluklarının iç hukuk hükümlerine aykırı ve dolayısıyla kanunsuz olduğunu düşündükleri yönlerine de işaret etmişlerdir. Birincisi, başvurucular bu örgütlere üye olmadıkları halde terör örgütleri adına faaliyette buldukları şüphesiyle tutuklanmış olsalar da, tutuklu yargılanma kararlarında verilen gerekçeler terör örgütleri lehine propagandaya (CMK madde 220 § 8'de öngörülen suç) atıfta bulunmuş ve başvuruculara yönelik ana şüpheleri hiçbir şekilde haklı çıkarmamıştır. İkincisi, başvuruculara yönelik şüpheler, CMK'ya aykırı olarak kişiselleştirilmemiştir. Her bir başvurucunun adına ayrı bir tutukluluk kararı düzenlenmiş olmasına rağmen, hepsi, yönetici pozisyonları nedeniyle gazetenin yayın politikasının genel sorumluluğu ile suçlanmışlardır. Üçüncüsü, Basın Kanunu'na göre, gazetelerin sahipleri ve baş editörleri, yazıların yazarları tespit edilmedikçe suç teşkil eden yazılardan sorumlu değildir. Dolayısıyla tutukluluk kararlarında ve iddianamede atıfta bulunulan maddelere ilişkin cezai sorumlulukları söz konusu olmamalıdır. Başvurucular, başvuru Mehmet Murat Sabuncu'nun 1 Eylül 2016 tarihinde gazetenin yayın müdürü olarak atandığını ve başvuru Kadri Gürsel'in 20 Eylül 2016 tarihi itibarıyla yazı işleri danışmanı olduğunu ve şikâyet edilen yazıların bu tarihlerden önce yazılmış olduğunu eklemişlerdir.

Başvurucular, yargılama öncesi tutukluluklarının devam etmesine ilişkin olarak adli makamlar tarafından verilen gerekçelere de itiraz etmişlerdir.

## (b) Hükümet

6. Hükümet, Mahkeme'nin bu alandaki içtihatlarında belirlenen ilkelere atıfta bulunarak (*Fox, Campbell ve Hartley v. Birleşik Krallık*, 30 Ağustos 1990, § 32, Series A no. 182 ve *İpek ve diğerleri v. Türkiye*, no. 17019/02 ve 30070/02, 3 Şubat 2009), öncelikle başvuruçuların terör örgütleriyle mücadele kapsamında başlatılan cezai soruşturma sırasında gözaltına alındıklarını ve tutuklandıklarını belirtmiştir.

7. Soruşturma dosyasındaki bilgilere göre, başvuruçularla ilgili soruşturmanın dayanağı, çalıştıkları gazetenin iç savaşı kışkırtmak ve ülkeyi 15 Temmuz 2016 öncesinde ve sonrasında yönetilemez kılmak amacıyla FETÖ/PDY, PKK ve DHKP/C gibi terör örgütlerinin hedeflerine uygun hareket etmesine yönelik şüphedir.

8. Hükümet, FETÖ/PDY örgütünün tamamen yeni türden alışılmadık bir terör örgütü olduğunu vurgulamıştır. İlk olarak, söz konusu örgüt, üyelerini tüm devlet kurum ve kuruluşlarına, yani yargıya, kolluk kuvvetlerine ve silahlı kuvvetlere görünüşte hukuka uygun bir şekilde yerleştirmiştir. Ayrıca kitle iletişim araçları, sendikalar, finans sektörü ve eğitim dâhil her alanda kendi teşkilatını kurarak paralel bir yapı oluşturmuştur. İkincisi, FETÖ/PDY, basının kendi örgütünün bir parçası olmayan bölümlerine üyelerini sinsice yerleştirerek, bilinçaltı mesajları kamuoyuna iletmek ve böylece kamuoyunu kendi amaçları doğrultusunda manipüle etmek için yayınladıkları materyalleri yönlendirmeye çalışmıştır.

9. Hükümetin görüşüne göre, PKK terör örgütünün nihai amacı Abdullah Öcalan ve arkadaşları tarafından 1978 yılında örgütü kurduklarında tesis edilmiştir. Bu amaç, Marksist-Leninist ilkelere dayalı, Türkiye'nin doğu ve güneydoğusu ile Suriye, İran ve Irak'ın bazı kısımlarını kapsayan bağımsız bir Kürdistan Devleti kurmaktır. KCK, Kürt toplumunun PKK'nın nihai hedefi doğrultusunda idari ve yargı yapıları aracılığıyla yeniden yapılandırılmasına yönelik siyasi bir modeldir. Hükümete göre, PKK ve alt grupları Türkiye'nin çeşitli bölgelerinde yaşam hakkını (darbe girişiminden önceki dönemde siviller ve güvenlik güçleri de dâhil olmak üzere on binlerce kişi öldürülmüş ve yaralanmıştır), özgürlük ve güvenlik hakkını, kişinin evine saygı hakkını ve mülkiyet hakkını ihlal eden terör eylemleri gerçekleştirmiştir. Özellikle bu örgütler, Türkiye'nin güneydoğusundaki bazı illerin sözde özerkliğini ilan ederek, serbest dolaşımı engelleyerek (kasaba ve şehirlerin çıkış ve giriş noktalarına hendek kazarak, barikatlar kurarak ve bomba yerleştirerek) ve askeri silahlar kullanarak o bölgenin nüfusu üzerinde baskı kurmak amacıyla terörist saldırıların sayısını arttırmışlardır.

10. Hükümet ayrıca, cezai soruşturma sırasında toplanan delillere dayanarak, başvuruçuların itham edildikleri suçları işlediklerine dair makul bir şüphe olduğu sonucuna varmanın objektif olarak mümkün olduğunu ileri sürmüştür. Soruşturma sırasında elde edilen delillere dayanarak başvuruçular aleyhine cezai soruşturma tesis edilmiştir ve davalar şu anda yerel mahkemelerde derdesttir.

## 2. Üçüncü taraf müdâhiller

### (a) İnsan Hakları Komiseri

11. İnsan Hakları Komiseri tutuklama güvenlik tedbirine haddinden fazla başvurunun Türkiye'de uzun süredir devam eden bir sorun olduğuna işaret etmiştir. Bu bağlamda, gözaltına alınan ve sorgulandıktan sonra serbest bırakılanlar hariç, olağanüstü hâl süresince 210 gazetecinin tutuklandığını kaydetmiştir. Çok sayıda gazetecinin tutuklanmasının altında yatan nedenlerden biri, genellikle tutukluluğun istisnai niteliğini yalnızca diğer tüm seçenekler yetersiz görüldüğünde uygulanması gereken son çare olarak uygulamayı göz ardı etme eğiliminde olan yargıçların uygulaması olmuştur. Gazetecilerin yargılama öncesi tutuklandığı vakaların çoğunda, terör eylemlerine karıştıklarını doğrulayan herhangi bir kanıt olmaksızın terörle ilgili suçlarla suçlanmışlardır. İnsan Hakları Komiseri, suçlamaların zayıflığı ve bu tür davalarda tutuklu yargılama emrini veren ve uzatan kararların siyasi niteliği karşısında şaşkınlık içinde kalmıştır.

### (b) BM Özel Raportörü

12. Özel Raportör, olağanüstü hal ilanından bu yana, çok sayıda gazetecinin, yeterli delil olmaksızın muğlak ifadeli suçlamalara dayanılarak yargılama öncesi tutuklandığını kaydetmiştir.

13. Özel Raportör görüşünde, gazetecilerin yargılanmasını çevreleyen olguların birleşiminin, ulusal makamların terörle mücadele bahanesiyle ceza mevzuatını ve soruşturma dosyalarını geniş ve öngörülemez bir şekilde yorumladıklarını ve bu suretle yargılama ve tutuklama yoluyla ifade özgürlüğünü keyfi bir şekilde engellediklerini ortaya koyduğunu ifade etmiştir. Örneğin, söz konusu gazeteciler, diğer suçların yanı sıra, uygulamayı hiç kullanmadıkları gerçeği dikkate alınmadan ByLock uygulamasını kullandığı iddia edilen kişilerle telefon görüşmesi yapmakla suçlanmışlardır.

### (c) Müdâhil sivil toplum kuruluşları

14. Müdâhil sivil toplum kuruluşları, askeri darbe girişiminden bu yana 150'den fazla gazetecinin tutuklu yargılandığı ifade etmişlerdir. Medyanın demokratik bir toplumda oynadığı önemli rolü vurgulayarak, gazetecileri özgürlüklerinden mahrum bırakan önlemlerin kullanılmasını eleştirmişlerdir.

### 3. Mahkemenin Değerlendirmesi

#### (a) İlgili İlkeler

15. Mahkeme öncelikle Sözleşme'nin 5. maddesinin, Sözleşme anlamında "demokratik bir toplumda" birincil öneme sahip bir hakkı, yani özgürlük ve güvenlik temel hakkını garanti ettiğini (bakınız *Assanidze v. Gürcistan* [BD], no. 71503/01, § 169, ECHR 2004-II) yinelemektedir.

16. Herkes, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen koşullar dışında (bakınız *Weeks v. Birleşik Krallık*, 2 Mart 1987, § 40, Series A no. 114), bu hakkın korunmasına, yani özgürlüklerinden yoksun bırakılmama veya yoksun bırakılmaya devam etmeme hakkına sahiptir. Madde 5§1'de belirtilen istisnalar listesi kapsamlı bir listedir (bakınız *Labita v. İtalya* [BD], no. 26772/95, § 170, ECHR 2000 IV) ve bu istisnaların yalnızca dar bir yorumu bu hükmün amacı ile yani hiç kimsenin keyfi olarak özgürlüğünden yoksun bırakılmamasını sağlamak ile tutarlıdır (bakınız yukarıda atıf yapılan *Assanidze*, § 170; *Al-Jedda v. Birleşik Krallık* [BD], no. 27021/08, § 99, ECHR 2011; ve *Buzadji v. Moldova Cumhuriyeti* [BD], no. 23755 / 07, § 84, ECHR 2016 (alıntılar)).

17. Sözleşme'nin 5 § 1 (c) maddesi, soruşturma makamlarının yakalama noktasında veya başvuruocular gözaltındayken suç duyurusunda bulunmak için yeterli delil elde etmiş olması gerektiğini öngörmemektedir. Tutuklama sırasında 5§1 (c) maddesine göre sorgulamanın amacı, tutuklamayı esas alan somut şüpheyi onaylayarak veya ortadan kaldırarak cezai soruşturmayı ilerletmektir (bakınız *Brogan ve diğerleri v. Birleşik Krallık*, 29 Kasım 1988, § 53, Series A no. 145-B). Bu nedenle, şüphe uyandıran olayların, bir mahkumiyeti haklı çıkarmak için gerekli olanlarla veya hatta cezai soruşturma sürecinin bir sonraki aşamasında getirilen bir suçlama ile aynı düzeyde olması gerekmez (bakınız *Murray v. Birleşik Krallık*, 28 Ekim 1994, § 55, Series A no. 300-A; *Metin v. Türkiye* (dec.), no. 77479/11, § 57, 3 Mart 2015; ve *Yüksel ve diğerleri v. Türkiye*, no. 55835/09 ve diğer ikisi, § 52, 31 Mayıs 2016).

18. Bununla birlikte, yakalamanın dayandırılması gereken şüphenin "makul olması", Sözleşme'nin 5 § 1 (c) maddesinde ortaya konan keyfi tutuklamaya karşı korumanın önemli bir parçasını oluşturmaktadır. Bu nedenle bir şüphenin iyiniyete sahip olması özünde yetersizdir. Öyle ki, "makul şüphe" gerekliliğinin ayrı ancak örtüşen iki yönü vardır: olaylara ilişkin (olgusal) bir yön ve suç davranışı olarak sınıflandırmaya ilişkin bir yön.

19. Birincisi, olgusal yön olarak, "makul şüphe" kavramı, ilgili kişinin suçu işlemiş olabileceğine dair objektif bir gözlemciyi tatmin edecek gerçeklerin veya bilgilerin varlığını öngörmektedir. Neyin "makul" olarak görülebileceği, tüm koşullara bağlı olacaktır, ancak Mahkeme, Madde 5 § 1 (c) ile sağlanan güvencenin özünün güvence altına alınıp alınmadığını belirleyebilmelidir (bakınız diğer kararların yanı sıra, *Fox, Campbell ve Hartley v. Birleşik Krallık*, 30 Ağustos 1990, § 32, Series A no. 182 ve *Merabishvili v. Gürcistan* [BD], no. 72508/13, § 184, 28 Kasım 2017). Bu nedenle, Mahkeme, olaylara ilişkin yönü değerlendirirken, yakalama ve tutuklamanın, söz konusu olayların gerçekte meydana geldiğine ve şüpheli kişilere atfedilebilir olduğuna dair "makul şüpheli" haklı çıkarmak için yeterli nesnel unsurlara dayanıp dayanmadığını dikkate almalıdır (bakınız yukarıda atıf yapılan *Fox, Campbell ve Hartley*, §§ 32-34 ve yukarıda atıf yapılan *Murray*, §§ 50-63). Sonuç olarak, davalı Hükümet, tutuklanan kişinin iddia edilen suçu işlediğinden makul olarak şüphelenildiği konusunda Mahkeme'yi tatmin edecek en azından bazı olayları veya bilgileri sunmalıdır.

20. İkinci olarak, Sözleşme'nin 5 § 1 (c) maddesi anlamında "makul bir şüphenin" varlığının diğer yönü, yani suç teşkil eden davranış olarak sınıflandırılması, dayanılan olayların Ceza Kanunu'ndaki suç davranışını tanımlayan bölümlerden birine makul şekilde giriyor olarak kabul edilebilir olmasını gerektirmektedir. Dolayısıyla, tutuklanan bir kişi üzerine mal edilen eylemler veya olaylar, meydana geldikleri tarihte suç oluşturmuyorsa bu durumda açıkça "makul şüphe" olamaz (bakınız *Kandjov v. Bulgaristan*, no. 68294/01, § 57, 6 Kasım 2008).

21. Ayrıca, iddia edilen suçların başvuru kapsamındaki haklarının kullanılmasıyla ilgili olduğu görülmemelidir (bakınız kıyasen, *Merabishvili*, yukarıda atıf yapılan, § 187). Bu bağlamda Mahkeme, Sözleşme'nin teorik veya hayali hakları değil, pratik ve etkili hakları güvence altına almayı amaçladığından (bakınız diğer birçok kararın yanı sıra, *ND ve NT v İspanya* [BD], no. 8675/15 ve 8697/15, § 171, 13 Şubat 2020), eğer bir şüphe Sözleşme tarafından tanınan hak ve özgürlüklerin kullanılmasını "suç davranışı olarak sınıflandırmayı" içeren bir yaklaşıma dayanıyorsa bu



şüphenin makul olarak kabul edilemeyeceğini vurgulamaktadır. Aksi takdirde, ilgili kişileri fiziksel özgürlüklerinden mahrum etmek için “makul şüphe” kavramının kullanılması, Sözleşme kapsamındaki hak ve özgürlüklerini kullanmalarını imkânsız hale getirme riskini doğuracaktır.

22. Bu bağlamda, Mahkeme, herhangi bir özgürlükten yoksun bırakmanın, Sözleşme'nin 5. maddesinin amacına, yani bireyi keyfilige karşı koruma amacına uygun olması gerektiğini yineler. Keyfi tutukluluğun 5 § 1 maddesine uygun olamaması ve 5 § 1 maddesindeki "keyfilik" kavramının ulusal hukuka uygun olmamanın ötesine geçmesi temel bir ilkedir, o kadar ki bir özgürlükten yoksun bırakma iç hukuk açısından hukuka uygun olabilir ancak yine de keyfi olabilir ve dolayısıyla Sözleşme'ye aykırı olabilir (bakınız diğer kararlar arasında, *A. ve Diğerleri v. Birleşik Krallık* [BD], no. 3455/05, §§ 162-64, ECHR 2009, ve *Creangă v. Romanya* [BD], no. 29226/03, § 84, 23 Şubat 2012).

23. Mahkeme ayrıca, yakalama anında bir kişiye yönelik şüphelerin "makul" olması gerektiğini ve tutukluluğun devamı durumlarında bu şüphelerin "makul" kalması gerektiğini beyan etmektedir (bakınız diğer birçok otorite karar arasında, *Stögmüller v. Avusturya*, 10 Kasım 1969, s. 40, § 4, Series A no. 9; *McKay v. Birleşik Krallık* [GC], no. 543/03, § 44, ECHR 2006-X; ve *Ilgar Mammadov v. Azerbaycan*, no. 15172/13, § 90, 22 Mayıs 2014). Ayrıca, tutuklu kişinin bir suç işlediğine dair makul şüphenin sürmesine ek olarak, adli yetkilinin tutuklama için ilgili ve yeterli gerekçeler sunma zorunluluğu, tutuklu yargılanmasını emreden ilk kararın verildiği tarihte bir başka deyişle yakalamadan hemen sonra geçerlidir (bakınız yukarıda atıf yapılan *Buzadji*, § 102).

#### **(b) Söz konusu ilkelerin mevcut olaya uygulanması**

24. Mahkeme, başvuruçuların terör örgütü sayılan örgütlere yardım ettiklerinden veya esasen yönetici olarak yayın politikasını etkilediği iddia edilen gazetede yayımlanan yazılar nedeniyle ve bazı durumlarda sosyal medyada gönderi paylaşarak bu örgütlerin lehine propaganda yaptıklarından şüphelenildiğini gözlemlemektedir. Bunlar, Türk hukukuna göre hapisle cezalandırılabilen ciddi cezai suçlardır.

25. Mahkeme'nin Sözleşme'nin 5. maddesi uyarınca görevi, başvuruçuların itham edildikleri suçları işleyebilecekleri konusunda tarafsız bir gözlemciyi ikna etmek için yeterli nesnel unsurların olup olmadığını tespit etmektir. Bu suçların ciddiyeti ve olası cezanın ciddiyeti göz önünde bulundurulduğunda, gerçeklerin büyük bir dikkatle incelenmesi

gerekmektedir. Bu bağlamda, şüpheyi temellendiren gerçeklerin doğrulanabilir ve objektif delillerle gerekçelendirilmesi ve makul bir şekilde Ceza Kanunu'ndaki suç davranışını tanımlayan bölümlerden birine giriyor olarak değerlendirilebilmesi esastır.

26. Mahkeme, bu bağlamda, mevcut davada taraflar arasındaki anlaşmazlığın, duruşma öncesi tutuklamadan sorumlu adli makamların kararlarında atıfta bulunulan yazıların ve sosyal medya paylaşımlarının metninin veya başlıklarının ifadesi ile ilgili olmadığını kaydeder. Daha ziyade, bu yazı veya paylaşımların başvuruculara atfedilebilirliği ve diğer iddia edilen eylemlerin inandırıcılığı (olgusal yön) ve ayrıca olayların suç davranışı olarak sınıflandırılmasıyla (ceza hukuku kapsamında sınıflandırmaya ilişkin husus) ilgilidir.

