

---

# AYM'NİN OSMAN KAVALA'NIN CASUSLUK SUÇUYLA TUTUKLANMASI KONUSUNDA KARARINA KARŞI GÖRÜŞ BİLDİREN ÜYELERİN GEREKÇELERİ

## Zühtü ARSLAN –Başkan

16. Somut başvuruya konu tutuklama kararında suçlamanın temel dayanağı, başka bir ifadeyle suç işlendiğine dair kuvvetli belirti olarak gösterilen olgu başvuruçunun H.J.B. ile olan irtibatıdır. Amerikan vatandaşı bir akademisyen olan ve bir düşünce kuruluşunda Orta Doğu analisti ve uzmanı olarak çalışan H.J.B., soruşturma mercilerine göre, PKK/KCK ve FETÖ/PDY terör örgütleriyle yoğun ve derin bağlantıları bulunan biridir. H.J.B.nin 5 Temmuz 2016 günü Büyükdada'da bir otelde düzenlenen göstermelik bir toplantıya katılarak buradan darbe teşebbüsünü takip ettiği, gerekli tüm uluslararası irtibatları sağladığı, 18 Temmuz 2016 tarihinde de bir lokantada başvuruçuyla görüştüğü ve sonrasında Türkiye'den ayrıldığı ileri sürülmüştür.

17. Başvuruçucu ise H.J.B.yi 2000 yılından itibaren tanıdığını, bazı uluslararası konferanslarda bir araya geldiğini, bu konferansların hiçbirinin gizli olmadığını, hatta bir kısmına bazı kamu görevlilerinin de katıldığını, çalışma ofisinin olduğu yerde çok sayıda otel bulunduğundan telefonlarının aynı baz istasyonundan sinyal vermesinin anlaşılabilir bir durum olduğunu, bu kişiyle Karaköy'deki lokantada buluşmadığını, sadece karşılaştığını belirtmiştir.

18. Soruşturma mercileri, başvuruçunun H.J.B. ile bağlantısıyla ilgili olarak bu ifadelerin aksini gösteren somut veriler ortaya koyamamışlardır. Gerek tutuklama kararında gerekse iddianamede birtakım varsayımlardan hareketle bazı çıkarımlar yapılarak yöneltilen soyut iddialar atılı suçun işlendiğine dair olgular olarak ifade edilmiştir. Bunun ötesinde başvuruçunun H.J.B. ile telefonla veya yüz yüze yaptığı belirtilen görüşmelerinin içeriğine ilişkin somut hiçbir bilgiye yer verilmemiştir.

20. Soruşturma belgelerinde başvuruçunun savunmasının ve tanık ifadesinin aksine bir belirti ortaya konabilmiş değildir. Dahası bir an için böyle bir görüşmenin gerçekleştiği kabul edilse bile, bu görüşmenin içeriğine dair herhangi bir iddia bulunmamaktadır. Bu nedenle yapıldığı varsayılan böyle bir görüşmenin başvuruçunun üzerine atılı casusluk suçunu işlediğine dair kuvvetli belirti olarak kabul edilmesi mümkün görünmemektedir.

21. Diğer yandan HTS ve baz istasyonu kayıtlarından hareketle başvuruçunun muhtelif tarihlerde H.J.B. ile görüşmeler yaptığı ileri sürülmüştür. Aynı şekilde bir an için tüm bu görüşmelerin gerçekleştiği varsayılsa bile bunların içeriklerine dair hiçbir bilgi, dahası iddia dahi bulunmamaktadır. İstanbul'da doğup büyüyen ve Türkiye üzerine akademik çalışmaları bulunan H.J.B. ile telefon görüşmesi yapıldığı yönündeki kayıtlar, devletin gizli kalması gereken bilgilerini siyasal veya askerî casusluk amacıyla temin etme suçu bakımından kuvvetli belirti kabul edildiği takdirde, yıllar içinde bu kişiyle bir şekilde telefonla görüşmüş olan herkesin casusluk suçu bakımından kuvvetli

şüphe altında olduğu ve dolayısıyla da tutuklanabileceği gibi hukuken hiçbir şekilde izah edilemeyecek bir durum ortaya çıkacaktır. Dolayısıyla, yabancı istihbarat servislerine çalıştığı ileri sürülen bir akademisyenin görüştüğü kişilerin, görüşmelerin içeriğine dair herhangi bir tespit olmadan, salt bu görüşmeler nedeniyle casusluk suçunu işlediklerinin ileri sürülmesi ancak varsayımına dayanan ve soyut değerlendirmelerle mümkün olabilir.