(i) "*Makul şüphenin*" varlığının olgusal yönü: *atfedilebilirlik ve inandırıcılık*

(α) *Cumhuriyet* gazetesinin yayın politikasında bir değişikliğe işaret ettiği iddia edilen ihtilaf konusu yazıların başvuruculara atfedilebilirliği

27. Tutuklama kararlarında atıfta bulunulan ve listelenen çok sayıda yazının başvuruculara atfedilip atfedilemeyeceğine ilişkin olarak Mahkeme, başvurucuların söz konusu yazıların yazarları olmadığını gözlemlemektedir. Mahkeme, başvurucuların yargılama öncesi tutuklanmasına karar veren adli makamların, başvurucuların bu yazıların içeriğini, yasa dışı örgütlere yardım etme amacıyla beyan edilmemiş bir amaçla ele alınan olgulara ilişkin veya burada ifade edilen görüşlere ilişkin olarak, yazarlara dayattığını ileri sürebilecek herhangi bir somut veya özel olguyu belirlemediğini not etmektedir. Yerel makamların başvuruculara yönelik suçlamaları, yalnızca *Cumhuriyet* gazetesini yöneten ve finanse eden organlar içinde sahip oldukları pozisyonlardan kaynaklanan varsayımlara dayanmaktadır.

28. Mahkeme, bu bağlamda, hakimlerin, başvurucuların tutuklu yargılanması kararını verirken ve Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuruları ele alırken, bu konuda üç gruba ayrılacak kapsamlı tespitler yaptığını gözlemlemektedir. İlk olarak, kurumsal hiyerarşide Cumhuriyet Vakfı'nın Yenigün şirketi ve Cumhuriyet gazetesinin üzerinde yer aldığını ve yönetim kurulunun gazetenin yayın politikasına yön verecek konumda olduğu kararına varmışlardır. Bu bağlamda, vakfın yönetim kurulunun yayın direktörünü atama veya görevden alma yetkisine sahip olduğunu ve hangi

gazetecileri işe alabileceklerine ve hangilerinin görevden alınacağına karar verebileceklerini göz önünde bulundurmuşlardır. İkinci olarak, ilgili adli makamlar ve Anayasa Mahkemesi, büyük bir “haber atlatma” gününden önceki gün Cumhuriyet gazetesinde bazı yönetim kurulu üyelerinin katıldığı toplantılar yapıldığını kaydetmiştir. Üçüncüsü, söz konusu yetkililer, başvuruçuların (Mehmet Murat Sabuncu hariç) Cumhuriyet Vakfı yönetim kuruluna atanmasının ardından, Cumhuriyet gazetesinin terör örgütleri hakkında kamuoyunda olumlu bir izlenim yaratma eğiliminde oldukları için bu terör örgütleri lehine propaganda ve yardım olarak kabul edilebilecek çeşitli yazılar yayınladığını dikkate almışlardır.

Ulusal yargı makamları, vakıf, medya şirketi ve gazete arasındaki ilişkiye yönelik kendi değerlendirmelerine dayanmak yerine yalnızca gazetenin yayın müdürü olduğu gerekçesiyle başvuru Mehmet Murat Sabuncu'nun itiraz edilen yazılardan sorumlu olduğuna karar vermişlerdir. Hakimin görüşüne göre, yayın yönetmeni sıfatıyla Sayın Sabuncu, tüm başvuruçular hakkında verilen tutuklu yargılama kararlarında atıfta bulunulan tüm yazılardan sorumludur (bakınız yukarıdaki 23. paragraf). Aynı zamanda, Anayasa Mahkemesi'nin görüşüne göre, denetimine dâhil olduğu dönemlerde yayımlanan yazılardan da sorumludur (yukarıdaki 43-45. paragraflara bakın). Başvuruçular Mehmet Murat Sabuncu ve Akın Atalay tarafından atılan tweetler, özellikle Cumhuriyet gazetesinde ihtilaf konusu yazıların yayımlanmasına dayanan ana suçlamayı destekleyen ek deliller olarak dikkate alınmıştır.

29. Mahkemenin şikâyetinde bulunulan yazıların tüm başvuruçulara atfedilip atfedilemeyeceği konusunda ciddi şüpheleri olsa da, ulusal mahkemeler (Anayasa Mahkemesi dâhil) tarafından yapılan değerlendirme, başvuruçuların gerçekten de bu maddelerden sorumlu olduğuna dikkat çekmektedir. Bu koşullar altında Mahkeme, -tüm başvuruçulara atfedilebilir olduğu varsayılsa bile- söz konusu yazıların ve onlara karşı ileri sürülen diğer delillerin başvuruçularla ilgili olarak makul bir şüpheye dayanak oluşturup oluşturmadığını tespit etmeye karar vermiştir.

(β) Söz konusu yasadışı örgütlerle ilgili faaliyetlerin başvuruçulara atfedilebilirliği

30. Mahkeme ayrıca, ilgili makamların, yukarıda belirtilen yasadışı örgütlerin Cumhuriyet'in yöneticilerine veya gazetecilerine bir şiddet kampanyasının hazırlanmasına ve yürütülmesine yardımcı olmak veya bu tür

şiddeti meşrulaştırmak amacıyla belirli öğeleri yayınlamak veya belirli bir yayın politikasını izlemek için talepte bulunduğunu veya talimat verdiklerini ileri sürebilecek herhangi bir özel olguyu veya bilgiyi delil olarak sunamadıklarını kaydetmektedir.

31. Sorumlu oldukları pozisyonlarından uzaklaştırılan eski Cumhuriyet gazetecileri tarafından verilen ve savcılık makamları tarafından başvuru aleyhine gösterilen tanık ifadelerine ilişkin olarak, Mahkeme, bunların yargı makamları tarafından gündeme getirilen şüpheleri geçersiz kılan eksiklikleri gidermeksizin, gazetenin atıfta bulunulan yasadışı örgütlerle iddia edilen bağlantılarına ilişkin çok genel izlenimler içerdiğini kaydetmektedir.

(γ) Hükümetin eleştirileri dışındaki bazı eylemlerin inandırıcılığı

32. Mahkeme ayrıca, Cumhuriyet'te yayınlanan yazılar ve sosyal medyada yayınlanan gönderileri bir yana bırakılarak, başvuru tutuklanmalarından sorumlu yetkililer tarafından suçlandıkları eylemleri, bir terör örgütüne yardım etme suçunun işlendiğine dair makul bir şüphenin varlığını tespit etmek için yeterli olarak kabul edilemeyeceğini not etmiştir. Herhangi bir suçlayıcı içeriğin tamamen yokluğu göz önüne alındığında, Mehmet Murat Sabuncu ve Akın Atalay'ın daha sonra hakkında ceza davası açılan kamuya mal olmuş kişilere yaptığı telefon görüşmeleri, gazetecilik faaliyetinin normal seyrine uygun eylemler teşkil etmektedir ve başvuru ihtar edildikleri cezai suçları işlediklerine dair makul bir şüpheye dayanak oluşturduğu düşünülemez.

33. FETÖ örgütüyle yakın bağları olan şirketlerin Cumhuriyet gazetesine verdikleri ilanlar ile bağlantılı mali işlemlere ilişkin (başvuru Akın Atalay aleyhine delil olarak gösterildiği üzere), Mahkeme, söz konusu mütevazı meblağların ışığında (ilgili şirketlerin reklam harcamalarının yaklaşık yüzde biri), bunların imtiyazlı bir ticari ilişkinin varlığını göstermediğini düşünmektedir.

34. Aynı şekilde Mahkeme'nin görüşüne göre, "Dünyada Barış, peki ya evde?" (esas olarak, toplumun farklı kesimleri arasında gerilim yaratma stratejisinin ülke içindeki barışı baltadığını iddia ederek Cumhurbaşkanı'nın siyasi yaklaşımını eleştiren) başlıklı bir yazıya ilişkin, azmettiricilerin "Yurtta Barış Konseyi" olarak bilinen bir organ tarafından kontrol edildiği için yazının yazarının darbe teşebbüsünün tarihini açıklamış olduğu çıkarımı mantık çerçevesinde yapılamaz.

35. Mahkeme ayrıca, ulusal bir günlük gazete olan Cumhuriyet'te yayınlanan ve neredeyse bir haftadır basın karşısında bulunmayan

Cumhurbaşkanı'nın tatilde olduğu yeri kamuoyuna bildiren bir yazının aslında planlanan askeri darbenin kışkırtıcılarına, Cumhurbaşkanı'nı etkisiz hale getirmek için eylemlerine odaklanmaları gerektiğini göstermeyi amaçladığının makul olarak iddia edilemeyeceği kanaatindedir.

36. Gazetecilerin "Abant toplantıları" da dâhil olmak üzere güncel siyasi konulardaki seminerlere katkılarıyla ilgili olarak Mahkeme, Cumhuriyet gazetecilerinin katkılarının içeriğinde ifade özgürlüklerine getirilen kısıtlamaları haklı gösterebilecek herhangi bir unsur bulunmaması halinde, "makul şüphenin" niteliğinin belirlenmesinde organizatörlerin siyasi eğilimlerinin mantıken dikkate alınamayacağı kanaatindedir.

37. Bu nedenle Mahkeme, mevcut davada başvurucuların tutukluluğundan sorumlu makamlar tarafından uygulanan mantığın, bu faaliyetleri bir terör örgütüne yardım etmekle eşleştirmesinin, olayların kabul edilebilir bir değerlendirmesi olarak görülemeyeceği kanaatindedir.

*(ii) "Makul şüpheye" dayandırılan olayların cezai davranış olarak sınıflandırılmasına ilişkin husus*

38. Mahkeme ayrıca, başvurucular aleyhindeki şüphelere dayanak olarak gösterilen materyallerin (haber, yazı ve sosyal medya paylaşımlarının) yazıldıkları sırada Ceza Kanunu tarafından öngörülen bir suç teşkil edip edemeyeceğini de araştırmalıdır.

*(a) İhtilaf konusu materyallerin amaçlarına göre sınıflandırılması*

39. Mahkeme, Anayasa Mahkemesi'nin 2 ve 3 Mayıs 2019 tarihli kararlarında da dikkate aldığı üzere, başvurucuların tutukluluk hallerinin emredilmesi ve uzatılması için adli makamlarca atıfta bulunulan yayınlanmış materyallerin dört gruba ayrılabilirliğini gözlemlemektedir.

40. Birinci grup, siyasi otoritelerin politikalarına ve sempatizanlarının kamusal davranışlarına yönelik eleştirilere varan şu materyalleri içermektedir: "Sokaklarda Tehlike" başlıklı yazı (bakınız yukarıda 23, 46 ve 48. paragraflar); "Mitinglerde kimse demokrasiden bahsetmiyor" başlıklı yazı (bakınız yukarıda 23, 46 ve 48. paragraflar); MİT kamyonları hakkında bir yazı (bakınız yukarıda 23. ve 48. paragraflar); Reyhanlı kasabasına düzenlenen patlayıcı saldırısıyla ilgili bir yazı (bakınız yukarıda 23. ve 48. paragraflar); "Dünyada barış, peki ya evde?" başlığı altındaki bir yazı (bakınız yukarıdaki 46 ve 49. paragraflar); "Eksik demokrasi" başlıklı bir yazı (bakınız yukarıda 43 ve 46. paragraflar); Fethullah Gülen ile 23 Mayıs 2015 tarihinde yayınlanan "Damat mütevazı evimi (fakirhane) bir malikhane

olarak adlandırdı" başlığı altında yayınlanan bir röportaj (bakınız yukarıdaki 49. paragraf); bir Cumhuriyet gazetecisinin bir röportajda "Gülen cemaatini terör örgütü olarak tanımlamayacağını" belirttiği ifade (bkz. yukarıdaki 49. paragraf); ve @fuatavni ve @jeansbiri Twitter hesaplarında yayınlanan bilgileri içeren haberler (yukarıdaki paragraf 49'a bakın).

41. İkinci grup, yasadışı örgütleri temsil ettiği iddia edilen kişiler tarafından yapılan açıklamaları bildiren yazıları ve mesajları veya haberleri içermektedir: PKK liderlerinden biri olan M. Karayılan'ın görüşlerini bildiren "Özerkliği kabul etmezlerse ayrılığı düşünürüz" başlıklı bir röportaj (bakınız yukarıda 23. ve 48. paragraflar); PKK militanlarını "gerilla savaşçıları" olarak tanımlayan ve PKK liderlerinin belirli güncel konulardaki açıklamalarını aktaran bir yazı (bakınız yukarıda 23 ve 48. paragraflar); Selahattin Demirtaş hakkında, PKK'nın çevre ve cinsiyet eşitliği konularını dikkate aldığını belirten bir yazı (bakınız yukarıda 23 ve 48. paragraflar); başvuru Mehmet Murat Sabuncu'nun Gülen ailesiyle yaptığı bir röportajdan ve bizzat Gülen ile yapılan BBC röportajından alıntılar içeren tweetleri (bakınız yukarıda 47. paragraf); Cumhuriyet gazetesinin Zaman gazetesiyile aynı başlığın iki kez kullanılması (bakınız yukarıda 49. paragraf); ve Cumhuriyet'in ABD muhabirinin FETÖ/PDY örgütünün güncel olaylarla ilgili görüşlerinden bazılarını bildirdiği bazı yazılar (bakınız yukarıda 49. paragraf).

42. Üçüncü grup, Cumhuriyet gazetecilerinin idari ve adli makamların yasadışı örgütlerle mücadele eylemlerine ilişkin yaptığı değerlendirme ve eleştirileri içermektedir: "Yurtta savaş, dünyada savaş" başlıklı bir yazı (bakınız yukarıda 23 ve 48. paragraflar); "Cadı avı başladı" başlıklı bir yazı (bakınız yukarıda 23, 46 ve 48. paragraflar); Kürt kökenli yerel bir politikacı olan Hurşit Külter'in gözaltında kaybolduğu iddiasıyla ilgili bir dizi haber ve röportaj (bakınız yukarıda 46. paragraf); başvuru Mehmet Murat Sabuncu tarafından atılan veya kovuşturulan gazetecilere destek veren bazı tweetler (bakınız yukarıda 47. paragraf); ve başvuru Akın Atalay tarafından sosyal medyada yayınlanan ve belirli kitle iletişim araçlarına karşı alınan hukuka aykırı tedbirleri eleştiren gönderiler (bakınız yukarıda 48. paragraf).

43. Dördüncü grup, kamu merakı uyandıran hassas bilgileri içermektedir: "Bir haftadır kayboldu ... Erdoğan'ın nerede olduğunu keşfettik" başlıklı bir yazı (bakınız yukarıda 23, 46 ve 48. paragraflar) ve bir savcının rehin alındığı olayın fotoğraflarını ve rehincilerle telefon görüşmesini içeren yazılar (bakınız yukarıda 23. ve 48. paragraflar).

(β) Dört grup için ortak özellikler

44. Mahkeme, yukarıda atıfta bulunulan ve başvuruçular aleyhindeki şüpheyeye gerekçe olarak gösterilen dört yazı veya ileti grubunun bazı ortak özelliklere sahip olduğuna dikkat çekmektedir.

45. Birincisi, yazılar ve iletiler, Cumhuriyet gazetecileri tarafından kamu yararına ilişkin çeşitli kamuoyu tartışmalarına katkı sağlamıştır. Gazetecilerin güncel siyasi gelişmelere ilişkin değerlendirmelerini, Hükümet tarafından alınan çeşitli önlemlere ilişkin analizlerini ve eleştirilerini ve yasadışı örgütlerin üye ve sempatanlarına karşı alınan idari ve adli tedbirlerin yasallığı ve hukukun üstünlüğüne uygunluğuna ilişkin görüşlerini içermektedir. Bu iletilerde ve yazılarda ele alınan konular -15 Temmuz 2016 darbe girişiminde Fethullahçı hareketin rolü, Hükümet yakınların darbe girişimine tepkisi, Hükümet tarafından yasaklanmış kuruluşlara karşı alınan önlemlerin gerekliliği ve orantılılığı, hükümetin iç ve dış güvenlik politikasının uygunluğu veya uygunsuzluğu, yasadışı bölücü örgütler ve kendilerine yöneltilen suçlamalara itiraz eden yasadışı örgütlerin sözde üyelerinin ifade ettikleri görüşler de dâhil- halihazırda Türkiye'de ve dünyada siyasi partiler, basın, sivil toplum kuruluşları, sivil toplumu temsil eden gruplar ve uluslararası kamu kuruluşlarını içeren geniş kapsamlı kamusal tartışmaların konusu olmuştur.

46. İkinci olarak, bu yazı ve gönderiler, terör suçları işlemeye yönelik herhangi bir teşvik içermeyip şiddet kullanımına göz yummamış ve meşru makamlara karşı ayaklanmayı teşvik etmemiştir. Yayınlanan materyallerden bazıları, yasaklanmış örgütlerin üyeleri tarafından dile getirilen görüş açılarını bildirmiş olsa da, yasadışı örgütlerin bakış açıları da dâhil olmak üzere, halkın bir çatışma veya gerilim durumuna bakmanın farklı yolları hakkında bilgilendirilme hakkına sahip olmasını gerektiren ifade özgürlüğü sınırları içinde kalmıştır (bakınız *Nedim Şener v. Türkiye*, no. 38270/11, § 115, 8 Temmuz 2014; *Şık v. Türkiye*, no. 53413/11, § 104, 8 Temmuz 2014; ve *Gözel ve Özer v. Türkiye*, no. 43453 / 04 ve 31098/05, § 56, 6 Temmuz 2010). Gazeteci A.S.'nin savcıyı rehin alan kişilerle yaptığı görüşmeye gelince, Mahkeme faillerden biriyle terör operasyonun ortasında gerçekleştirilen röportajın haber veya bilgi değeri olduğunu ve gazetecinin röportajı yürütme şeklinin - soruların karşıt doğasının vurguladığı gibi - kendisini röportaj yapılan kişiden açıkça uzaklaştırdığını durumunun inkâr edilemez olduğunu düşünmektedir. Tüm bunlar ele alındığında, röportajın amacının, üçüncü bir tarafça yapılan açıklamaların yayınlanması anlamına gelen aşırı solcuların fikirlerinin propagandasını objektif olarak yapmaktan

ziyade tam tersine genç militanları ve onların şiddet içeren tavırlarını ifşa etmeye çalışmaktır. (benzer bir sonuç için bakınız *Jersild v. Danimarka*, 23 Eylül 1994, §§ 33-35, Series A no. 298).

47. Üçüncüsü, söz konusu yazıların ve iletilerin tavrı, genel olarak dönemin hükümetinin politikalarına muhalefet şeklindedir. Muhalif siyasi partiler, siyasi görüşleri siyasi otoritelerin görüşlerine uymayan gruplar veya bireyler tarafından ifade edilenlere karşılık gelen bakış açıları ve pozisyonları içermektedir. Yazılarda ve iletilerde dile getirilen eleştirilere, bazı durumlarda, hükümetin izlediklerine alternatif politika önerileri ve Türkiye için bir hükümet veya hükümet politikası değişikliğinin daha iyi olacağına dair öneriler eşlik etmiştir.

48. Bu nedenle, ilk bakışta siyasi muhalefetin meşru faaliyetlerinden ayırt edilemeyen başvuruçuların iddia edilen eylemlerine ilişkin ayrıntılı inceleme, bu eylemlerin iç hukuk ve Sözleşme tarafından garanti edildiği şekliyle ifade ve basın özgürlüğünün kullanımına dâhil olduğunu göstermektedir. Bu özgürlüklere getirilen meşru kısıtlamaları ihlal etme amacını güden genel bir planın parçası olduklarını gösteren hiçbir şey yoktur. Mahkeme, bu nedenle, söz konusu fiillerin iç hukuka ve Sözleşme'ye uygunluk karinesine sahip olduğunu ve genel anlamda, başvuruçuların cezai suç işlediklerine dair "makul şüpheye" dayanma kabiliyetine sahip olmadığını değerlendirmektedir.

#### (γ) Savcılık tarafından ileri sürülen "asimetrik savaş" kavramı

49. Mahkeme ayrıca savcılık makamlarının başvuruçuları "asimetrik savaş" taktiklerini kullanarak, hükümete ve Cumhurbaşkanı'na iftira atmak için kamuoyunu manipüle etmek ve gerçeği gizlemeye teşebbüs etmekle ve iç karışıklık yaratmak ve ülkeyi yönetilemez kılmak için terör örgütlerinin amaçlarına uygun hareket etmekle suçladıklarını gözlemlemektedir.

50. Mahkeme, barış zamanında savaş zamanında uygulanan bir karşı propaganda yöntemini ifade eden bir ifade olan "asimetrik savaş" kavramının kullanılmasının, kovuşturma makamları tarafından atıfta bulunduğu ve bu davayla ilgili diğer makamlarca dikkate alındığı şekliyle, siyasi otoriteleri, benzer görüşleri savunduğu gerekçesiyle bazı suç örgütlerinin yürüttüğü şiddet kampanyasını şiddet kullanımını teşvik etmeden eleştirerek siyasi muhaliflerin fikir beyanlarını birbirine bağlama genel etkisine sahip olduğuna dikkat çekmektedir. Mahkemenin görüşüne göre, bu yaklaşım, siyasi makamların herhangi bir rakibinin veya muhalifinin bir terör örgütünün üyesi veya sempizatı olarak muamele görmesine neden olabilir.



51. Mevcut davada Mahkeme başvuruçuların tutukluluğunu haklı çıkarmak için ilgili adli makamların, bir yandan kamuoyu tartışması bağlamında hükümete yönelik eleştiriler ve diğere yandan terör örgütlerinin şiddet içeren eylemlerini meşrulaştırmak için kullandıkları gerekçeler arasında kafa karışıklığı yarattığını not etmektedir. Toplumsal tartışma bağlamında, ifade özgürlüğü ve basın özgürlüğüne uygun olarak yetkililere meşru bir şekilde yöneltile eleştirileri, terör örgütlerine yardım etmek ve/veya bu örgütler lehine propaganda yapmak olarak nitelendirmişlerdir.

52. Mahkemenin görüşüne göre, ceza hukukunun böyle bir yorumunun, kamu özgürlüklerini tanıyan iç mevzuatla uzlaştırılması sadece zor olmakla kalmayıp, aynı zamanda Sözleşme sistemi için önemli bir risk teşkil etmektedir, bu durum hükümetin ve resmi makamların savunduğu görüşlere aykırı bir görüş ifade eden herhangi bir kişinin terörist veya teröristlere yardım eden kişi olarak nitelendirilmesine neden olabilir. Böyle bir durum, çoğulcu bir demokraside, siyasi muhalefetle aynı hizada olan ancak şiddet kullanımını desteklemeyen gazetecilere karşı makul bir şüphenin varlığına dair tarafsız bir gözlemciyi tatmin etmekten acizdir.

*(iii) Sözleşme'nin 5 § 1 maddesine ilişkin sonuç*

53. Mahkeme, bu gözlemler ışığında, ulusal makamlar tarafından atıfta bulunulan tüm gazete yazılarının başvuruçulara atfedilebilir olduğu varsayılsa bile başvuruçuların gözaltına alındıkları sırada, terör örgütleri adına propaganda yayma veya bu örgütlere yardım etme suçlarını işlediğinden makul olarak şüphelenilemeyeceği kanaatindedir. Diğere bir deyişle, davanın olguları, başvuruçulara karşı makul bir şüphenin bulunduğu sonucunu desteklememektedir. Buna göre, başvuruçulara yönelik şüphe, gereken asgari makul düzeyine ulaşmamıştır. Yargı denetimi altında uygulanmasına rağmen, itiraz edilen tedbirler bu nedenle yalnızca bir şüpheyeye dayanmaktadır.

54. Ayrıca, başvuruçuların yakalanmasının ardından dava dosyasına eklenen delillerin, özellikle iddianamede yer alan delillerin ve tutuklu buldukları sırada sunulan delillerin, tutukluluklarının devamını haklı çıkaracak başka şüphelere yol açabilecek olaylar veya bilgiler olduğu da aynı şekilde gösterilmemiştir. İlk derece ve temyiz mahkemelerinin, savcılığın dayandırdığı olayları başvuruçuların suçluluğunun kanıtı olarak kabul etmesi, bu bulguyu değıştirmez.

55. Özellikle, Mahkeme, başvuruçuların cezai olarak sorumlu tutulduğu fiillerin, halihazırda bilinen gerçeker ve olaylara ilişkin kamuoyu tartışması

kapsamına girdiğini, Sözleşme özgürlüklerinin kullanılması anlamına geldiklerini ve siyasi alanda şiddet kullanımını veya başvuruçuların terör örgütlerinin yasadışı amaçlarını, yani siyasi amaçlar için şiddet ve teröre katkıda bulunma isteklerini desteklemediklerini veya savunmadıklarını not etmektedir.

56. Sözleşme'nin 15. maddesi ve Türkiye'nin derogasyonuna ilişkin olarak Mahkeme, Cumhurbaşkanının başkanlık ettiği ve Anayasa'nın 121. maddesi uyarınca hareket eden Türk Bakanlar Kurulu'nun, olağanüstü hal süresince, gözetiminde tutulan veya yargılama öncesi tutuklu bulunan kişiler için iç hukukta öngörülen usuli güvencelere önemli kısıtlamalar getirerek çok sayıda kanun hükmünde kararname çıkardığını kaydetmektedir. Bununla birlikte, mevcut davada, başvuruçular Ceza Kanunu'nun 220. maddesinde belirtilen suçlardan dolayı CMK'nin 100.maddesine göre yargılama öncesi tutuklanmışlardır. Kişinin bir suç işlediğine dair kuvvetli şüpheye yol açan olgusal kanıtların varlığını gerektiren CMK'nin 100. maddesinin olağanüstü hal süresince değiştirilmediğine özellikle dikkat edilmelidir. Bunun yerine, mevcut davada şikâyet edilen tedbirler, olağanüstü hal ilanından önce ve sonra yürürlükte olan mevzuata dayanılarak alınmıştır. Sonuç olarak, mevcut davada şikâyet edilen tedbirlerin Sözleşme'nin 15. maddesinde belirtilen şartlara uygun olduğu söylenemez, çünkü sonuçta bu duruma herhangi bir istisna getirilmemiştir. Aksi bir sonuca varmak, Sözleşme'nin 5 § 1 (c) maddesinin asgari gereklerini ortadan kaldırır.

57. Mahkeme, bu nedenle, başvuruçuların (Turhan Günay ve Ahmet Kadri Gürsel hariç) bir suç işlediklerine dair makul şüphe bulunmaması nedeniyle mevcut davada Sözleşme'nin 5§1 maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

58. Yukarıdaki bulguyu dikkate alarak, Mahkeme, başvuruçuların tutukluluğunun devamına ilişkin yerel mahkemeler tarafından verilen gerekçelerin, Sözleşme'nin 5 §§ 1 (c) ve 3 maddesinin gerektirdiği ilgili ve yeterli gerekçelere dayanıp dayanmadığını ayrı ayrı incelemenin gereksiz olduğunu düşünmektedir (bakınız, benzer şekilde, *Şahin Alpay v. Türkiye*, no. 16538/17, § 122, 20 Mart 2018).

### III. SÖZLEŞME'NİN 5 § 4 MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

186. Başvuruçular (Turhan Günay ve Ahmet Kadri Gürsel dâhil) Anayasa Mahkemesi'nin başvuruçuların tutukluluğunun hukuka uygunluğunun incelenmesi için yaptıkları başvuruları "hızlı bir şekilde"

inceleme yükümlülüğüne uymayarak Sözleşme'nin 5 § 4 maddesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir.

## C. Mahkeme'nin değerlendirmesi

### 1. Kabul edilebilirlik

193. Mahkeme, Sözleşme'nin 5 § 4 maddesinin yerel anayasa mahkemeleri önündeki yargılamalara uygulanabileceğini tespit ettiğini tekrarlamaktadır. (özellikle bakınız *Ilenseher v. Almanya [BD]*, no. 10211/12 ve 27505/14, § 254, 4 Aralık 2018; ayrıca bakınız *Smatana v. Çek Cumhuriyeti*, no. 18642/04, §§ 119-124, 27 Eylül 2007; ve *Žúbor v. Sovakya*, no. 7711/06, §§ 71-77, 6 Aralık 2011) Dolayısıyla, Mahkeme, Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin yargı yetkisini dikkate alarak (örneğin bakınız, *Koçintar v. Türkiye (kek)*, no. [77429/12](#), §§ 30-46, 1 Temmuz 2014) Sözleşme'nin 5 § 4 maddesinin söz konusu mahkeme önündeki yargılamalara da uygulanabileceği sonucuna varmıştır.

194. Mahkeme, Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrasının, tutukluların özgürlükten yoksun bırakılmalarına itiraz etmesi için bir başvuru yolu sağlayarak, tutuklular için başvuru tarihinden itibaren kısa süre içerisinde tutukluluklarının yasallığına ilişkin bir karar elde etme ve şayet tutuklulukları yasa dışı ise, özgürlükten yoksun bırakılmalarına son veren bir karar elde etme hakkını da güvence altına aldığını hatırlatmaktadır. Bu nedenle Mahkeme, hızlı bir şekilde karar verme yükümlülüğünün bir kişinin tutukluluğunun sona erdiği zamanla ilgisi olduğuna karar vermiştir. Bir kişinin tahliye edilmesinden sonra artık 5 § 4 maddesinin amacına uygun bir şekilde süratle hareket edilmesine gerek kalmasa da, eskiden tutuklu olan kişilerin de tahliye edilmiş olsalar bile tutuklulukları hakkında karar verilmesini istemekte meşru menfaatleri olacağından, etkili bir inceleme yapma güvencesi bundan sonra da sağlanmaya devam edilmelidir. (bakınız *Žúbor*, yukarıda atıf yapılan, § 83).

195. Söz konusu davada Mahkeme, başvuruların 26 Aralık 2016 tarihinde Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunduğunu ve Mehmet Murat Sabuncu'nun 9 Mart 2018 tarihinde, Akın Atalay'ın 25 Nisan 2018'de ve diğer başvuruların 28 Temmuz 2017 tarihinde tahliye edildiğini gözlemlemektedir. Başvuruların tahliye edilmeleri, Anayasa Mahkemesi'nin başvurularının tutukluluğunun hukuka uygun olup

olmadığına dair şikâyetlerini hızlı bir şekilde incelemekten kaynaklanan Sözleşme'nin 5 § 4 maddesinin ihlal edildiği iddiasına bir son vermektedir. (bakınız, yukarıda atıf yapılan, *Žubor*, § 85, ve bu kararda atıf yapılan atıflar) Bu nedenle Mahkeme, söz konusu davada Anayasa Mahkemesi'nin 5 § 4 maddesi altındaki hızlı bir şekilde inceleme yükümlülüğüne uygun hareket etmediği şikâyetini, başvurucuların bireysel başvuruda buldukları tarih ile tahliye oldukları tarih arasında süreci dikkate alarak inceleyecektir. Dolayısıyla Mahkeme, Hükümet'in kişi bakımından yetkisizlik itirazını reddetmektedir.

196. Mahkeme, bu şikâyetlerin Sözleşme'nin 35 § 3 (a) maddesi bağlamında açıkça dayanaktan yoksun olmadığına ve ayrıca, başka herhangi bir kabul edilemezlik gerekçesiyle de bağdaşmadığına karar vermiştir. Dolayısıyla, bu şikâyetlerin kabul edilebilir bulunması gerekmektedir.

## 2. Esas

197. Mahkeme, daha önce özellikle *Mehmet Hasan Altan* (yukarıda atıf yapılan, §§ 161-63) ve *Şahin Alpay* (yukarıda atıf yapılan, §§ 133-35) *Akgün v. Türkiye* ((kek.), no. [19699/18](#), §§ 35-44, 2 Nisan 2019) kararlarında özetlenen Sözleşme'nin 5 § 4 maddesi anlamında “hızlı bir şekilde” karar verme gerekliliği ile ilgili içtihadından doğan ilkeleri hatırlatmaktadır. Bu davalarda, Türkiye hukuk sisteminde, tutuklanan kişilerin, soruşturmanın ve yargılamanın her aşamasında serbest bırakılmalarını talep etme imkânına sahip olduklarını ve taleplerinin reddedilmesi durumunda, itirazda bulunabileceklerini kaydettiğini hatırlatmaktadır. Ayrıca, tutukluların tutukluluk hallerinin devamı hakkında, otuz günü aşmamak şartıyla, düzenli aralıklarla re'sen inceleme yapıldığı da gözlemlenmektedir. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi'nin kendi önündeki incelemenin fazla zaman almasının tolere edilebilir olduğu kanaatine varmıştır. Bunun yanı sıra, Anayasa Mahkemesi önünde dikkate alınacak süre, yukarıda atıf yapılan *Mehmet Hasan Altan* davasında on dört ay üç gün; yukarıda atıf yapılan *Şahin Alpay* davasında ise on altı ay üç gün; yukarıda atıf yapılan *Akgün* davasında ise on iki ay on altı gündür. Mahkeme, başvuruların karmaşıklığını ve Anayasa Mahkemesi'nin olağanüstü hal ilan edildikten sonraki iş yükünü göz önünde bulundurarak, bunun istisnai bir durum olduğu kanaatine varmıştır. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi önünde geçen on iki ay on altı günlük, on dört ay üç günlük , on altı ay üç günlük sürelerin “hızlı” olarak değerlendirilemeyecek olmasına rağmen, bu davaların kendilerine özgü

koşullarında, Mahkeme, Sözleşme'nin 5 § 4 maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

198. Söz konusu davada Mahkeme, dikkate alınacak sürenin başvuru Akın Atalay için on altı ay; Mehmet Murat Sabuncu için on dört ay ve on bir gün; Ahmet Kadri Gürsel için sekiz ay yirmi dokuz gün ve diğer başvurular için yedi ay iki gün olduğunu ve bu sürenin 18 Temmuz 2018 tarihine kadar kaldırılan olağanüstü hal dönemine düştüğünü not etmektedir. Anayasa Mahkemesi, başvuruların reddettiği kararını iki yıl dört ay sonra 2 Mayıs 2019 tarihine kadar vermemiş olsa da, o tarihe kadar bütün başvurular tahliye edildiği için, Sözleşme'nin 5 § 4 maddesi bağlamında hesaplamada dikkate alınacak süreyle ilgili değildir.

199. Mahkeme bu nedenle yukarıda atıf yapılan *Akgün, Mehmet Hasan Altan* ve *Şahin Alpay* kararlarında vardığı sonucun, Akın Atalay'ın durumu anılan bu başvurularla paralel bir sınırdan olsa da, bu başvuru bağlamında da geçerli olduğuna karar vermiştir. Mahkeme bu bağlamda başvuruların Anayasa Mahkemesi'ne yaptıkları başvuruların bir gazetenin yayın politikası nedeniyle gazetecilerin tutuklanmasına ilişkin karışık sorunlar içeren ilk başvurulardan biri olması ve başvuruların yalnızca tutukluluklarının hiçbir geçerli temele dayanmadığını tartışmadığını, aynı zamanda kendilerine yöneltilen suçlamaların anayasaya aykırı olduğunu da ileri sürmeleri nedeniyle karmaşık olduğunun altını çizmiştir. Mahkeme ayrıca, Anayasa Mahkemesi'nin olağanüstü halin yürürlükte olduğu Temmuz 2016 – Temmuz 2018 arasında sahip olduğu istisnai iş yükünü dikkate almanın da gerekli olduğu kanaatine varmıştır. (bakınız yukarıda atıf yapılan *Mehmet Hasan Altan*, § 165; yukarıda atıf yapılan *Şahin Alpay*, § 137 ve yukarıda atıf yapılan *Akgün*, § 41) Bu bağlamda Mahkeme, söz konusu dava ile on bir aylık tutukluluk halinin olağanüstü halin kaldırıldığı 18 Temmuz 2018 tarihiyle Anayasa Mahkemesi kararının verildiği 28 Haziran 2019 tarihlerinde de devam eden Kavala v. Türkiye davası arasında bir ayrıma gidilmesi gerektiğini vurgulamıştır. (bakınız *Kavala v. Türkiye*, no. [28749/18](#), § 195, 10 Aralık 2019)

200. Yukarıda belirtilen hususlar ışığında, Anayasa Mahkemesi'nin kararı olağan koşullarda “hızlı” olarak değerlendirilemeyecek olmasına rağmen, Mahkeme, davanın kendine özgü koşullarında, Sözleşme'nin 5 § 4 maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varmaktadır.

#### IV. SÖZLEŞME’NİN 10. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

201. Başvurucular (Turhan Günay ve Ahmet Kadri Gürsel dışında), genel olarak tutuklanmaları ve devam eden tutuklulukları nedeniyle ifade özgürlüğü haklarının ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Özellikle de, gazetenin bazı hükümet politikalarını eleştiren yayın politikasının, terörist örgütlere yardım etme veya bu örgütler lehine propaganda yayma suçlamalarını destekleyen delil olarak görülmesinden şikâyetçi olmuşlardır. Bununla bağlantılı olarak Sözleşme’nin 10. maddesine dayanmışlardır:

“1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.

2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.”

202. Hükümet başvurucuların argümanına karşı çıkmıştır.

##### A. Tarafların sunumları

###### 1. Hükümet

203. Hükümet, ceza mahkemeleri başvurucular hakkında kesinleşmiş bir mahkumiyet kararı vermediğinden, başvurucuların mağdur statüsüne sahip olmadıklarını ileri sürmüştür. Aynı nedenlerle, Sözleşme’nin 10. maddesine ilişkin şikâyet, iç hukuk yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemez bulunmalıdır.