22. Bu bağlamda, somut başvuruya ilgili en önemli mesele başvurucağın tutuklandığı siyasal veya askerî casusluk suçunun varlığına dair kuvvetli belirti bir yana basit şüphenin dahi ortaya konulamamış olmasıdır. TCK'nın "Siyasal veya askerî casusluk" kenar başlıklı 328. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre "Devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları bakımından, niteliği itibarıyla, gizli kalması gereken bilgileri, siyasal veya askerî casusluk maksadıyla temin eden kimseye onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezası verilir." Madde gerekçesine göre "temin edilen bilgilerin Devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları gereği gizli kalmasının zorunlu", yani "sır niteliğinde" olması gerekmektedir.

24. Casusluk suçuna ilişkin bu bilgiler kapsamında somut olaya bakıldığında kuvvetli suç şüphesinin varlığını tespit etmeye yönelik temel soru şudur: "Başvurucağın devletin gizli kalması gereken hangi bilgilerini temin etmiştir?" Bu sorunun cevabı ne tutuklama kararında ne de iddianamede bulunmaktadır. Daha da önemlisi başvurucağın hangi gizli bilgileri kimden, nasıl ve nerede temin ettiğine dair herhangi bir açıklama olmadığı gibi, kendisiyle "yoğun irtibatı" olduğu varsayılan H.J.B.nin hangi gizli bilgilere sahip olduğu ve bunları nasıl temin ettiği de soruşturma belgelerinden anlaşılmamaktadır.

25. Başvurucağın kurduğu ve desteklediği STK'lar vasıtasıyla devletin güvenliği ve siyasi yararları bakımından niteliği gereği gizli kalması gereken bilgileri elde ettiği, bunları Türkiye aleyhine ve yabancı devletlerin lehine kullandığı ileri sürülmüştür. Belirtmek gerekir ki sivil toplum örgütlerinin en önemli görevi ülkenin sosyo-ekonomik ve politik meseleleri üzerine araştırmalarda bulunmak, analizler yapmak, raporlar hazırlamak ve öneriler üretmektir. Kuşkusuz STK'lar da casusluk amacıyla kullanılabilir. Ancak bir STK'nın casusluk olarak nitelendirilebilecek faaliyetler yürüttüğünün veya bu tür faaliyetlerin örtülmesi amacıyla kullanıldığının soyut ve genel suçlamalarla değil, somut bilgi, belge ve olgulara dayanılarak gösterilmesi gerekir. Aksi takdirde her STK, benzer suçlamalarla etkisiz ve işlevsiz hale getirilebilir. Somut başvuruya konu soruşturma belgelerinde başvurucağın ilişkili olduğu STK'ların hangi gizli bilgileri elde ettikleri, Türkiye'nin aleyhine olacak şekilde bunları nasıl kullandıkları ve hangi ülkelere verdikleri açıklanmış değildir.

28. Öncelikle belirtmek gerekir ki tutuklamanın hukukiliğini incelerken Anayasa Mahkemesinin görevi, çoğunluğun da vurguladığı üzere, "başvurucağın isnat edilen eylemlerin hangi suçun konusunu oluşturduğunu" tespit etmek değil, "soruşturma mercilerince ortaya konulan ve tutuklamaya esas alınan olguların başvurucağın yönünden kuvvetli suç belirtisi niteliğini taşıyıp taşımadığının belirlenmesidir" (§§ 90, 91). Bu nedenle odaklanılması gereken nokta, tutuklama kararında belirtilen delillerin gerçekten bir suçun işlendiğine dair kuvvetli şüphe olarak kabul edilip edilemeyeceğidir.

30. Ne var ki tüm bu kabuller, hangi suçtan olursa olsun tutuklama kararı verilebilmesi için mutlaka kuvvetli şüphenin bulunması zorunluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Dolayısıyla casusluk suçunun temel özelliğinin gizlilik olduğu tespitinden hareketle varsayımlara dayanan, soyut ve genel açıklamaların suçun işlendiğine dair kuvvetli belirti olarak kabul edilmesi, son tahlilde Anayasa'nın ve kanunların kişi hürriyeti ve güvenliği bakımından sağladığı güvenceyi anlamsız ve işlevsiz kılabilecektir.