204. Müdahalenin hukuka uygunluğu bakımından Hükümet, söz konusu suçun, suç örgütü niteliğinde olduğu kabul edilen örgütlere mensup olmayı veya bu gibi örgütlere yardım etmeyi suç olarak düzenleyen Ceza Kanunu maddeleriyle açıkça yasaklandığını ileri sürmüştür.

205. Hükümet'in sunumunda, şikâyet konusu müdahaleler Sözleşme'nin 10. maddesinin ikinci paragrafı açısından birden çok amaç, özellikle ulusal güvenlik ve kamu güvenliğinin korunması ve suçun önlenmesi, gütmiştir.

206. Müdahalenin demokratik toplumda gerekliliği bakımından Hükümet, başvurucuların gazetecilik faaliyetleri sebebiyle değil; suç örgütü niteliğindeki örgütlere, esas olarak PKK ve FETÖ/PDY'ye, bilerek yardım etme suçlamalarına cevap vermek üzere tutuklandıklarını ve yargıldıklarını ileri sürmüştür. Başvurucuların, bu örgütlerin üyelerine karşı başlatılan idari ve cezai yargılamalara olan halk desteğini azaltmaya ve bu yargılamaların failere karşı bir arındırma süreciyle veya mahkumiyetle sonuçlanmaması için güvenlik güçleri ve hakimler üzerinde baskı kurmaya çalışarak FETÖ ve PKK terör örgütlerine yardım ettiklerinden şüphelenilmiştir.

## 2. Başvurucular

207. Başvurucular, uzun süreler boyunca tutuklu kaldıklarına dikkat çekmişlerdir. Cumhuriyet gazetecilerinin, gazetenin yayın politikasını yansıtan faaliyetlerine dayanarak terörist suç örgütlerine yardım ettikleri iddiasıyla tutuklanmaları, kendi başına, ifade özgürlüklerinin ihlalidir. Bu hürriyetten yoksun kılma, gazeteci olarak işlerine devam etmelerine engel olmuş ve onların ve başka gazetecilerin durumunda, mesleki faaliyetlerini yürütürken, özellikle de siyasi veya yargısal makamların, suç örgütü kabul edilen örgütlere mensup olduğundan şüphelenilen kişilere karşı başlatılan yargılamalardaki de dâhil olmak üzere, davranışlarına ilişkin kamusal tartışmalarda fikirlerini ifade etme konusunda otosansür uygulamalarına neden olmuştur.

208. Dahası, başvurucular suçlandıkları Ceza Kanunu hükümlerinin, gazete yazısının yazarının cezai sorumluluğu ve gazetenin sahibi veya genel yayın yönetmeninin sorumluluğu bakımından, açık ve öngörülebilir olmadığını ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi'nin, yazının yazarının tespit edildiği durumlarda gazetenin sahibi veya genel yayın yönetmeninin sorumlu tutulabileceği argümanını reddeden, bu konuya ilişkin 18 Haziran 2006 tarihli kararından beri bu ayırım açık olmuş olmalıdır. Başvurucular, Ceza Kanunu tarafından öngörülmemiş bir cezai sorumluluk tespitine dayanarak, yazarları bilinen yazılar sebebiyle yargıldıklarını iddia etmişlerdir.

209. Başvurucular ayrıca yargı makamlarının onları söz konusu yasadışı örgütler tarafından planlandığı ve hayata geçirildiği iddia edilen şiddet eylemlerine herhangi bir şekilde aktif olarak katılmakla

suçlamadıklarını ileri sürmüşlerdir. Buna ek olarak, yargı makamlarını iyi niyetle yapılmış olan eleştirilerden korumak veya bu örgütlere mensup olduğundan şüphe edilen kişilere karşı alınan tedbirleri izlerken ve bu tedbirler hakkında yorum yaparken bu gibi eleştirileri dile getiren gazetecileri mahkûm etmek demokratik toplumda gerekli değildir.

210. Başvurucular ayrıca Hükümet'in, kamuyu bilgilendirmeleri için ellerinde bulunan ana iletişim kanalları aracılığıyla siyasi eleştiriye cevap vermek yerine, ifade özgürlüğü hakkını ihlal eder biçimde ceza hukuku yaptırımlarını tercih ettiğinden şikâyetçi olmuşlardır.

## **B. Üçüncü taraf müdahiller**

### *1. İnsan Hakları Komiseri*

211. İnsan Hakları Komiseri, ilk olarak, büyük ölçüde Nisan ve Eylül 2016'da Türkiye'ye düzenlediği ziyaretlerinde yaptığı tespitlere dayanarak, Türkiye'deki yaygın ifade özgürlüğü ve basın özgürlüğü ihlallerinin tekrar tekrar altını çizdiğini gözlemlemiştir. Komiser, Türkiye savcı ve mahkemelerinin terörle mücadele mevzuatını çok geniş biçimde yorumladıkları görüşünü dile getirmiştir. Hükümet makamlarına karşı muhalefet veya eleştiri dile getiren birçok gazeteci, herhangi bir somut delil olmaksızın tamamen gazetecilik faaliyetlerine dayanarak tutuklanmıştır. İnsan Hakları Komiseri, genellikle gazetecilerle ilgili soruşturma dosyalarındaki somut deliller onların gazetecilik faaliyetleriyle ilgili olduğundan Hükümet'in iddiasının inandırıcılıktan uzak olduğunu belirterek, Hükümet'in gazetecilere karşı başlatılan ceza yargılamalarının onların mesleki faaliyetleriyle bağlantılı olmadığı iddiasını reddetmiştir. Ne darbe teşebbüsü ne de terör örgütlerinin ortaya koyduğu tehlikelerin basın özgürlüğüne ciddi bir müdahaleyi içeren -eleştirdiği tedbirler gibi- tedbirleri, haklı kılamayacağını ileri sürmüştür.

212. İnsan Hakları Komiseri, başvurucuların yardım etmekle suçlandıkları FETÖ/PDY ve PKK yasadışı örgütlerinin siyasi spektrumun karşı uçlarında yer aldıklarını gözlemlemiştir.

### *2. Özel Raportör*

213. Özel Raportör, terörle mücadele mevzuatının Türkiye'de hükümet politikalarına karşı eleştirel görüşler dile getiren gazetecilere karşı uzun zamandır uygulandığını ifade etmiştir. Bununla beraber, olağanüstü halin ilanından beri, ifade özgürlüğü hakkı daha da zayıflamıştır. 15 Temmuz



2016'dan bu yana 231 gazeteci tutuklanmıştır ve 150'den fazlası halen cezaevindedir ve aleyhlerinde ortaya konulan deliller ya çok belirsizdir ya da herhangi bir delil yoktur.

214. Özel Raportör, “kanun ile öngörölmüş” olmadığı sürece herhangi bir müdahalenin Sözleşme'nin 10. maddesine aykırı olacağını belirtmiştir. Bir müdahalenin ulusal hukukta bir dayanağı olması yeterli değildir; ayrıca kanunun niteliği de dikkate alınmalıdır. Buna göre, ilgili kişiler kanunun kendi durumlarında doğuracağı sonuçları öngörebilmelidir ve ulusal hukuk ifade özgürlüğüne yapılan keyfi müdahaleye karşı birtakım güvenceler sağlamalıdır.

### *3. Müdâhil olan hükümet dışı kuruluşlar*

215. Müdâhil olan hükümet dışı kuruluşlar basın özgürlüğüne yapılan kısıtlamaların darbe teşebbüsünden bu yana önemli biçimde daha belirgin ve yaygın hale geldiğini ileri sürmüşlerdir. Basının demokratik bir toplumda oynadığı önemli rolün altını çizerek, gazetecilerin kamu menfaatini ilgilendiren meseleleri ele aldıkları için tutuklandıklarını belirtmişlerdir. Bu nedenle gazetecilerin tutuklanmasını içeren tedbirlere, ki bunlar otosansürü temin etmek üzere tasarlanmıştır, keyfi biçimde başvurulmasından şikâyetçi olmuşlardır.

## **C. Mahkeme'nin değerlendirmesi**

### *1. Kabul edilebilirlik*

216. Mahkeme, Hükümet'in yukarıda 186. paragrafta ortaya konulan ve başvurucular tarafından karşı çıkılan itirazlarının, başvurucuların Sözleşme'nin 10. maddesi altındaki hak ve özgürlüklerine müdahale olup olmadığının incelenmesiyle yakından ilgili olan meseleler doğurduğu görüşündedir. Bu nedenle onları esas ile birleştirmeye karar vermiştir.

217. Mahkeme, başvurucular Turhan Günay ve Ahmet Kadri Gürsel tarafından bu hüküm altında sunulanlar müstesna olmak üzere, bu şikâyetlerin Sözleşme'nin 35 § 3 (a) maddesi anlamında açıkça dayanaktan yoksun olmadığını ve başka herhangi bir temelde kabul edilemez olmadığını kaydeder. Dolayısıyla kabul edilebilir bulunmalıdırlar.

## 2. Esas

### (a) Temel ilkeler

218. Mahkeme ifade özgürlüğünün demokratik toplumun esas temellerinden biri olduğunu tekrar eder. [İfade özgürlüğü] Sözleşme'nin 10. maddesinin ikinci paragrafına tâbi olmak üzere, yalnızca lehte algılanan veya zararsız yahut önemsiz görülen “bilgi” veya “fikirler” bakımından değil, Devleti veya toplumun herhangi bir kısmını inciten, şok eden veya rahatsız edenler bakımından da geçerlidir. Bunlar çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir, ki bunlar olmadan “demokratik toplum” olmaz (bakınız *Prager ve Oberschlick v. Avusturya*, 26 Nisan 1995, § 38, Series A no. 313; *Castells v. İspanya*, 23 Nisan 1992, § 42, Series A no. 236; *Handyside v. Birleşik Krallık*, 7 Aralık 1976, § 49, Series A no. 24; ve *Jersild*, yukarıda atıf yapılan, § 37).

219. Özel olarak basın özgürlüğü, topluma siyasi liderlerinin fikirleri ve tavırlarını keşfetmek ve bunlar hakkında bir görüş oluşturmak için en iyi araçlardan birini sunar. Özellikle de, siyasetçilere kamuoyunu meşgul eden meseleler üzerine düşünme ve yorum yapma imkânı verir; böylece herkesin, demokratik toplumun en temelinde yer alan özgür siyasi tartışmaya katılmasına olanak sağlar (bakınız *Lingens v. Avusturya*, 8 Temmuz 1986, § 42, Series A no. 103, ve *Castells*, yukarıda atıf yapılan, § 43).

220. Her ne kadar basının özellikle de düzenin bozulmasının önlenmesi ve başkalarının itibarının korunması bakımından bazı sınırları aşmaması gerekse de, basının görevi -yükümlülükleri ve sorumluluklarıyla tutarlı bir biçimde- adaletin işlenmesi de dâhil olmak üzere, kamu menfaatini ilgilendiren her konuda bilgi ve fikirleri yaymaktır (bakınız *De Haes ve Gijssels v. Belçika*, 24 Şubat 1997, § 37, *Reports of Judgments and Decisions 1997-I*; *The Sunday Times v. Birleşik Krallık (no. 1)*, 26 Nisan 1979, § 65, Series A no. 30; ve *Observer ve Guardian v. Birleşik Krallık*, 26 Kasım 1991, § 59, Series A no. 216). 10. madde yalnızca ifade edilen fikir ve bilgilerin içeriğini değil, aynı zamanda iletildikleri biçimi de koruma altına alır (bakınız *Oberschlick v. Avusturya (no. 1)*, 23 Mayıs 1991, § 57, Series A no. 204). Basının bu gibi bilgi ve fikirleri yayma görevi olduğu gibi, halkın da bunları almaya hakkı vardır. Aksi olsaydı, basın hayati olan “kamu bekçi köpeği” rolünü oynayamazdı (bakınız *Thorgeir Thorgeirson v. İzlanda*, 25 Haziran 1992, § 63, Series A no. 239, ve *Bladet Tromsø ve Stensaas v. Norveç [BD]*, no. 21980/93, § 62, ECHR 1999-III). Gazetecilik özgürlüğü ayrıca bir derece abartıya başvurmayı veya hatta provokasyonu da kapsar (bakınız *Prager ve Oberschlick*, yukarıda atıf yapılan, § 38; *Thoma v. Lüksemburg*, no.

38432/97, §§ 45-46, ECHR 2001-III; ve *Perna v. İtalya* [BD], no. 48898/99, § 39, ECHR 2003-V).

221. Dahası, Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamında siyasi konuşmalara veya kamu menfaatini ilgilendiren meselelere dair tartışmalara getirilecek sınırlamalar için az yer vardır (bakınız *Sürek ve Özdemir v. Türkiye* [BD], no. 23927/94 ve 24277/94, § 60, 8 Temmuz 1999, ve *Wingrove v. Birleşik Krallık*, 25 Kasım 1996, § 58, *Reports* 1996-V). Buna ek olarak, izin verilebilir eleştirinin sınırları, özel vatandaşlara veya hatta siyasetçilere kıyasla, hükümet bakımından daha geniştir. Demokratik bir sistemde hükümetin eylemleri veya ihmalleri, yalnızca yasama ve yargı makamları tarafından değil, aynı zamanda basın ve kamuoyu tarafından da yakından gözlenmelidir. Dahası, hükümetin sahip olduğu baskın pozisyon, hükümetin cezai işlemlere başvururken, özellikle de rakiplerinin veya basının haksız saldırılarına ve eleştirilerine cevap vermek için başka araçlar bulunduğu, çekince göstermesini gerektirmektedir (bakınız *Castells*, yukarıda atıf yapılan, § 46).

222. Demokratik bir toplum kavramının en temelinde yatan siyasi tartışma özgürlüğü, halkı terörist saldırılar gerçekleştirmeye teşvik etmediği veya şiddet kullanılmasını onaylamadığı sürece, yasaklı örgütlerin görüşlerinin özgür ifadesini de içerir. Halkın, bir çatışma veya gerginlik durumunu farklı görme biçimleri hakkında bilgi alma hakkı vardır; bu açıdan makamlar, çekinceleri ne olursa olsun, tüm tarafların kendi görüşlerini ifade etmelerine izin vermelidir. Yasaklı örgütlerden çıkan materyalin yayımlanmasının şiddete teşvik riski taşıyıp taşımadığının değerlendirilmesi için, Mahkeme'nin içtihadı açısından, her şeyden önce söz konusu materyalin içeriği ve yayımlandığı arka plan göz önüne alınmalıdır (bakınız, benzer yönde, *Gözel ve Özer*, yukarıda atıf yapılan, § 56).

Bu bağlamda ifade edilen görüşlerin şiddete teşvik içermediği durumda -bir başka deyişle, şiddet eylemlerine veya kanlı intikama başvurmayı savunmadığı, destekçilerinin hedeflerine ulaşmak için terörist eylemler gerçekleştirilmesini meşrulaştırmadığı veya belirlenmiş kişilere karşı derin ve mantıksız bir nefret göstererek şiddeti desteklemesinin muhtemel olduğu şeklinde yorumlanabilir olmadığı sürece- Âkit Devletler toplumunun bunlar konusunda bilgi sahibi olma hakkını, 10 § 2 maddesinde belirlenen amaçlara, yani toprak bütünlüğünün korunması ve ulusal güvenlik ve düzenin bozulmasının veya suç işlenmesinin önlenmesine dayanarak bile kısıtlamamalıdır (bakınız *Sürek v. Türkiye (no. 4)* [BD], no. 24762/94, § 60,

8 Temmuz 1999; *Gözel ve Özer*, yukarıda atıf yapılan, § 56; *Nedim Şener*, yukarıda atıf yapılan, § 116; ve *Şık*, yukarıda atıf yapılan, § 105)

**(b) Müdahale olup olmadığı**

223. Mahkeme, daha önce, ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı etkiye sahip olan bazı durumların, ilgili kişilere -henüz kesin olarak hüküm giymemiş kişilere- gerçekten de bu özgürlüğü kullanmalarına yapılan bir müdahalenin mağduru statüsünü verdiğiine karar vermiştir (bakınız, diğer kararların yanı sıra, *Dilipak v. Türkiye*, no. 29680/05, §§44-47, 15 Eylül 2015). Mahkeme, araştırmacı gazetecilerin çok ciddi suçlardan başlatılan ceza yargılaması sırasında neredeyse bir yıl boyunca tutuklu kalmalarına ilişkin olarak da aynı değerlendirmeyi yapmıştır (bakınız *Nedim Şener*, yukarıda atıf yapılan, §§ 94-96, ve *Şık*, yukarıda atıf yapılan, §§ 83-85).

224. Mahkeme mevcut davada, çalıştıkları günlük gazetenin güncel siyasi gelişmeleri sunuşu ve değerlendirmesinde benimsediği yayın politikasından oluşan olgulara dayanarak, terör örgütlerine yardım etmek olarak nitelendirilen eylemler nedeniyle başvuruculara karşı ceza yargılaması başlatıldığını gözlemlemektedir. Olguların bu şekilde nitelendirilmesi; savcılık makamının başvurucuları Ceza Kanunu'nda ağır cezası olan terör örgütüne yardım etmekle suçladığı, başvurucuların tutuklandıkları iddianamede de yer almıştır.

225. Mahkeme ayrıca başvurucuların bu ceza yargılamaları bağlamında sekiz ila on yedi ay arasında değişen süreler boyunca tutuklu kaldıklarını kaydetmektedir. Mahkeme, başvurucuların tutuklanmalarına ve tutukluluklarının devamına hükmeden yargı makamlarının başvurucuların terör bağlantılı suçlardan suçlu olduklarına dair ciddi ve inandırıcı deliller olduğu değerlendirilmesini yaptıklarını gözlemlemektedir.

226. Mahkeme, başvurucuların aleyhlerinde yürütülen ceza yargılaması bağlamında, ağır cezalar ihtiva eden ve gazetecilik işleriyle doğrudan ilişkili suçlardan tutuklanmalarının, gerçek ve etkili bir kısıtlama olduğu ve dolayısıyla başvurucuların ifade özgürlüğü haklarının kullanılmasına "müdahale" teşkil ettiği görüşündedir (bakınız *Nedim Şener*, yukarıda atıf yapılan § 96, ve *Şık*, yukarıda atıf yapılan, § 85). Bu değerlendirmeye dayanarak Mahkeme, Hükümet'in Turhan Günay ve Ahmet Kadri Yüksel dışındaki başvurucuların mağdur statüsüne dair yaptığı itirazları reddetmektedir.

227. Aynı sebeplerle, Mahkeme benzer şekilde Hükümet'in Sözleşme'nin 10. maddesi altındaki şikâyetler bakımından iç hukuk yollarının tüketilmediğine dair itirazını da reddetmektedir (bakınız, *mutatis*

*mutandis, Yılmaz ve Kılıç v. Türkiye*, no. 68514/01, §§ 37-44, 17 Temmuz 2008).

**(c) Müdahalenin haklı olup olmadığı**

228. Bu gibi bir müdahale, maddenin ikinci paragrafında yer alan gereklilikleri yerine getirmediği sürece Sözleşme'nin 10. maddesini ihlal edecektir. Dolayısıyla müdahalenin “kanun ile öngörülmüş” olup olmadığı, ikinci paragrafta bahsi geçen bir veya daha fazla meşru amaç güdüp gütmeye ve bu amaçlara ulaşmak için “demokratik toplumda gerekli” olup olmadığı değerlendirilecektir.

229. Mahkeme, 10 § 2 maddesi anlamında “kanun ile öngörülmüş” ifadesinin ilk olarak müdahalenin ulusal hukukta bir temeli olmasını gerektirdiğini; ayrıca söz konusu kanunun niteliğine de atıf yaptığını, kanunun sonuçlarını da öngörebilmesi gereken ilgili kişi için kanunun erişilebilir olması gerektiğini ve hukukun üstünlüğü ile uyumlu olması gerektiğini tekrar eder. Takdir yetkisi tanıyan bir kanun; takdir yetkisinin kapsamı ve nasıl uygulanacağı, bireye keyfî bir müdahaleye karşı yeterli koruma sağlamak için yeterince açık biçimde ve söz konusu meşru amaç da göz önüne alınarak belirlenmişse, tek başına bu gereklilik ile uyumsuz değildir (bakınız, diğer kararların yanı sıra, *Müller ve Diğerleri v. İsviçre*, 24 Mayıs 1988, § 29, Series A no. 133; *Ezelin v. Fransa*, 26 Nisan 1991, § 45, Series A no. 202; ve *Margareta ve Roger Andersson v. İsveç*, 25 Şubat 1992, §75, Series A no. 226-A).

230. Mevcut davada başvuru sahiplerinin yakalanmaları ve tutuklulukları Sözleşme'nin 10. maddesi altındaki haklarına müdahale teşkil etmektedir (bakınız yukarıda paragraf 225). Mahkeme halihazırda başvuru sahiplerinin tutukluluğunun Sözleşme'nin 5 § 1 (c) maddesi bağlamında bir suç işlediklerine dair meşru şüpheye dayalı olmadığına ve 5 § 1 maddesi altında özgürlük ve güvenlik haklarının ihlal edildiğine karar vermiştir (bakınız yukarıda paragraf 184). Mahkeme, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 100. maddesine göre, bir kişinin yalnızca suç işlediğine dair kuvvetli şüphe uyandıran delillerin varlığında tutuklanabileceğini kaydetmekte ve bununla bağlantılı olarak, ulusal makamlar başvuru sahiplerinin tutukluluğunun hukuka uygunluğunu denetlerken, meşru şüphenin yokluğunun evleviyetle kuvvetli şüphenin de olmadığı anlamına gelmiş olması gerektiği değerlendirmesini yapmıştır. Mahkeme, 5 § 1 maddesinin (a)'dan (f)'ye alt paragraflarının kişilerin özgürlüklerinden mahrum bırakılabileceği halleri tahdidi olarak içerdiği ve herhangi bir özgürlükten mahrum bırakma durumunun, bu hallerden biri kapsamına girmediği sürece hukuka uygun olmayacağını tekrar

etmektedir (bakınız *Khlaifia ve Diğerleri v. İtalya* [BD], no. 16483/12, § 88, 15 Aralık 2016).

Mahkeme ayrıca Sözleşme'nin 5. ve 10. maddeleri altında hukuka uygunluk gerekliliklerinin her iki halde de bireyleri keyfilikten korumayı amaçladığını gözlemlemektedir (bakınız 5. madde açısından paragraf 143, 145 ve 149 ve 10. madde açısından paragraf 228). Buradan, hukuka uygun olmayan bir tutukluluk tedbiri Sözleşme tarafından güvence altına alınan özgürlüklerden birine müdahale teşkil ettiği sürece, bu özgürlüğün ulusal hukuk tarafından öngörülmesi bir kısıtlaması olarak görülemeyeceği anlaşılır.

Başvurucuların Sözleşme'nin 10 § 1 maddesi altındaki hak ve özgürlüklerine yapılan müdahale 10 § 2 maddesi altında meşrulaştırılmaz, çünkü kanun ile öngörülmemiştir (bakınız *Steel ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*, 23 Eylül 1998, §§ 94 ve 110, *Reports* 1998-VII, ve, *mutatis mutandis*, *Huseynli ve Diğerleri v. Azerbaycan*, no. 67360/11 ve 2 diğer başvuru, §§ 98-101, 11 Şubat 2016). Mahkeme dolayısıyla söz konusu müdahalenin meşru amacı olup olmadığı ve demokratik toplumda gerekli olup olmadığını incelemeyecektir.

231. Buna göre, Sözleşme'nin 10. maddesi ihlal edilmiştir.

## V. SÖZLEŞME'NİN 18. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

232. Son olarak başvurucular (Turhan Günay ve Ahmet Kadri Gürsel dışında), tutukluluklarının Hükümet'i eleştirdikleri için onları cezalandırmak için tasarlandığını iddia etmiştir. Başvurucular, ilk ve devam eden tutukluluğunun amacının gazetecilik faaliyetleri sebebiyle onları yargısal tacize maruz bırakmak olduğunu ileri sürmüştür; Sözleşme'nin 5. ve 10. maddeleriyle bağlantılı olarak 18. maddeye dayanmıştır.

### 2. Mahkeme'nin değerlendirmesi

248. Mahkeme, Sözleşme'nin 18. maddesinin yorumlanmasına ve uygulanmasına ilişkin, özellikle son zamanlarda *Merabishvili* (yukarıda atf yapılan, §§ 287-317) ve *Navalnyy v. Rusya* ([BD], nos. [29580/12](#) ve diğer 4 numara, §§ 164-65, 15 Kasım 2018) kararlarında belirtildiği şekliyle, genel ilkelere atıfta bulunmaktadır.

249. Mahkeme, başvurucuların temel şikâyetinin, Hükümet'e muhalefet ettiği düşünülen gazetenin yayın politikası nedeniyle özellikle

hedef haline geldikleri olduğunu gözlemlemektedir. Mahkeme, başvurucuların ilk ve devam eden tutukluluklarının gazetenin ve onu destekleyen kişilerin Hükümet'e yönelik eleştirilerini susturma yönünde gizli bir amaç taşıdığı iddialarını da not etmektedir.

250. Mahkeme, söz konusu tedbirlerin ve Türkiye'de diğer muhalif gazetelere karşı açılan ceza yargılamalarını bağlamında alınan diğer tedbirlerin müdahil olan üçüncü taraflarca ağır bir şekilde eleştirildiğini not etmektedir. Ancak, Öte yandan, siyasi süreç ve yargı süreci temel olarak birbirinden farklı olduğundan, Mahkeme, *Merabishvili* kararında (yukarıda atıf yapılan, §§ 310-317) ve belirli ilgili unsurlara ilişkin kendi değerlendirmelerinde belirtilen kriterlere uygun olarak (bakınız *Khodorkovskiy v. Rusya*, no. [5829/04](#), § 259, 31 May 2011; *Ilgar Mammadov*, yukarıda atıf yapılan, § 140; ve *Rasul Jafarov v. Azerbaycan*, no. [69981/14](#), § 155, 17 Mart 2016) kararını "hukuki anlamda delillere" dayandırmalıdır.

251. Söz konusu davada Mahkeme, başvuruculara yönelik suçlamaların Sözleşme'nin 5 § 1 (c) maddesi anlamında "makul şüphe"ye dayanmadığına karar vermiştir. Özellikle, başvurucuların işlediği iddia edilen eylemlerine karşı alınan tedbirlerin objektif bir değerlendirmeye dayalı makul şüphelerle gerekçelendirilmediğine; bunun yerine, tedbirlerin başta ifade özgürlüğü olmak üzere, Sözleşme'deki hakların kullanımıyla ilgili olan ve iç hukukta suç haline getirilen bir hareket olarak kabul edilemeyecek yazılı materyallere dayandığına karar verilmiştir.

252. Mevcut davada, Mahkeme, yukarıda, başvuran aleyhine yapılan suçlamaların Sözleşme'nin 5 § 1 (c) maddesinin anlamı çerçevesinde "makul bir şüpheye" dayandırılmadığı sonucuna varmıştır. Bu sonuç, amaçların çokluğu hakkında tartışma ihtiyacını bertaraf etmektedir. Öte yandan, Hükümet başvurucuların aleyhine alınan tedbirlerin amacının makul şüphelerle gerekçelendirildiği argümanını temellendirememişse de, Sözleşme'nin 5 § 1 ve 10. maddelerinin ihlal edilmesi kendi içinde ayrıca 18. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmak için yeterli değildir. (bakınız yukarıda atıf yapılan *Navalnyy*, § 166)

Gerçekten, Mahkeme'nin *Merabishvili* kararında (yukarıda atıf yapılan, § 291) belirttiği gibi, Sözleşme'den doğan bir hakka veya özgürlüğe getirilen kısıtlamanın, buna izin veren fıkranın gerektirdiklerinin tamamını karşılamıyor olması, tek başına, 18. madde kapsamında herhangi bir sorun gündeme getirmeyebilmektedir. Söz konusu madde uyarınca ortaya konulan bir şikâyetin ayrıca incelenmesi, ancak kısıtlamanın Sözleşme'de

öngörülmeven bir amaca hizmet ettiği iddiasının davanın temel yönü olması halinde mümkündür. Yine de, meşru bir amacın yokluğunda, tespit edilebilir gizli bir amaç olup olmadığı sorusuna cevap aranması gerekmektedir. (bakınız yukarıda atıf yapılan *Navalnyy*, § 166).

253. Mahkeme, başvurucular hakkında uygulanan tedbirin bildirilen amacının, 2016 yılında gerçekleşen darbe girişimine yol açan girişimlere ve ayrılıkçı ya da sol görüşlü hareketlerin üyeleri tarafından işlenen şiddet girişimlerine ilişkin soruşturmalar yürütülmesi ve başvurucuların üzerlerine atılı suçları işleyip işlemediğinin tespit edilmesi olduğunu gözlemlemektedir. Bu olaylardan kaynaklanan ciddi düzeydeki karışıklık ve can kayıpları dikkate alındığında, bu olaylarla ilgili soruşturmalar yürütülmesi tamamıyla meşrudur. Ek olarak, darbe girişiminin ülke genelinde olağanüstü hal ilan edilmesine yol açtığına da göz ardı edilmemesi gerekmektedir.

254. Mahkeme, başvurucuların suçlandığı ve haklarında soruşturma başlatılan eylemlerin kronolojik silsilesinde ters bir durum görülmediğini gözlemlemektedir. (karşılaştırmalı olarak bakınız *Kavala*, yukarıda atıf yapılan, §§ 225-28) Başvuruculara 2016 yılının sonunda açılan soruşturmada isnat edilen eylemlerin büyük bir çoğunluğu, 15 Temmuz 2016 tarihli darbe girişiminden önce ya da sonra gerçekleşmiştir. Çoğu 2015 ve 2016 yılında gerçekleşen bu eylemlerin planlanan darbe hazırlığının bir parçası olduğu ya da darbe girişiminin azmettiricisi olduğu iddia edilen kişilere karşı alınan tedbirlere karşı olduğu iddia edilmiştir. Ayrılıkçı ya da sol görüşlü örgütlerin üyelerinin bakış açısı hakkında yapılan haberler 2015 yılında yayımlanmıştır. Bu sebeple, isnat edilen eylemlerle başvurucuların tutuklanmasına yol açan ceza soruşturmasının açılması arasında uzun bir zaman geçtiği söylenemez.

255. Mahkeme, Hükümet yetkililerinin ya da devlet başkanının başvuruculara karşı ceza yargılamalarına ilişkin kamuoyuna açıklamalarda bulunmasının, bazı durumlarda, yargı kararının arkasındaki gizli amaca delil teşkil edebileceğini kabul etmeye hazırdır. (bakınız *Kavala*, yukarıda atıf yapılan, § 229; *Merabishvili*, yukarıda atıf yapılan, § 324; ve *Tchankotadze v. Gürcistan*, no. [15256/05](#), § 114, 21 Haziran 2016) Ancak Mahkeme, söz konusu davada Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı'nın istihbarat servislerine ait silah taşımak amacıyla kullanılan tırların istikameti hakkında yaptığı açıklamaların doğrudan başvurucuların kendisine değil, o sırada yayın yönetmeni olan C.D.'nin şahsı altında bütün Cumhuriyet Gazetesi'ne yönelik olduğunu not etmektedir. Dahası, Anayasa Mahkemesi'nin C.D. ve o sırada Gazete'nin temsilcisi olan diğer bir kişi lehine, kendilerine karşı şüphelerin anayasaya aykırı olduğuna karar verdiği not edilmelidir. Cumhurbaşkanı'nın



Anayasa Mahkemesi'nin kararının bağlayıcı olmadığı, kendisini bağlamadığı, bu karara uymayacağı açıklamalarının hukuk devletinin ana ilkeleriyle açıkça çeliştiği doğrudur. Ancak, böyle bir hoşnutsuzluk açıklamasının kendisi, başvurucuların Sözleşme'yle uyumlu olmayan saiklerle tutuklandığının delili olmaya yetmez.

256. Başvurucular hakkında iddianame hazırlamak da dâhil olmak üzere, yürütülen soruşturmaya katılan savcının kendisinin de FETÖ örgütüne üye olma suçuyla yargılanması olgusu bakımından Mahkeme, başvurucular hakkında tutuklama ve tutukluluk halinin devamının savcılığın değil, sulh ceza hakimliği ya da ağır ceza mahkemesinin bir veya birden fazla üyesinin verdiği kararlara dayanması nedeniyle, bu durumun tek başına Sözleşme'nin 18. maddesinin ihlaline dair belirleyici bir delil olarak kabul edilemeyeceğine karar vermiştir. Dahası, bu durum ortaya çıktığında söz konusu savcı, iddianame hazırlanmadan önce soruşturmada çıkartılmıştır.

Bununla birlikte Mahkeme, başvurucuların bu kadar ciddi bir suçlamaya dayanarak tutuklanmasının başvurucular üzerinde görüşlerini kamuya ifade etme isteklerinde caydırıcı bir etki yarattığını ve onlar ve çeşitli güncel siyasi konu ve Hükümet'in yönetimi hakkında haber ve yorum yapmak isteyen diğer gazeteceler üzerinde oto-sansüre yol açabilecek bir ortam yarattığını kabul etmektedir. Yine de, bu bulgu da, 18. maddenin ihlal edildiğine karar vermek için tek başına yeterli değildir.

Mahkeme, Anayasa Mahkemesi'nin başvurucuların Sözleşme'nin 5. ve 10. maddeleri altındaki şikâyetlerini dikkatli bir şekilde incelediğini ve kararını, çok sayıda karşı oy yazısından anlaşıldığı üzere, derin bir tartışmanın ardından aldığını gözlemlemektedir.

Başvurucuların Sözleşme'nin 18. maddesinin ihlal edildiği iddiasını desteklemek için dayandığı unsurlar, ayrı ayrı ya da bir bütün olarak birlikte ele alındığında, Mahkeme'nin başvurucuların Sözleşme'de öngörülme bir amaç dışında bir amaçla tutuklandığına karar vermek için yeterli homojen yapı gösteren bir bütün teşkil etmemektedir.

Bütün bulguları göz önünde bulunduran Mahkeme, başvurucuların tutukluluğunun Sözleşme'nin 18. maddesi anlamında öngörülme bir amaç güttüğüne yönelik makul şüphenin ötesine geçen bulgulara ulaşamamıştır. Bu sebeple, söz konusu davada Sözleşme'nin 18. maddesi ihlal edilmemiştir.

## VII. SÖZLEŞME’NİN 41. MADDESİ

Mahkeme, her başvurucuya ayrı ayrı manevi tazminat olarak 16.000 Euro ödenmesine karar vermiştir.

### YARGIÇ YÜKSEL’İN KISMİ MUTABIK GÖRÜŞÜ

1. Söz konusu davada, çoğunlukla birlikte, Sözleşme’nin 5 § 1 ve 10. maddelerinin ihlal edildiği yönünde oy kullandım. Çoğunluğun vardığı sonuca katılmakla birlikte, aşağıda belirttiğim gerekçelerle kararda kabul edilen gerekçelerin ve yaklaşımın belirli kısımlarına katılmıyorum.

2. Başvurucuların Sözleşme’nin 5 § 1 maddesi altındaki şikâyetlerindeki esas soru, bana göre, söz konusu eylemlerin ulusal günlük bir gazetede gazeteci olan ya da ilgili vakıfta yönetici olan başvuruculara atfedilip edilemeyeceğidir. Dolayısıyla, bu maddenin ihlaline yol açan gerekçelendirilmede, bana göre, Mahkeme’nin şüphenin makullüğüne ilişkin kriterler ışığında bir değerlendirme yaparak bu eylemlerin başvuruculara atfedilebilirliği sorusuyla sınırlı bir inceleme yapması yeterli olacaktı. Dahası, Sözleşme’nin 10. maddesinde belirlenen ilkeler ışığında bir dizi makalenin, mesajın ve röportajın incelenmesini içeren yaklaşımdan emin değilim. Bilhassa, kararın 173. paragrafında ortaya konulan gerekçenin gerekliliği konusunda ciddi çekincelerim var. Buna ek olarak, bu paragrafta varılan sonuca ve paragrafın içeriğine katılmadığımı belirtmek isterim. Bu paragrafta incelenen ilgili materyaller, halihazırda Mahkeme önünde derdest olan başka bir başvurunun konusunu oluşturduğu için, bu aşamada yorumda bulunmamayı tercih ediyorum.

3. Sözleşme’nin 10. maddesi bakımında, müdahalenin Sözleşme’nin 10. maddesi anlamında “kanunla öngörülüp öngörülmediği” analizi, benim görüşüme göre, ayrı bir inceleme gerektirmektedir ve sadece Sözleşme’nin 5. maddesinin ihlaline dayanılarak otomatik olarak ihlal kararıyla sonuçlandırılmamalıdır. Bu bağlamda, *Ragıp Zarakolu v. Türkiye* (no. [15064/12](#), 15 Eylül 2020) kararında yazdığım mutabik görüşüme referansla, söz konusu davadaki müdahalenin kanunla öngörüldüğüne ve kanunilik yükümlülüğünü karşıladığına inanıyorum. Söz konusu müdahale, 5. maddenin ihlal edildiği kararından bağımsız olarak, gereklilik kriterine dayanılarak incelenmelidir. (bu bağlamda bakınız, *Mehmet Hasan Altan v. Türkiye*, no. [13237/17](#), §§ 202-14, 20 Mart 2018; *Steel ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*, 23 Eylül 1998, § 110; ve *Kandzhov v. Bulgaristan*, no. [68294/01](#), § 73, 6 Kasım 2008) Bu bakımdan, Sözleşme’nin 10.

maddesinin ihlal edildiği sonucuna, başvuruçuların tutukluluğunun Sözleşme'nin 10. maddesi uyarınca orantılı ve "demokratik bir toplumda gerekli" olarak kabul edilemeyeceği gerekçesiyle katılıyorum.