35. Başvurucunun H.J.B. ile gerçekleştiği iddia edilen görüşmeleri 2013-2016 yıllarına ilişkindir. Yukarıda belirtildiği gibi (bkz. §§ 2, 3), bu bilgilerin sürecin başlangıcından itibaren soruşturma makamlarının elinde olduğu bilinmektedir. Başvurucunun 9/3/2020 tarihinde casusluk suçundan tutuklanmasına delil olarak gösterilen irtibata dair bilgiler genel hatlarıyla üç yılı aşkın bir süreden beri soruşturma dosyasında mevcuttur. Bu süre içinde bir de casusluk suçundan tutuklamayı haklı kılacak, söz konusu irtibatın içeriğine dair yeni bir olgu ortaya konabilmiş değildir. Bu nedenle H.J.B. ile irtibatın tespitinin üzerinden üç yılı aşkın bir süre geçtikten sonra başvurucunun casusluk suçundan tutuklanmasının neden gerekli olduğu soruşturma makamları tarafından gösterilmemiştir.

37. Başvurucu hakkında son üç yıl içinde temelde aynı delillere dayalı olarak üç kez tutuklama, üç kez tahliye, bir kez de beraat kararı verilmiştir. Başvurucunun H.J.B. ile ilişkisi baştan itibaren tüm tutuklama kararlarında yer almıştır. Bu ilişkiye dair hususlar başvurucu hakkındaki ilk tutuklama kararında 15 Temmuz darbe teşebbüsüne ilişkin suçlama bakımından kuvvetli suç şüphesini gösteren olgu olarak kabul edilmiştir. Bu suçlamayla ilgili olarak başvurucu hakkında tahliye kararı verilmiş olmasına rağmen, Gezi olaylarıyla ilgili davada beraatına ve tahliyesine karar verilmesi üzerine başvurucu aynı suçtan dolayı ikinci kez yeniden tutuklanmıştır. Bu ikinci tutuklama kararında da kuvvetli suç şüphesi bakımından esas olarak H.J.B. ile olan ilişkiye dayanıldığı görülmektedir. Aynı şekilde bu ikinci tutuklamadan kısa bir süre sonra siyasal veya askerî casusluk suçundan dolayı başvurucunun üçüncü kez tutuklanması da H.J.B. ile ilişkisine dayandırılmıştır.

38. Başvurucunun ikinci ve üçüncü kez tutuklanmasına karar verilirken H.J.B. ile ilişkinin mahiyetine ve içeriğine dair herhangi yeni bir bulgu ortaya konulamamıştır. Bu durumda hakkında resen tahliye kararı verilen başvurucunun temelde aynı olguya dayanılarak, üstelik öncesinde anayasal düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs etme suçundan ikinci kez tutuklanmış olmasına rağmen bir de casusluk suçundan yeniden tutuklanmasının neden gerekli olduğunun soruşturma belgelerinde gösterildiğini söylemek mümkün değildir.

39. Sonuç olarak (a) başvurucunun H.J.B. ile ilişkisine dair bilgilere soruşturma mercileri tarafından üç yılı aşkın bir süre önce erişilmesine, (b) bu ilişkinin niteliğine veya kapsamına dair (yeni) tespitler bulunmamasına, (c) aynı deliller nedeniyle daha önce iki kez tutuklama kararı verilmesine ve (d) en önemlisi bunlardan birinde resen tahliye uygulanmasına karşın, aynı delillerin bu kez bireysel başvuruya konu siyasal veya askerî casusluk suçu bakımından tutuklamaya dayanak olarak kabul edilmesi tutuklama tedbirinin ölçüsüz olduğunu ortaya koymaktadır.