## YARGIÇ KÜRİŞ'İN KISMİ MUHALEFET ŞERHİ

1. Kararın hüküm kısmının yedinci ve dokuzuncu bulgularında karşı oy kullandım.

2. Sözleşme'nin 18. maddesi açıkça ihlal edilmiştir. Başvuruçuların gözetilme alınmalarının, devam eden tutukluluk hallerinin ve kendilerine karşı yöneltilen cezai suçlamaların politik bir yanının olmasının yanında bunlar birer başarısız hukuk kisvesi ile örtülmeye çalışılmış ve aynı şekilde verilen hüküm de (bozulmuş olsa da) politik müdahalelerle lekelenmiştir. Hukuk devletinin temel ilkeleri göz ardı edilmiştir. Bunların hepsi resmi makamların götüğü politikadan kaynaklanmaktadır. Başka türlü devlet makamı için kritik olan bir gazetede çalışan gazetecilere, editörlere veya yöneticilere karşı alınan önlemlerin -resmi makamların gözünde- yayın politikasını değiştirdiği ve "okurlarının dünya görüşü ile açıkça zıtlaşan (bakınız paragraf 42)" bir tutum benimsediğinden bahisle değerlendirilmesi mümkün olabilir mi? Çoğu insan bunu medyaya yöneltilmiş bir siyasi zulüm olarak nitelendirecektir. Hükümet, toplanan olguların başvuruçuların -dolaylı da olsa- 2016'daki askeri darbeye yer aldığını gösterecek nitelikte olduğuna kanaat getirmiştir.

3. Mahkemeler kendilerinden önce gelen davaların değerlendirilmesinde ustaca hareket etmektedirler. Kendileri, isterlerse, her bir olguyu teker teker birbirinden ayırarak incelemekte (ki bu başlı başına sağlıklı bir metottur) ve -bu olguların bir kısmının yahut tamamının resmi makamların yürürlükteki hukuka aykırı hareket ettiğini gösterse de- bunun tek başına yapılanların art niyetli olduğuna ya da "gizli bir amaca" hizmet ettiğine karar vermek için yeterli olmadığına karar vermektedirler. Bu örtmeceler -kural olarak- politik sebepleri işaret eder. Birden fazla hukuk kuralının tek bir davada değil ancak çokça dava nezdinde ihlal edilmiş olmasına, ihlaller arasında bir ilinti bulunmasına ve tarafsız bir gözlemcinin (ya da mahkemenin dışındaki herkesin) delil bolluğu karşısında ikna olacağı ve mahkemenin uygulamasını hatalı bulacağı hallerde bile mahkemeler, resmi makamların davranışlarının art niyetli olmadığı sonucuna varmaktadır. Mahkemeler gerçeklikten bu denli saptığında ve bu sapma son sözü söyleyen devletin en yüksek mahkemesinde meydana geldiğinde, mağdur taraf başta olmak üzere, toplumun büyük bir kesiminin adaletin yerini bulmadığı

duygusunu teskin etmek için yapılabilecek çok az şey vardır. İlgili makamları temize çıkaran kararın her bir davada tekrarlanmasıyla, bir başka ifadeyle, mahkemenin söz konusu art niyetin varlığının farkına bir sürü kararında varamamasıyla, bununla beraber süregelen olguların yan yana bulunduğu kurucu unsurlarının bir sürü mağdurun haklarının ihlal eden bir sistem oluşturmak için birleşmesi adaletin yerini bulmadığını duygusunu güçlendirmektedir.

4. Bu konuda çok az şey yapılabileceğini belirtmiş olmama rağmen en azından bir şey yapılabilir. Bu “şey” ise ilgili mahkemelerin elindedir. Mahkemeler, bu “gizli amacın” lehine ve aleyhine olan bütün olgu ve argümanları derin ve açık bir analize tabi tutarak (derinlik ve açıklık eşit önemde tutularak) ve bunu da tarafların ve üçüncü kişi müdâhillerin art niyet olduğunu ileri süren argümanlarını göstererek ve davaya ilişkin herkesçe bilinen gerçekleri bütün ilgili açılardan, onları bastırmadan değerlendirerek yapabilir. Ancak bu şekilde üçüncü kişilerin -kendi görüşüne zıt bir karar verilmiş olmasına rağmen- mahkemenin verdiği karara güvenilebileceği ve nihai kararın mahkemenin ilgili politik rejime müsamaha göstermesinden, ya da daha kötüsü, bizatihi mahkemenin art niyetinden kaynaklanmadığını kabul edebileceği anlaşılmaktadır.

5. Söz konusu davada Mahkeme, birkaç başvuru nezdinde Sözleşme'nin 5 § 1 ve 10. maddelerinin ihlal edildiğine karar vermiştir. İlgili ihlaller arasındaki ilişki kuşkusuzdur ancak Mahkeme Sözleşme'nin 18. maddesi kapsamında bir ihlal olmadığına karar vermiştir. Mahkeme'nin gözünde, resmi makamların söz konusu davranışlarının muhaliflerine karşı politik zulmünden kaynaklandığı kanıtlanamamıştır. Bu durum, söz konusu iddiaların incelenmesi usulüyle ilgilidir.

## II

6. 18. maddenin ihlal edilmediği sonuca varılmasında kullanılan metodoloji, Mahkeme'nin uygulamasına yerleşmiş niteliktedir. Bu metodoloji ise –bütün Sözleşme'nin de üstüne kurulu olduğu- resmi makamların dürüstlük kuralına uygun hareket ettiği varsayımına dayanmaktadır (bakınız *Khodorkovskiy v. Rusya*, no. 5829/04, § 255, 31 Mayıs 2011). 18. maddenin ihlali, varsayılan dürüstlüğü “bir gizli amaca” ve zorlayıcı bir hukuka dönüştüğü anlamına gelmektedir. Mahkeme, on yıllardır 18. maddenin ihlal edilebilmesi için “inkâr edilemez ve doğrudan” bir kanıtın varlığını aramıştır (bakınız *Khodorkovskiy*, yukarıda atıf yapılan, § 260, ve *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Rusya*, no. 14902/04, § 663,

20 Eylül 2011). Bu kanıt ise başvuru dışında bir başka kişi tarafından ileri sürülemez: eğer başvuru kendi hak ve özgürlüklerinin isabetli olmayan bir neden ile sınırlandırıldığını ileri sürüyorsa, bunun resmi makamlarca öne sürülen amaçtan farklı bir nedenle yapıldığını “ikna edici bir şekilde göstermesi” (salt şüphe yeterli değildir) gerekmektedir. Parantez içinde bunun: “ya da makulce şartlardan anlaşılabilir olması” gerekmektedir (bakınız *Khodorkovskiy*, yukarıda atıf yapılan, § 255, vurgu eklenmiş; ayrıca bakınız § 256), böylece halen başvurucunun art niyet olduğuna dair iddialarının “makulce” kabul edilebileceği ek bir bağlamsal delilin kabulüne yer verilmiştir. Ancak bu imkân, Mahkeme’nin 18. maddeyi ilgilendiren durumlarda bağlamsal analiz yapmaktan kaçındığı uygulamasından hareketle, tamamen farazi ve dar bir ihtimaldir. Bu analiz ne *Khodorkovskiy* ne de sonrasında gelen davalarda, Azerbaycan’ı ilgilendiren iki karara kadar (bakınız aşağıdaki 15-17. paragraflar), uygulanmamıştır. Mahkeme’nin 18. madde kapsamında kabul ettiği ispat standardı, bağlamsal delillerin, bir “saklı amaç” olduğunu iddiasını ne kadar güçlendirdiğine bakılmaksızın, dikkate alınmaması gerektiği yönündedir. Bu durum bizzat “ispat standardının detaylandırıldığı” hal olarak bilinmektedir (bakınız *Tchankotadze v. Gürcistan*, no. 15256/05, § 113, 21 Haziran 2016, ek referanslar ile birlikte).

7. Bazı durumlarda başvuru Mahkeme’ye haklarının ihlal edilmesinin altında yatan bir art niyet olduğunu gösteren çok sayıda bağlamsal delil sunabilmiş ve ispat yükünü Hükümet aleyhine çevirebilmişlerdir. Mahkeme ise bu düşüncelerden etkilenmemiş, “görünüş” başvuru lehine olsa da bu durumu ispatlaması gerekenin başvuru olduğu görüşünü yinelemiştir (bakınız, örnek için, *Khodorkovskiy ve Lebedev v. Rusya*, no. 11082/06 ve 13772/05, §§ 899-903, 25 Temmuz 2013). Belli davalarda Mahkeme başvuruların zor durumu ile politika arasındaki bağlantıyı, mesela resmi makamlarca yapılan ihlallerin belirli politik kişilikler için yararlı olduğu hususunda, kabul etmiş ancak bu “görünüşlerin” ne kadar çok ve istikrarlı olduğuna bakılmaksızın (*Khodorkovskiy* kararında bu bağlantı “politik kurumların ve STK’lerin tavsiye kararlarında, çok sayıda kamuya mal olmuş kişinin açıklamalarında” ve “birkaç Avrupa mahkemesinin bulgularında” bolca bulunmaktaydı: §§ 259 ve 260) politikanın söz konusu ihlallerde bir eli olduğuna kanaat getirmek için – “politik ve yargısal süreçlerin temelden farklı olmasından hareketle”- yeterli olmadığına karar vermiştir (ibid., §258-59). Bu son açıklama “*Khodorkovskiy* formülü” olarak işaretlendirilebilir. Görünüş ne olursa olsun, Mahkeme

kararını “hukuki anlamda delil” üzerine kurmak zorunda olduğuna karar vermektedir. Ancak “inkâr edilemez ve doğrudan” bir kanıtın bu şekilde olduğu kabul edilmektedir. Mahkeme’nin koştığı ispat standardı sadece başvuruçuların bu “gizli amacı” belgelendirebildiği kanıtlardan oluşmaktadır. Bunun mümkün olabilmesi için (i) resmi makamların art niyetli olduğunu ve davranışlarının Sözleşme’de kabul edilmediğini kabul etmesi yahut açığa çıkarması ve (ii) bu delilin bir şekilde başvuruçuların elinde olması gerekmektedir. Normalde failer arkalarında iz bırakmamaya çalışırlar. Devletlerin amaçlarının hukuka uygun olmadığını saklayamadığı birkaç istisna mevcuttur: *Gusinskiy v. Rusya* (no. 70276/01, ECHR 2004-IV); *Cebotari v. Moldova* (no. 35615/06, 13 Kasım 2007); *Lutsenko v. Ukrayna* (no. 6492/11, 3 Temmuz 2012); ve *Tymoshenko v. Ukrayna* (no. 49872/11, 30 Nisan 2013). Ayrıca taraflara yapılan zulümde art niyetli olunduğunun izleri bulunsa da, bu izlerin, yapılan zulmün genel hatlarıyla -başvuruçulara karşı ciddi suçlamalarda bulunulması nedeniyle- “sağlıklı bir çekirdek” oluşturduğu ve bunun izleri etkisiz hale getireceği (18. maddenin ihlal edilmediği sonucuna varılacağı) kabul edilir (bakınız, örneğin, *Khodorkovskiy ve Lebedev*, yukarıda atıf yapılan, § 908).

8. Başka hakimlerce ayrıık görüşlerde (ve bazı akademisyenlerce) belirtildiği gibi “hukuki anlamda bir delil” anlayışının kabul edilmesi başvuruçulara sadece “inkâr edilemez ve doğrudan” bir delil sunma imkânı tanımakta ve bu durum başvuruçular için aşılabilir bir zorluk teşkil etmektedir (bazı başvuruçular başvurularının yapıldığı veya incelendiği süreçte tutuklu bulunmaktadır). Bu nedenle uzun süredir (birkaç istisna ile birlikte) 18. maddeye ilişkin şikâyetlerin -zulüm hakkında bütün dünyanın bildiği nedenlere bakılmaksızın- Mahkemece reddedildiği görülmektedir. Mahkeme’nin “hukuki anlamda delil” yaklaşımının aşırı sınırlayıcı olması ve 18. madde kapsamında ihlal olduğunu saptamaması, rejimler arasında cezasızlık duygusunu ve Sözleşme’nin muhaliflerini Devlet eli ile zulmeden “önemli kişilerle” karşılaştığında geri adım attığı endişesini güçlendirmektedir. Bu durum Mahkeme’nin imajını zedelemektedir.

9. Ek olarak Mahkeme, 18. madde şikâyetlerinin incelenmesini sadece “gerekli görmediği” gibi sahte bir gerekçe ile açıkça reddetmektedir (bakınız, mesela, *Navalnyy ve Yashin v. Rusya*, no. 76204/11, 4 Aralık 2014, ve *Frumkin v. Rusya*, no.74568/12, 5 Ocak 2016). Bazı zamanlar bu kaçamak tavır -*Mudayevy v. Rusya* (no. 33105/05, 8 Nisan 2010)’da olduğu gibi- güvenilemez bir hal almıştır. Mahkeme ilgili kararda 2., 3., 5. ve 13. madde

kapsamında ihlaller bulmuş ve “başvurucuların akrabalarının 5. madde kapsamında özgürlüklerinden herhangi bir garanti olmaksızın yoksun bırakıldıklarını ve bunun Madde 5 § 1 (c) kapsamında “suç işlendiğine dair makul bir şüphe neticesinde bir yetkili makam önüne getirmek için yapılmadığını” kabul etmiş “bu durumun daha önce Mahkeme tarafından irdelendiği neticesinde 18. madde kapsamında değerlendirme yapılmasına gerek olmadığına” karar vermiştir (§128). Mahkeme, *Kasparov ve Diğerleri v. Rusya* (no. 2) (no. 51988/07, 13 Aralık 2016) kararında, “başvurucuların tutuklanmasının ve idari para cezasına çarptırılmalarının kişilerin muhalif politik protesto yürüyüşlerinde katılmasını önleyici ve caydırıcı nitelikte” olduğuna karar vermiş (Madde 5 § 1, 6 § 1 ve 11 hakkında ihlal bulmuş) ancak yine de “bu nedenle” 18. madde kapsamında bir değerlendirme yapılmasına gerek olmadığına karar vermiştir (§ 55). Aynı şekilde *Nemtsov v. Rusya* (no. 1774/11, 31 Temmuz 2014) kararında Mahkeme “başvurucunun tutuklanmasının, gözaltına alınmasının ve idari suçtan hüküm giymesinin keyfi ve hukuksuz olduğuna” ve “bunun kişinin muhalif politik protesto yürüyüşlerinde yer almasını önleyici ve caydırıcı nitelikte olduğuna” (Madde 3, 5 § 1, 6 § 1, 11 ve 13 hakkında ihlal bulmuş) karar vermiş, Bay Nemtsov’un 18. maddeye ilişkin şikâyetinin “ayrı bir durum gözetmediği ve bu maddenin ihlal edilip edilmediğinin incelenmesinin gerekli olmadığı” sonucuna varılmıştır. Benzer bir tutum devletlerarası bir dava olan *Gürcistan v. Rusya (I)* ([BD] no. 13255/07, ECHR 2014 (kısa metin)), davasında benimsenmiş, Mahkeme “koordine bir şekilde Bulgar vatandaşların gözaltına alınmasında” Madde 3, 5 § 1, 5 § 4, 13, 38 ve Ek Protokol No.4 Madde 4 kapsamında ihlal bulmuş, 18. maddenin incelenmesinde ise benzer nedenler gözetmesinden dolayı gerek görmemiştir. Görüldüğü gibi ihlaller bir “gizli amaç” olduğunu istikrarlı bir şekilde açık olarak gösterse de Mahkeme, 18. maddenin incelenmesi hususunda duraksama yaşamaktadır.

10. Bu yeterli değilmiş gibi 18. maddenin uygulanma aralığı, maddenin 6. ve 7. madde ile birlikte uygulanamayacağından dolayı daha da daraltılmıştır ve bu durum -Mahkeme’nin beklenmedik görüşünde- haklara ilişkin bir sınırlama getirmemektedir (bakınız *Navalnyy ve Ofitserov v. Rusya*, nos. 46632/13 ve 28671/14, 23 Şubat 2016, *Navalnyy v. Rusya* tarafından takip edilmiş, no. 101/15, 17 Ekim 2017; *Ilgar Mammadov v. Azerbaycan* (no.2) ile kıyaslandığına ve karşılaştırıldığında başka bir Daire bu duruşu kabul etmemiş ancak soruyu “açık” bırakmıştır). 18. maddenin uygulanmasındaki bu yeni sınırlandırma, 6. maddenin zımni sınırlamalar

içerdiğine karar verdiği çığır açıcı *Golder v. Birleşik Krallık* ([Plenary], no. 4451/70, 21 Şubat 1975) kararı veya Mahkeme'nin herhangi bir çekinme olmaksızın başvuruçuların 18. maddeye ilişkin şikâyetlerini 6. ve 7. madde ile birlikte okunduğunda kabul edilebilir bulduğu (ancak sonrasında 18. maddeyi incelenmekten kaçındığı) *Kasparov ve Diğerleri (no. 2)* ve *Khodorkovskiy ve Lebedev (ikisi de yukarıda alıntılanmış )* kararlarında yerleşmiş uzun süreli içtihadı ile doğrudan zıt düşmektedir.

11. Bu “yargısal öz sınırlandırmanın” sonucunda Mahkeme'nin politik doğası kanıtlanamamış veya ilgilenilmesine yarar bulunulmayan (ilgili Devletteki gelişmeler ne kadar huzursuzluk verici olsa da) başvuruçular listesine demokrasi ve insan hakları koruyucuları da eklenmiştir. Eğer bu gerekçelendirmeler yargı kararları dışında birer medya raporunda yahut bir analistin yorumlarında gündeme gelse idi politik propaganda veya yalan haber karşıtı okurların dikkatini çekerdi.

12. “*Khodorkovskiy* formülü”nde yer alan “politik ve yargısal süreçlerin temelden farklı olduğu” görüşü neye dayanmaktadır?

Eğer bu normatif bir açıklama ise, herhangi biri aksini güçlükle savunabilir. Nitekim bu iki süreç özgürlük, hukuk devleti ilkesi ve insan hakları uğruna gerçekten farklı olmalıdır.