## Hasan Tahsin GÖKCAN- Başkan Vekili

7. Tutuklamaya temel olan casusluk suçunun konusunu, "Devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları bakımından niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bilgiler oluşturmaktadır. Başka deyişle suçun konusu "devlet sırrı"dır. Sır, ilgili olmayanlarca bilinmeyen, bilinmemesi gereken ve sır sahibinin yararları bakımından gizliliği korunması gereken bilgidir. Bir gerçek kişinin özel hayatının en dar alanına giren veya bir şirketin ticari bilgilerine ilişkin sırlarda olduğu gibi, açık kaynaklardan görülebilen, ilgili ilgisiz çoğu kimsenin bilebildiği veya zaman zaman alenileşen bilgilerin sır olduğu söylenemez. Konu devlet sırrı olunca, bunların da her türlü gizli bilgi olmayıp, özünde gizli (ilgisi olmayanların bilgisine kapalı) olup Devletin güvenliği veya siyasal yararları gereği gizli kalması gerekli görülen bilgiler olduğu söylenebilir. Ayrıca ilgili sır bilginin bu nitelikte gizli kalması gereken bilgiler olduğunun ilgili Devlet kurumu tarafından bir iradeyle ortaya konulması da gerekir. Dolayısıyla 'Devlet sırrı' olarak da adlandırılan bu tür bilgilerin ilgili bir devlet kurumunda veya görevlisinde muhafaza altına alınıp gizliliğinin korunması gereken sırlar olduğu ifade edilmelidir. Bu durumda isnat edilen suçtan söz edilebilmesi için; öncelikle devlet sırrı olarak kabul edilen ve fail tarafından casusluk amacıyla elde edilmeye çalışılan (hedef alınan) belli bir konuya ilişkin ve ilgili bir Devlet kurumu/görevlisi nezdinde gizlilik kaydıyla tutulan somut bir sırrın varolması gerekir. Böylesi bir suçlama için ilgili merci, hangi Devlet kurumuyla ilgili hangi konuyu içeren devlet sırrının hedef alındığını gösterebilmelidir. Gösterilmelidir ki sanık da o bilgilerin niteliğine ve devlet sırrı olup olmadığına ilişkin savunmasını yapabilsin.

8. Şu halde tutuklama kararında hangi gizli bilgilerin suçun konusunu oluşturduğu gösterilememişse, bu takdirde ortada suçun maddi konusunun bulunmadığı sonucuna varılmalıdır. Her ne kadar iddianamede (bkz. karar metni, par. 43-iii) sanık tarafından temin edilmeye çalışılan sırların; sanığın desteklediği sivil toplum kuruluşlarının faaliyetleri aracılığıyla toplumsal kesimlere, etnik farklılıklara vb. hususlara ilişkin siyasal, sosyal, ekonomik alandaki bilgileri kapsadığı ve bu yöntemle elde edilen bilgileri yabancı devletler lehine kullandığı ileri sürülmekte ve çoğunluk görüşünde bu isnat temel alınmakta ise de bu soyut değerlendirmelerin Kanunun 328. maddesinde belirtilen suçun konusunu veya ceza hukuku anlamında bir fiil isnadını oluşturamayacağı açıktır. Bu şekildeki yaklaşımlarla kişilerin kendi toplumları veya başka toplumlar üzerindeki sosyolojik, antropolojik, tıbbi veya hukuksal alanlardaki bilimsel veya kültürel çalışmaları hakkında da toplumun sinir uçlarının araştırıldığı ve toplumsal-kültürel sırların yabancılarla paylaşıldığı gibi isnatlarda bulunulması mümkün olabilir. Böyle bir yaklaşımla suçlanamayacak kimse kalmayacağı gibi bu mantık benimsendiğinde, söz konusu sivil toplum faaliyetlerine katılanlar hakkında da suça iştirak isnadında bulunulması gerekir. Bununla birlikte Ceza Kanunumuzdaki devlet sırlarına ve casusluk suçlarına ilişkin düzenlemelerde (TCK m. 327 vd.) böylesi bir mantığın veya yaklaşımın kabul edilmediğini açıkça ifade etmek gerekir. Nitekim doktrinde Devlet sırrını tanımlamaya yönelik çabaların veya maddi-şekli kriter biçimindeki tasniflerin hiçbirinde açık kaynaklardan elde edilen ve sıradan kişilerce de bilinebilen bazı bilgilerin veya kimi sosyal veya toplumsal özelliklerin sır olarak tanımlandığına rastlanamamaktadır. (Örneğin gizli kalması gereken bilgiler ve Devlet sırrı kavramları için bkz. Doç. Dr. Murat Balcı, Siyasal veya Askeri Casusluk Suçu,

2018, s. 17 vd.; Dr. Mehmet Yayla, Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk, s. 49 vd.; Prof. Dr. İzzet Özgenç, Suç Örgütleri, 11.B. 2018, s. 335 vd.; Doç. Dr. Seydi Kaymaz, Ceza Muhakemesi Hukukunda Devlet Sırrı, 2.B. 2020, s. 44 vd.; Dr. Hacı Sarıgözel, Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk Suçları, 2016, s. 39 vd., 268). Sonuç olarak ifade edelim ki incelenen tutuklama kararı, itirazın reddi kararı veya diğer belgelerde suç tanımında sözü edilen nitelikte gizli kalması gereken bir bilginin suçun konusunu oluşturduğu, failin bunu temin ettiği veya temine çalıştığı gösterilememektedir.

9. Kanunda siyasal ve askeri casusluk suçunun hareket ögesi devlet sırrının temin edilmesi olarak belirlenmiştir. Devlet sırrını temin amacıyla yabancı bir devlet görevlisiyle temas kurulması veya sırrın bu kişiye verilmesi suç unsuru olarak düzenlenmemiştir. Kanundaki tanıma göre devlet sırrı fail tarafından temin edildiği takdirde suç tamamlanır. Elbette devlet sırrının başkasına veya bir casusa verildiğinin tespiti suçu kanıtlayan bir olgu olur. Fakat ortada temin edilmiş bir devlet sırrı yokken failin yabancı bir devlet görevlisiyle görüşmesi, hatta suç amacıyla bağlantı yapması suçun unsuru olmadığı gibi, sırrı ele geçirmeye teşebbüs hareketinin icrasına başlanmadığı sürece böyle bir olgu (istihbarat faaliyeti kapsamında izlemeyi gerektirmekle birlikte) casusluk suçu yönünden bir suçlamanın konusunu oluşturamaz. Ceza Kanunundaki teşebbüse dair kural (TCK m. 35) uyarınca, işlenmesine kastedilen suçun elverişli hareketlerle doğrudan icrasına başlanılmadan önceki her türlü hareket ceza hukukunun konusunu oluşturmayan ve cezalandırılmayan hazırlık hareketleridir. Bunun istisnası, kalkışma suçlarıdır.

10. Başvurana yönelik suçlamada başvuranın temin ettiği bir devlet sırrından söz edilmemektedir. Görüştüğü ileri sürülen kişiye (HJB) somut bir sırrın teslim edildiği de iddia edilmemektedir. Yani tamamlanmış bir fiil yoktur. O halde suçlamada bulunulabilmesi için hiç olmazsa somut ve “belli bir devlet sırrını” ele geçirmeye teşebbüs ettiğinin (icra başlangıcı oluşturan hareketinin) gösterilmesi gerekir. Dosyada böyle bir bilgi de görülememektedir. Suçun konusunun ve icra başlangıcına ilişkin hareketin gösterilemediği bir yerde suç isnadında bulunulması suç teorisine de mantığa da uygun düşmemektedir. Başka deyişle, suçlamaya konu olup fail tarafından elde edilmesi amaçlanan devlet sırrının hangi konuda, hangi kurum nezdindeki hangi gizli bilgiler olduğu ve bu bilgileri elde etmek için hangi icra hareketinde bulunduğu hususunda tutuklama kararı veya diğer soruşturma belgelerinde herhangi bir iddia, bilgi, belge veya emare yer almamaktadır.

11. Esasen suçun konusu yoksa sonraki unsurların araştırılmasına gerek yoktur. Örneğin, hırsızlık mallarını satın aldığı bilinen bir esnafla failin görüştüğü belirlense dahi, çalınması söz konusu bir malın varlığı ve çalmaya yönelik icra başlangıcı (örneğin malın bulunduğu işyerinin kapısını açmaya çalıştığı veya penceresine tırmandığı) gösterilemiyorsa hırsızlık suçlaması yapılamaz. Bu anlamda “hangi devlet sırrı nereden elde edildi veya elde edilecekti?” sorusunun makul bir cevabının olmadığı yerde suçun hareket unsuruna ilişkin delillerin araştırılması gerekli olmadığı gibi mantıken mümkün de değildir. Buna rağmen incelenen dosyada tutuklama kararı veya sonraki işlemlerde; sanığın hangi kurum nezdindeki gizli kalması gereken bilgiyi (Devlet Sırrını) elde etmeye yönelik olarak elverişli davranışla icra hareketine ne zaman ve ne şekilde başladığına ilişkin bir delil veya emarenin bulunduğu gösterilememiştir. Hatta



soruşturma belgelerinde, somut bir devlet sırrının muhafaza edildiği yerden veya kişiden ele geçirilmeye çalışıldığına yönelik olarak bir iddia da yer almamaktadır.