Ancak, eğer bu betimleyici bir açıklama ise, “gizli bir amaç” olduğunda ilişkin argümanların reddedilmeden derince değerdendirilmesi gerekir zira yukarıdaki açıklamanın gerçeklikle bağlantısı oldukça zayıftır. Gerçek hayatta politik ve yargısal süreçler çoğu zaman çakışmakta, hatta bir birlik oluşturmaktadır. 18. maddenin muhtemel bir ihlali, hukuki sürecin politikaya bağlı olduğunu ve boyun eğdiğini gösterebilir ve göstermektedir de. Aksi halde “diktatörlük”, “otokrasi” veya “politik zulüm” siyasi bilimlerin değil, bilim kurgunun birer terimi olurdu. “Gizli amaç” fikri bizzat hukuki süreçlerin politik bir yanlarının da olabileceği görüşüne dayanmaktadır. Mahkeme, böyle bir iddia ile karşı karşıya olduğunda gerekli incelemeyi yapmalı ve bu ihtimalin gerçeklik haline gelip gelmediğine karar vermelidir.

“*Khodorkovskiy* formülü” ve “hukuki anlamda delil”, “inkâr edilemez ve doğrudan delil” ve “detaylandırılmış ispat standardı” gibi türevlerinin dikkatli bir şekilde kullanılması gerekir. Söz konusu formül, 18. maddenin incelenmesi ihtiyacını tetikler zira yargısal denetim “olan” ile “olması gereken”in karşılaştırılmasını gerektirmektedir ancak bu formül argümanların reddedilmesi için kullanılamaz çünkü her zaman “olan”,



“olması gereken” değildir. Mahkeme’nin uygulamasında ise bu formül ve türevleri bu iki fonksiyonu da üstlenmektedir.

13. 18. maddenin uygulanabilirliği o kadar daraltıldı ki madde “Sözleşme’nin Sindirellası”<sup>1</sup> (tabii ki hikâyenin başı, mutlu sonu değil) adını aldı. Uzun sürelerdir var olan “kimin için faydalı (*qui bono*)” sorusu önem taşımaktadır nitekim şüpheden sanık yararlanır ilkesi (*in dubio pro reo*) mağdura değil ancak güçlüye uygulanmaktadır.

### III

14. Bir noktada bu -başvurucu karşıtı- “detaylandırılmış ispat standardı”nın bırakılması gerekiyordu.

15. Ve bırakıldı da. Geç de olsa, *Ilgar Mammadov v. Azerbaijan* (no. 15172/13, 22 Mayıs 2014) ve *Rasul Jafarov v. Azerbaijan* (no. 69981/14, 17 Mart 2016) kararlarında Mahkeme, 18. madde için gereken delilin saptanmasında daha gerçekçi davrandı ve “hukuki anlamda delil” kıstasını “inkâr edilemez ve doğrudan delil” ile sınırlı tutmadı.

16. *Ilgar Mammadov v. Azerbaijan* (yukarıda alıntılanmış) kararında Mahkeme “*Khodorkovskiy* formülü” ve “detaylandırılmış ispat standardı”na değinmiş ancak hemen başvurunun davası hakkındaki “politik zulüm olduğunu gösteren” farklı görüşleri dikkate almış ve “mevcut şartlar kapsamında başvurunun tutuklanması ve cezalandırılmasının fark edilebilir nitelikteki doğası nedeniyle Mahkeme’nin davada ileri sürülmüş düşüncelerden farklı bir analiz yapmasına olanak tanıdığına” karar vermiştir. Mahkeme “başvurucu hakkındaki suçlamaların 5 § 1 (c) maddesi uyarınca “makul bir şüphe”ye dayandırılmadığına” ulaştığı önceki sonucunun “18. maddenin ihlal edildiği sonucunu doğurmak için yeterli olmadığına” ve “resmi makamların davranışlarının gerçekten hatalı bir nedene dayanıp dayanmadığına ilişkin bir delilin olup olmadığına bakılması gerektiğine” karar vermiştir (§ 141). Daha sonra ise Mahkeme, bu delilin “davaya ilişkin ilgili olgulara” ve “Madde 5 § 1 (c) ile ilgili değerlendirmeye olan bağlantısını” incelemeye girişmiş ve arada yeterli bağlantının bulunduğu karar vermiştir. Mahkemece, koşulların “asıl amacının Hükümet’i eleştiren

<sup>1</sup> Güncel diğer yayımların yanı sıra, bakınız, C. Heri, “Loyalty, Subsidiarity and Article 18 ECHR: How the ECtHR Deals with Mala Fide Limitations of Rights”, in *European Convention of Human Rights Law Review* 1 (2020).

başvurucuyu susturmak ve cezalandırmak” olduğuna kanaat getirilmiştir. Böylece resmi makamların davranışlarının başvuruçunun “makul şüphe ile yetkili makam önüne getirilmesinin ötesinde” bir amaç taşıdığı kabul edilmiştir. Bu noktada Mahkeme, Madde 5 § 1 (c) ile birlikte değerlendirildiğinde 18. madde bakımından bir ihlal olduğuna yer vermiştir (§§ 141-44). Böylece “hukuki anlamda delil” nosyonu, “inkâr edilemez ve doğrudan delil” ötesinde bir genişletici yoruma maruz kalmıştır. Bu da Mahkeme’nin ilgili olgulardan mantıksal bağlantılar kurabildiğini ve şartlar neticesinde delile ulaşabildiğini göstermektedir.

17. *Rasul Jafarov* (yukarıda alıntılanmış) kararında ise Mahkeme durumu bir adım öteye taşımıştır. Mahkeme önce “*Khodorkovskiy* formülü” ve “detaylandırılmış ispat standardı”na değinmiş ancak “başvuruçunun tutuklanmasının ve yargılanmasının diğer insan hakları savunucularının davaları ile birlikte ağır uluslararası eleştiriye tabi tutulduğunu” belirtmiş ve *Ilgar Mammadov*’daki gerekçeyi birebir alıntılararak farklı bir analiz yapılmasına olanak tanıdığı sonucuna varmıştır (§ 155). Mahkeme, aynı şekilde, Madde 5 § 1 (c)’nin ihlal edilmesinin tek başına 18. maddenin de ihlal edildiği anlamına gelmediğini belirtmiş ve “davanın koşullarına bağlı olarak, hatalı nedenlerin her zaman asıl nedenleri gösteren suçlayıcı deliller ile kanıtlanamayacağına” fakat bunun “hatalı nedenlerin davranışlar ile takip edildiğini gösterecek yeterlilikte olduğuna” ve “başvuruçunun durumunun izole bir şekilde değerlendirilmemesi gerektiğine” değinmiştir. Mahkemece incelenen olgular “STK’leri hedef alan, onların para toplamasını ve aktif olmasını engelleyen sert ve kısıtlayıcı yasaları”, “Hükümet’in üst dereceli makamlarından kişilerin STK’ler aleyhine konuşmaları” ve “uluslararası örgütlerle iş birliği içerisinde olan çok sayıda önemli insan hakları savunucusunun da benzer nedenlerle tutuklandığı ve yargılandığı gerçeğini” de içermektedir. Bu olgular üçüncü tarafların sundukları kapsamında değerlendirilmiştir. Mahkeme, sonuç olarak “süregelen olguların başvuruçunun ve diğer üçüncü tarafların argümanları lehine olduğunu”, “söz konusu tutuklamaların Azerbaycan’daki insan hakları savunucularına göz açtırmamak için yapıldığına” ve “söz konusu şartların asıl nedeninin insan haklarına ilişkin faaliyetler yürüten başvuruçuyu susturmak ve cezalandırmak” olduğuna karar vermiştir. Bu noktada Mahkeme, Madde 5 § 1 (c) ile birlikte değerlendirildiğinde 18. madde bakımından bir ihlal olduğuna yer vermiştir (§§ 156-63). Sonuç olarak Mahkeme, sadece

kendisinin bulunduğu olgulardan değil, üçüncü kişilerin sunduğu olgu ve delillerden de mantıksal çıkarımlar yapabildiğini göstermiştir.

18. Kısacası, yukarı tartışılan iki karar da Mahkeme'nin "hukuki anlamda delil" anlayışının, *Khodorkovskiy*'deki yargısal nitelendirme ile karşılaştırıldığında, üç alanda ciddi anlamda değiştiğini göstermektedir: (i) uygun delilin sadece "doğrudan" değil, aynı zamanda "bağlamsal" olabileceği kabul edilmiş; (ii) Mahkeme'nin kendisi durumun bağlamsal analizini bağımsız bir şekilde yapabileceğini göstermiş; (iii) art niyetin olduğunu gösteren delilin sadece başvuru tarafından değil, başkaca üçüncü kişiler tarafından da getirilebileceği kabul edilmiştir.

19. Mahkeme'nin 18. madde nezdinde ispat standardına ilişkin yeni yaklaşımı, Büyük Daire'nin 18. maddeye ilişkin içtihadı şekillendirdiği çığır açan *Merabishvili v. Gürcistan* ([BD], no. 72508/13, 28 Kasım 2017) kararı ile kabul görmüş ve güçlendirilmiştir. *Merabishvili* politik zulmün mağdurları için daha adil bir yaklaşım sözü vermiş ve Mahkeme'yi uzun süreli kararsızlığından aklamıştır ancak bu aklama geriye dönük ve kısmidir zira Mahkeme, art niyet olmasına rağmen bu durumun davanın "temel bir kısmını" oluşturmaması halinde 18. madde kapsamında bir ihlal olmayacağına karar vermiştir (§ 291).

20. Büyük Daire, Mahkeme'nin önceki davalarda başvuru sahiplerinin 18. maddeye ilişkin şikâyetlerine kulak vermediğini ve uygulanan standardın hatalı olduğunu açıkça belirtmiştir. Özellikle Rusya'nın davalı olduğu üç karardan bahsetmiştir: *Khodorkovskiy*; *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos*; ve *Khodorkovskiy ve Lebedev* (hepsi yukarıda alıntılanmış; ancak, sadece Rusya'ya ait olmayan başkaca kararlar da bu listeye aday gösterilebilir). Büyük Daire bu kararların 18. maddeyi inceleyen kısımlarını kınamış, kendi içtihadını açıkça kötülemiştir (*Merabishvili*, yukarıda alıntılanmış, §§ 275, 276, 279 ve 309), ki bu adil ve azimli bir tutumdur.

Özellikle "detaylandırılmış ispat standardı" karşısında Büyük Daire, *Merabishvili* kararında art niyetin varlığının saptanmasında Mahkeme'nin "özel kurallardansa olağan yaklaşımına bağlı kalmasını" ve "Mahkeme'nin 18. madde kapsamında kendini doğrudan delil ile sınırlandırmasına gerek olmadığına ya da buna ilişkin iddialar için özel bir standart uygulaması gerekmediğini" açıkça belirtmiştir (ibid, § 316). Büyük Daire, "durumla ilgili delillere, yani birincil olgular hakkındaki bilgilere, ya da bağlamsal olgulara

veya olaylar dizisine” önem verilmesi gerektiğinin altını çizmiştir, “uluslararası gözlemcilerce, STK’lerce, medyaca yahut diğer yerel ve uluslararası mahkemelerce verilen kararların da olaylara ışık tutması için dikkate alınması” gerektiğini dile getirmiştir (ibid, §316). Ancak bu Büyük Daire’nin kararını “hukuki anlamda delil sayılmayan belgeler” kapsamında verdiği anlamına gelmemelidir. Büyük Daire, sadece Mahkeme’nin “hukuki anlam” ve “sağduyuya” ilişkin sınırlayıcı yorumunu düzeltmiştir.

Nitekim “hukuki anlam” sadece hukuki olmamalı, aynı zamanda bir anlam ifade etmelidir.

*Merabishvili*, Mahkeme’nin 18. madde nezdindeki yaklaşımına tekrardan sağduyu kazandırmış ve uygulamasına herkesçe kabul edilen anlayışı kazandırmıştır. Ayrıca Mahkeme’nin ispat standardını diğer “Avrupa” mahkemeleri ile benzer bir yere çekmiştir, zira *Khodorkovskiy* kararında Mahkeme sorumsuzca delilleri kabul edilemez bulmuştur. Hemen sonrasında bu yaklaşım *Navalnyy v. Rusya* (no. 29580/12, 15 Kasım 2018) gibi diğer Büyük Daire ve Azerbaycan’a karşı Daire kararlarında da yer bulmuştur.

#### IV

21. İşbu dava *Merabishvili*’deki yargılamadan sapmıştır. Emin olmak için bu davanın ilgili paragraflarına atıf yapılmıştır (bakınız 250. paragraf, burada *Merabishvili* §§ 310-17’ye atıf yapılmıştır). Bu bir görsel kurnazlıktır. 250. paragrafta Mahkeme’nin kararını, *Merabishvili*’deki kritere dayandırması gerektiği ve belirli olguları kendisinin analiz etmesi ve “hukuki anlamda bir delile” dayandırması gerektiği belirtmiştir. Ancak Mahkeme’nin “kendi analizini” ne ilişkin referansın *Merabishvili* öncesi üç karara yapılmış olması: sadece Mahkeme’nin “kendi değerlendirmesini yaptığı” ve 18. maddeye ilişkin bir ihlal bulduğu *Ilgar Mammadov* ve *Rasul Jafarov* kararlarında değil, aynı zamanda “Mahkeme’nin kendi değerlendirmesinin” var olmadığı ve “özellikli olguların” “hukuki anlamda delil” kabul edilmediği *Khodorkovskiy* kararına atıf yapılmıştır (bu son kararda 18. maddeye ilişkin bir ihlal saptanmamıştır). Söz konusu davada *Ilgar Mammadov* ve *Rasul Jafarov* davalarına atıf yapan kısım ise *Khodorkovskiy*’ye atıf yapmakta ve bu diğer davalarda atıf yapılan kısımlarda kararların kendilerini bu davadan uzakta tutukları görülmektedir. *Merabishvili* de bu ayrıma katılmakta ve açıkça *Khodorkovskiy*’nin “hukuki anlamda delil” ve “inkâr edilemez ve doğrudan delil” anlayışını reddetmektedir.

*Khodorkovskiy*’e ve *Merabishvili*’ye yapılan atıflar yanıltıcıdır. Bu kararın önerdiğine zıt olarak *Khodorkovskiy* görünüşte “makul” bağlamsal bir delilin var olabileceği gerçeğini kabul ederken, özellikle başvuruçularca

getirilmemiş bu delilin karar nezdinde dikkate alınabilir olmadığına ve incelenemeyeceğine karar vermiştir. *Khodorkovskiy* bu tarz delillerin değerlendirilebilir olmadığına karar verirken “bağlamdan makul çıkarım” yöntemine davanın hiç aşamasında başvurmamıştır, bu yaklaşım *Ilgar Mammadov* kararına kadar uygulama bulamamıştır. *Khodorkovskiy* kararında Mahkeme, açıkça “olguları kendince değerlendirmekten” kaçınmış, “biriken olguların, çok sayıda insanın başvuruçunun kovuşturulmasında onu siyaset sahnesinden silme ve varlığına el koyma fikrinin yattığını düşünmesine” neden olduğunu belirtmiştir (§ 259). Bu faktörler arasında “başvuruçunun hapse girmesinden onun siyasi ve ekonomik rakiplerinin faydalanabileceği” gerçeği de bulunmaktadır (§ 258). Mahkeme “başvuruçunun davasının resmi makamların gerçek amacına yönelik bir şüphe uyandırabileceğini kabul etmiş, bu şüphenin yerel mahkemelerde yeterli olabileceğine” kanaat getirmiştir (§260). Mahkeme, “diğer bütün mahkemelerin kendisi ile aynı delillere sahip olduğunu” varsaydığını bile dile getirmiştir. Buna rağmen, Mahkeme “18. madde nezdindeki ispat standardının çok yüksek olduğunu ve yerel mahkemelerden farklı olabileceğini” kabul etmiştir. Mahkeme, politik ve yargısal süreçlerin temelde birbirlerinden farklı olduğunu kabul eden “*Khodorkovskiy* formülü” tabirini ilk kez kullanmış ve “mahkemelerin, politikacılar farklı olarak, karar verirken sadece hukuki delilleri dikkate alabileceğini” eklemiştir (§§ 259 ve 260). Mahkeme bu nedenle art niyete ilişkin iddiaları reddetmiştir.

Başka bir deyişle, *Khodorkovskiy* kararında Mahkeme “hukuki anlamda delil”lerin incelenmesinde sadece “inkâr edilemez ve doğrudan delilleri” dikkate almış, “kendi değerlendirmesini” bu durumdan ayırtmış ve bu anlayışı reddetmiştir. Ayrıca “hukuki anlamda delil” anlamında kendi kısıtlayıcı yaklaşımını diğer Avrupa mahkemelerinkinden farklı tutmuştur (§§ 259 ve 260). Mahkeme, 18. maddeye ilişkin değerlendirmeleri nezdinde kendini sadece hukuki standartların diğer Avrupa mahkemelerince nasıl anlaşıldığı konusunda değil, ayrıca herkesçe kabul edilen bilgilerin de karşısına koymuştur.

*Merabishvili* ise bu tutumdan sapmış olmasına rağmen, işbu dava bu yaklaşımdan halen vazgeçilmediğini göstermektedir.

22. *Merabishvili* kararında “hukuki anlamda delil”den sadece bir kez (§ 275), *Khodorkovskiy*’ye değinilirken bahsedilmektedir. *Khodorkovskiy*’deki yaklaşım reddedilmektedir. Bu kararın *Khodorkovskiy* § 259’a ve *Merabishvili*’nin §§ 309-17’e atıf yapan 250. paragrafı, yapılan atıfta ikinci kararın ilk karardaki yaklaşımı yok saydığına yer vermemektedir ve bu söylenmeden geçilemeyecek kadar gelişigüzel bir durumdur.

Tarafsızlık adına gelişigüzel atıfların bu kararın buluşu olmadığı belirtilmelidir (bakınız aşağıdaki paragraf 38). Ancak burada önemli olan bu

gelişigüzel tutumun 18. maddeye ilişkin başvuru iddiaları içerirken ikna edici olmayan katı bir form almasıdır.

Bu karar, *Merabishvili*'ye değinmiş olmasına rağmen, o kararla reddedilen yaklaşımı geri getirmiştir ve o metodolojiyi başvuru sahiplerinin 18. maddeye ilişkin şikâyetlerinde uygulamıştır.

23. Benzer bir şekilde, bu karar *Ilgar Mammadov* ve *Rasul Jafarov* kararlarına atıf yaparken buralardaki yaklaşımı reddetmiştir. Bu atıflar en az *Khodorkovskiy* ve *Merabishvili* atıfları kadar yanıltıcıdır. Mesela, bu kararın 250. paragrafı "*Khodorkovskiy* formülünden" bahseden *Ilgar Mammadov*'un 140., *Rasul Jafarov*'un ise 155. paragraflarına atıf yapmaktadır ancak bu kararların doğrudan delillerin yanında bağlamsal delilleri de kabul eden sırasıyla 141-144. ve 156-163. paragraflarına atıf yapmamaktadır.