12. Suça dair gösterilen tek olgu/emare casus olduğu ileri sürülen kişiyle görüşme iddiasıdır. Peki bu olgunun hiçbir anlamı yok mudur? Olayda somut bir devlet sırrının sanık tarafından temin edildiğine veya başkasına teslim edildiğine yönelik bir iddia veya kanıt bulunmamaktadır. Bu durumda iddiaya konu yabancı şahısla görüşme olgusunun fiilden önceki aşamaya ilişkin olduğu anlaşılmaktadır. Devlet sırrını temin fiilinden önce casusla görüşme olgusunun ancak, failin belli bir kurum nezdindeki gizli bilgiyi temin için icraya başladığına veya temin ettiği gizli bilgiye dair bir iddianın ve delilin bulunduğu bir örnekte delil değerinin olduğu söylenebilir. Bununla birlikte suç konusu gizli bilginin ne olduğunun bilinmediği ve temin amacıyla henüz icra hareketine başlanmadığı bir olayda casusla görüşme olgusu sabit olsa dahi hazırlık hareketleri kapsamında ve ceza hukukunun ilgi alanı dışında kalan böyle bir olgu suç delili olarak nitelenemez. Dolayısıyla başvuru konusu olayda, işlendiği ileri sürülen suça dair makul bir şüphe oluşturacak bir belirti veya delilin gösterilemediği anlaşılmaktadır. Bu durumda tutuklamanın kanuni temelini bulunmadığı tespitinin yapılması gerekmektedir.

13. Öte yandan tutuklama için delilin bulunmadığı belirlendiğinde ölçülülük incelemesi gerekmiyorsa da çoğunluk gerekçesinde değerlendirme yapıldığı için bu hususa da değinmekte yarar olabilir. Başvurucunun önceki suçlamalar dolayısıyla ilk ifadesinin alındığı tarihte HJB adlı kişiyle ilişkilerinin de sorulduğu görülmektedir. Soruşturma belgelerinde sonraki aşamada elde edilen yeni bir olgu veya delilin bulunmadığı gözetildiğinde, soruşturma makamlarının aynı bilgilere baştan itibaren sahipken, sonradan başka bir delile de ulaşamadığı halde buna ilişkin suçlama ve tutuklama işlemi için neden dört yıl beklendiği anlaşılamamaktadır. Bu durumda dört yıl sonra yapılan suçlama dolayısıyla tutuklamanın demokratik toplumda acil ve zorunlu bir ihtiyaç (soruşturma-kovuşturmanın selametine ilişkin kamusal yararın gerektirmesi) olarak kabul edilmesi gerektiği ve ölçülü olduğu sonucuna ulaşmak mümkün görünmemektedir.

**Hicabi DURSUN –Üye**

**Yusuf Şevki HAKYEMEZ -Üye**

13. Bu başvuru kapsamındaki soruşturma belgelerinde yer alan tespit ve değerlendirmeler esas alınarak somut olayda tutuklama için gerekli olan suç işlendiğine dair kuvvetli belirtinin bulunduğuna dair Mahkememiz çoğunluğunun ulaştığı kanaat Anayasa Mahkemesinin bu konudaki yerleşik içtihadındaki yaklaşımı bağlamında kabul edilemez. Zira gerek Savcılığın tutuklama sevk yazısında ve gerekse Hakimliğin tutuklama kararındaki gerekçeye bakıldığında soruşturma belgelerinde yer alan tespit ve değerlendirmelerle ve mevcut delillerle bir kişinin bu şekilde tutuklanmasının Anayasa'nın 19. Maddesi kapsamında güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkını anlamsız hale sokacağını ifade etmek gerekmektedir.

17. Elbette ki casusluk suçu bağlamında, niteliği gereği bu biçimdeki bir suçun işlenmesi sürecinde gizlilik önemli olmakla birlikte, tutuklama tedbirinin uygulanması aşamasında suçlamanın kuvvetli sayılabilecek inandırıcı delillerle desteklenmesi Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadında da olmazsa olmaz bir şart olarak aranmaktadır (Örnek olarak bkz.: Mustafa Ali Balbay, B. No: 2012/1272, 4/12/2013, § 71). Dolayısıyla bu eşiğin altında kalan delillerin tutuklama tedbirinde kabulü kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı ile ilgili anayasal güvenceleri anlamsız hale sokabilecektir.