24. *Merabishvili* kararından sonra "inkâr edilemez ve doğrudan" delil yaklaşımının geri gelmeyeceği düşünülmüş olsa da, bu karar ile geriye dönüş yaşanmıştır. Mahkeme'nin kararında açıkça bu ifade yer almamış olmasına rağmen ispat standardının en kısıtlayıcı yaklaşımı olan "*Khodorkovskiy* formülü" bu kararda zımnen uygulanmıştır.

*Khodorkovskiy* kararı, Büyük Dairece kınanmış olmasına rağmen, *Merabishvili* ile aynı kefiye konmuş, Mahkeme bu kararda iki yaklaşımı 18. maddeye ilişkin iddiaları incelerken tek bir öğreti olarak yorumlamıştır. Eğer bu birleştirme ileride gündeme gelebilecek 18. madde ihlalleri için uygulanırsa, *Merabishvili*'de benimsenen yaklaşıma ciddi zarar verecektir.

25. Yukarıda tartışılmış (§ 21-23) yanıltıcı atıf durumu sadece 18. madde ile sınırlı kalmayacak bir sorunu daha ortaya çıkarmıştır. Bu problem ise, Mahkeme'nin içtihatlarına atıf yaparken bunları ifade ettiklerinin aksine kullanması haline karşın bir çözüm olmadığını ve bu durumun politik zulmün mağdurları aleyhine bu kişilere zulmedenler lehine işleyeceğini ve Sözleşme'nin başardıklarına zarar vereceğini göstermektedir.

## V

26. *Merabishvili* öncesi metodolojinin bu kararda uygulanması sadece aşırı kısıtlayıcı ve şekilci değil, aynı zamanda sistem, sinerji ve politika gibi kurumları tanımamaktadır. Bağımsız bir gözlemci için olguların birlikte incelendiğinde birbirini güçlendiren bir sistemi oluşturduğu ve bunun ihlallerin arkasında "gizli bir amaç" olduğunu işaret eden bir politikanın varlığına işaret ettiği anlaşılabilir de bu kararda -kullanılan metodoloji nedeniyle- olguların, ne kadar çok sayıda ve belirgin olursa olsun, birer tesadüften oluştuğu sonucuna varılmıştır. Şüpheyi mahal veren bu

metodolojinin kullanılması suretiyle varılan çağ dışı sonucun herkesin bildikleri ile ters düştüğü açıktır.

Bu davada *Cumhuriyet*'i ilgilendiren durum da aynen bu şekildedir.

27. Bu davada, başvurucuların 18. maddeye ilişkin iddiaları neticesinde varılan sonuç, Türkiye'de 2016'daki askeri darbe girişiminden beri devam eden halkı baskılayıcı tutum hakkında yazılan uluslararası güvenilir kaynaklar ışığında, ikna edici değildir ve güvensizdir. Bu kaynakların çok büyük bir kısmı, aralarında Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri'nin, fikir ve ifade özgürlüğü hakkının korunması ve yaygınlaştırılmasıyla görevli Birleşmiş Milletler Özel Raportörü'nün ve bir dizi STK'nin bulunduğu, üçüncü kişiler aracılığıyla Mahkeme'ye sunulmuştur. Bu kişiler Türkiye Hükümeti'nin yargının bağımsızlığını yitirmesine neden olduğu konusunda şahitlik yapmış, ortada rastgele hataların değil, Hükümet'in yürüttüğü bir politikanın var olduğu işaret etmişlerdir.

28. Üçüncü kişilerin önemli bildirimlerine rağmen bu kişiler kararda sadece şeklen yer almışlardır (bakınız 244-247. paragraf; 105. paragraf). Bu bildirimler alınabilecek en genel formda dikkate alınmış, bu partilerin başvuruculara diğer muhalif gazetecilere karşı yürütülen cezai soruşturmalara karşı ağır eleştirileri *Khodorkovskiy*'deki değerlendirme ışığında -birer hukuki delil olmalarına rağmen- "hukuki anlamda delil" olmadıkları kapsamında değerlendirilmiş ve sonrasında bir kenara konmuştur.

29. Üçüncü tarafların argümanlarına ilişkin bütün değerlendirme tek bir cümlede geçilmiştir.

Eğer Mahkeme içerisinde Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri'nin, fikir ve ifade özgürlüğü hakkının korunması ve yaygınlaştırılmasıyla görevli Birleşmiş Milletler Özel Raportörü'nün yer aldığı üçüncü tarafların görüşleri hakkında kuşkuya kapılmış ise bu kararı okuyanların da aynı şekilde kuşkuya kapılması doğaldır.

30. Üçüncü kişilerin analizi dikkate alınmamış olsa bile, bu kararın bağlamsal olguların ve koşulların değerlendirilmesine ve bununla ilintili olarak söz konusu art niyeti açığa vurabilecek analizi yapmadığı söylenemez.

31. Mahkeme, başvuruculara yöneltilen suçlamaların "makul bir şüpheye" dayanmadığı konusundaki bulgularını yenilemiş ancak -aynı *Ilgar Mammadov ve Rasul Jafarov* kararında olduğu gibi- bunun "tek başına 18. madde bakımından bir ihlale" neden olmayacağını belirtmiştir (paragraf 252). Burada bir sorun yok.

Bundan sonra Mahkeme, askeri darbeye ilişkin soruşturmaların yürütülmesinin meşru olduğuna ve “ tarafların tutukluğuna karar verilmesi ile şüphe duyulan davranışların incelenmesi arasında aşırı bir zaman farklılığının olmadığına” karar vermiştir (253-254. paragraflar). Burada da bir sorun yok.

32. Mahkeme, Cumhurbaşkanı'nın -bir tanesi “açıkça hukuk devleti ilkesinin temeline zıt olarak” nitelendirilmiş- açıklamalarının “bizzat başvuruçulara değil, bütün *Cumhuriyet* gazetesine C.D.'nin yayın yönetmenliği doğrultusunda yöneltildiğini ve bu nedenle haklı kılındığını” kabul etmiştir. Bu ne anlama gelmektedir: gazetenin “tamamının” kendi başına var olduğunu ve kendisinin editörlerinden, gazetecilerinden ve yöneticilerinden **bağımsız olduğu** anlamında mı gelmektedir? Buna kim inanır?

Ayrıca “memnuniyetsizliğin dile getirilmesinin (AYM kararı hakkında)” başvuruçuların cezasının Sözleşme ile bağdaşmayan bir saikle verildiği kararının verilmesi için yeterli olmayacağı belirtilmiştir (ibid). Buradaki sorun, neyin yargı üzerindeki politik baskının masum bir “memnuniyetsizlik belirtisi” olarak nitelendirilmesine neden olduğudur. Cumhurbaşkanı'nca yapılan açıklama, bütün olaylara bakıldığına, her şey olabilir ancak masum olamaz nitekim bu bir niyet açıklamasıdır - “Rüzgarın yönünü anlamak için meteoroloji uzmanına ihtiyaç duyulmaz”.<sup>2</sup>

Mahkeme “cezai soruşturmalar hakkında yapılan açıklamaların belirli durumlarda bir yargı kararı arkasındaki art niyeti gösterebileceğini” kabul etmiştir. Bu noktada bu açıklamaların hangi “belirli” durumlarda art niyeti gösterebileceği veya bu belirli hallerin ne zaman gerçekleştiği açıklanmamıştır.

AYM'nin iki kişi hakkındaki şüphelerin Anayasal dayanaktan yoksun olduğuna ilişkin kararına önem verilmiştir (ibid). Ancak bu önemsizdir zira en yüksek dereceli mahkeme yargılamasının arkasında “bir başka amaç” olup olmadığını incelememiştir, AYM'nin gerekçesinde bu durum yer almamaktadır.

Mahkeme, başvuruçuların aldığı cezaların cüz'i bir caydırıcılığın ötesinde Hükümetin işleyişi ve politik konular hakkında gazetecilik yapan herkes için kişisel sansüre neden olabileceğini kabul etmiştir. Ee ne olmuş? “Sonuçta, bu da duvardaki başka bir tuğla”.<sup>3</sup>

Mahkeme “başvuruçularca 18. maddenin ihlal edildiğini gösteren bulguların, ayrık veya birlikte, verilen cezaların Sözleşme'de yer almayan bir amaç güttüğünü ve dava için bir temel teşkil ettiğini homojen yapıda gösteren bir bütün olmadığına” ve “başvuruçuların tutuklanmasının makul şüpheyi aşan bir şekilde Sözleşme'de belirtilmemiş bir amaçla gerçekleşmediğine”

<sup>2</sup> Bob Dylan, “Subterranean Homesick Blues”, Bringing It All Back Home albümünden, 1965, Columbia Records.

<sup>3</sup> Pink Floyd, “Another Brick in the Wall – Part 2”, The Wall albümünden, 1979, Harvest.



kanaat getirmiştir. Sonuç olarak “18. maddenin söz konusu davada ihlal edilmediğine” karar vermiştir. *Kasparov v. Diğerleri (no.2)* (yukarıda alıntılanmış) kararında Mahkeme, başka hükümlere ilişkin bir ihlalin bulunması nedeniyle 18. maddenin incelenmesinde gerek görmemiştir. Bu karardaki sonuç da buna benzerdir ancak aradaki tek fark “incelenmesine gerek görülmemiştir” ifadesi yerine “olgular ne olursa olsun, ne kadar şüpheli olursa olsun, bunların bir art niyet gösterecek nitelikte olmamasıdır” ifadesinin kullanılmasıdır. Otoriteyi temize çıkarmada, kötülüğe teşvikte ve rejimin cezasızlık duygusuna katkıda bulunmada iki karar aynı sonucu doğurmaktadır.

33. Özetle, ayrıca incelenen her bir olgu makul kılınmıştır (ancak bütün ilgili olguların incelenmediği konusunda, bakınız paragraf 34). “*Khodorkovskiy ve Lebedev* (yukarıda alıntılanmış) kararlarında büyük role sahip “görünüş” tabiri, Mahkeme’nin gerekçelendirmesinde yer almamaktadır ve incelenen bütün olgular, sanki birer tesadüfi “görünüştürmüşçesine” değerlendirilmişlerdir.

34. Yukarıdaki sonuçların “bir gizli amaç” olduğunu göstermek için yeterli olmadığı ve bu nedenle 18. madde kapsamında bir ihlal olmadığı varsayımı kabul edilse de bu olguların “birlikte yeterli olmadığı” düşüncesi oldukça zorlamadır. Mahkeme’nin 18. maddeye ilişkin ihlali değerlendirdiği kısımda bu sonuç hiçbir şekilde gerekçelendirilmemiştir.

35. Hem olgular hem de genel bağlam hakkında fikir sahibi olan üçüncü taraflar için aksi ortadadır. Belirtildiği gibi, kendileri bulgularını sunmuş, bunlar layığıyla dikkate alınmamıştır.

36. Önceki paragrafta farazi olarak kabul edilen varsayım olağanca güçsüzdür. Yalanlanan belli olguların kendi başlarına bile 18. madde uyarınca bir ihlal teşkil ettiğini söylemek mümkündür.

Cumhurbaşkanı’nın “Bu haberi her kim yazdıysa cezasını çekecek, bu iş burada bitmez” açıklamasına rağmen halen ortada “saklı bir amacın” olmadığına karar vermek nasıl mümkün olabilir?<sup>4</sup> Bu tehdit havada kalmamış, bizzat gerçekleştirilmiştir. Ancak Mahkeme’nin değerlendirmesinde başvuruçuların yer verdiği bu açıklama yer almamış, bu konu tek başına bile değerlendirilmemiştir. Kararın Cumhurbaşkanı’nın açıklamalarından bahseden kısmı bu açıklamalara çoğul anlamda yaklaşmış

<sup>4</sup> Cumhurbaşkanı’nı eleştiren kişilerden birinin yargı kararlarına saygı duyulmaması hakkında yorumu şöyledir: “Yargı kararlarına saygı yalnızca kendi muhalifleri tutuklanmışsa Cumhurbaşkanı tarafından talep edilmektedir.” Bakınız E. Temelkuran, “How to Lose a Country: The Seven Steps from Democracy to Dictatorship” (London: 4th Estate, 2019), p. 35.

ancak sonrasında bunlara ilişkin değerlendirmeyi sadece Cumhurbaşkanı'nın "memnuniyetsizliğini" belirttiği açıklama üzerinden yapmıştır.

Ancak ülkedeki en güçlü politik aktörün ilgili haberi yazan kişiye yönelttiği doğrudan tehdidine ne demeli? Bu da mı sadece "memnuniyetsizlik" belirtisi? Yoksa bu açıklamada da kişilere değil ancak gazetenin geneline mi yöneltilmiş, ayrıca bu açıklama "bir yargı kararının arkasındaki art niyetin" var olduğu "belli durumlardan" biri midir?

37. Ayrıca ayırık yahut birlikte incelenmeyen diğer bağlamsal olgular hakkında ne demeli? Rasul Jafarov kararında "STK'leri hedef alan oldukça sert ve kısıtlayıcı yasama faaliyetlerinin genel bağlamı oluşturduğu için göz ardı edilmemiş": ilgili düzenlemenin 18. maddeyi ihlal ettiğine ilişkin kararda önem taşıdığı gözükmektedir. Bu davada mercək altına alınan yasama faaliyetleri Mahkeme için yeni değildir zira birçok davada bunların Sözleşme'yi ihlal ettiği kabul edilmiştir.

38. Asıl önemli olan bu davanın münferit bir dava olmamasıdır. Bu dava, askeri darbe sonrası sivil halkın, özellikle medyanın susturulmasına ilişkin süregelen pek çok davanın bir parçasıdır. Bu gelişmeler dünyadaki sayısız gözlemci tarafından dile getirilmiştir. Bunlar her gün haberlerde yer almıştır ve halen de almaktadır.<sup>5</sup>

39. Üçüncü kişiler mevcut dava için sundukları dosyayı başka davalar için de sunmuşlardır. Ayrıca bunu iyi bir neden için yapmışlardır zira her bir bireysel davanın birbirine bağlı olduğunu ve Türk makamların muhaliflerine karşı ortaya koyduğu tutumun kalıplaştığını göstermektedir. Bu davalar resmi makamların birçok başvurucuya karşı davranışlarını ve bu davranışların arkasında yatan amacı gösteren davalardır.

Bu davaya daha büyük bir resmin parçasıymış gibi davranmak, herkesçe kabul gören anlayış ve sağduyu ile desteklenmekte ve yalanlanan olgulara tarafsız ve gerçekçi bir şekilde yaklaşmaktadır. Sağduyunun ve herkesçe kabul gören bilginin resmi makamlarca benimsenen bir politikayı işaret ettiği hallerde bunların "hukuki algıyı" aydınlatması gerekmez mi?

Eğer ihlallerin arkasında bir politika olduğu bulunursa burada herhangi bir art niyetin olmadığına karar vermek mümkün olmamalıdır. Ayrıca, bu art niyet ilk bakışta davanın temelini oluşturmaktadır. Aksini iddia etmek için çok güçlü nedenlere ihtiyaç vardır. Eğer Mahkeme'nin analizi art niyet olduğuna dair lehte ve aleyhte olguların değerlendirmesinden oluşuyorsa,

---

<sup>5</sup> Ne gariptir ki, Daire'nin bu dava hakkında görüştüğü sırada, Avrupa Konseyi Türkiye'deki gelişmelere de dikkate değer bir önem atfedilen, gazetecilere yönelik siyasi zulme ilişkin bir kitap yayımlamıştı. Bakınız M. Clark, W. Horsley, "A Mission to Inform: Journalists at Risk Speak Out" (Strasbourg: Council of Europe, 2020). Mahkeme, Avrupa Konseyi'nin bir organıdır, değil mi?

lehte belli olguların bastırılması bu analizin 18. madde kapsamında bir ihlali saptamak için yeterli derinlik ve açıklıkta olmadığına işaret eder.

40. Mahkeme şayet ortada bir art niyet olduğuna karar vermiş ancak bunun temel teşkil edecek ve baskın bir karakterde olmadığına bu nedenle 18. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiş olsa idi buna itiraz etmem daha zor olurdu.

Ancak bu kararda Mahkeme, ortada bir art niyetin olmadığına karar vermiştir. Bu durum, üçüncü tarafların bulguları ışığında, 2016 sonrasında Türkiye’de meydana gelen olaylarla açıkça zıt düşmektedir.

Mahkeme’nin ortada bir art niyetin olduğunu kabul etmeye en çok yaklaştığı an, “memnuniyetsizlik belirtisi”nin başvuruçuların aldığı cezanın Sözleşme ile ters düşen bir art niyet teşkil etmediğini belirttiği andır, ancak bu yarım kabul bu amacın üst düzey olmaması ve dava için temel teşkil etmemesi nedeniyle etkisiz hale gelmiştir. Ancak burada söz konusu amacın üst düzey olmamasına ilişkin herhangi bir mantıksal, olgusal yahut hukuki analiz mevcut değildir.

Mahkeme kararları kâğıda basılır. Kâğıt her şeyin üstesinden gelebilir çünkü o üzerinde basılan yargısal doğruya karşı hissiz ve cevapsızdır. Buna rağmen yargısal doğrunun gerçek doğruyu yansıtması gerektiği kabul edilmelidir.

## VI

41. Mahkeme’nin 18. maddeye ilişkin ihlalleri içtihadında nasıl değerlendirdiğine dair hem Merabishvili öncesi hem de sonrasında önemli endişeler mevcuttur.<sup>6</sup> Bu kararın verildiği tarihten beri Mahkeme’nin prensipli bir duruş benimsediği haller olmuştur. Bunlardan biri *Kavala v. Türkiye* (no. 28749/18, 10 Aralık 2019) kararıdır. Bu arada, Kavala (§ 217) kararı da “*Khodorkovskiy formülü*”ne ve paragraf 23 ve üstünde bahsedilen *Ilgar Mammadov* ve *Rasul Jafarov* kararlarına atıf yapmaktadır. Ancak Kavala kararında, Mahkeme’nin üçüncü kişilerden gelen bulgulara yaklaşımı bu karardakinden çok farklıdır ve farklı bir sonuca varılmasına neden olmuştur.

42. 18. maddeye ilişkin şikâyetlerin değerlendirmesindeki gelişme süreci halen ufukta bir yerdedir.

Bu dava sadece o ufku bir adım uzağa taşımıştır.

---

<sup>6</sup> Bu konuda kendi makaleme atıfta bulunuyorum: “Wrestling with the ‘Hidden Agenda’: Toward a Coherent Methodology for Article 18 Cases”, in K. Lemmens, S. Parmentier, L. Reyntjens (eds.). *Human Rights with a Human Touch: Liber amicorum Paul Lemmens*. Cambridge, Antwerp, Chicago: Intersentia, 2019.