27. Somut başvuruda casusluk suçundan verilen tutuklama kararı bakımından tutuklamanın ön koşulu olan kuvvetli suç belirtisi bağlamındaki en önemli eksiklik başvuru ile H.J.B. arasındaki herhangi bir konuşma veya görüşmenin içeriğine dair hiçbir somut bilgi ya da belgeye dayanılmadan varsayımsal bir değerlendirmeye hareket edilmesidir. Savcılıkça bu biçimdeki bir görüşme içeriğine veya başka bir somut bilgiye yer verilememiş, sadece değişik zamanlarda telefonların ortak baz istasyonundan sinyal vermesi, lokantada karşılaşma ve aynı konferansa katılma hususları birer delil olarak sunulmuş ve Hakimlikçe de bunlardan hareketle başvuru sahibinin tutuklanmasına karar verilmiştir.

29. Nitekim Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru incelemelerine bakmaya başladığı ilk zamanlardaki kararlarından itibaren, Anayasa'nın 19. Maddesinin üçüncü fıkrasına göre tutuklamanın ancak suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler bakımından mümkün olduğunu ve tutuklamanın ön koşulu olarak bir kişinin suçluluğu hakkında kuvvetli belirtinin mutlaka bulunması gerektiğini ifade etmektedir. Bunun için de suçlamanın kuvvetli sayılabilecek inandırıcı delillerle desteklenmesi gerekmektedir (Mustafa Ali Balbay, B. No: 2012/1272, 4/12/2013, § 71).

30. Oysa somut bireysel başvuruda ise casusluk suçu ile ilgili iddia kuvvetli sayılabilecek inandırıcı delillerle desteklenmemiş, kuvvetli belirtinin varlığı temellendirilememiş, casusluk suçu ile ilgili olarak dosyadaki delillerden hareketle şüpheliler arasındaki hiçbir telefon görüşmesi içeriği, toplantı konuşma dökümü veya başka bir somut veri ortaya konulamamıştır.

34. İlk olarak ifade etmek gerekir ki çoğunluk kararında tutuklama tedbirinin gerekliliği ile ilgili dayanılan bu argüman sorunludur. Zira başvuru sahibinin İstanbul

10. Sulh Ceza Hâkimliğince devletin gizli kalması gereken bilgilerini siyasi veya askerî casusluk amacıyla temin etme suçundan 9/3/2020 tarihinde verilen tutuklama kararında yer verilen delillerin hiçbirisi 2016 yılı sonrasında elde edilmiş değildir. Bu delillerden en yenisi 8/10/2016 tarihli olup bireysel başvurudaki tutuklamaya konu suçla ilgili başlatılan soruşturma üzerine verilen tutuklama kararı ise 9/3/2020 tarihlidir.

43. Somut başvuruda tutuklamanın hukukiliğindeki ölçülülük bağlamında ihlal tam da bu konuda ortaya çıkmaktadır. Zira başvuru hakkında devletin gizli kalması gereken bilgilerini siyasi veya askerî casusluk amacıyla temin etme suçundan verilen tutuklama kararında daha önceki iki tutuklamaya konu soruşturma dosyasında yer alan deliller dışında yeni hiçbir delil yer almamaktadır. Aynı delillerin yer aldığı ve delillerin en yenisinin 8/10/2016 tarihli olduğu soruşturma dosyasında başvuru ile ilgili iki tahliye ve üç tutuklama kararı verilmiştir. Başvurucunun bu bireysel başvuru dosyasına konu tutuklama kararında önceki soruşturma dosyasındaki delillerin dışında hiçbir yeni delil gösterilememiştir.

45. Öte yandan bu aşamadaki temel bir sorun ise tutuklu olarak yargılandığı davalarda tahliyesine karar verildikten sonra aynı delillere dayalı olarak başvurusunun başka suçlardan dolayı yeniden tutuklanması yoluna başvurulmuş olmasıdır. Bu durum hem anayasal düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs etme suçundan tutuklama kararı hem de bu bireysel başvuruya konu olan casusluk amacıyla gerçekleştirilen tutuklama kararı için de geçerlidir. Soruşturma makamları ve Sulh Ceza Hakimliği başvurusunun aynı delillere dayalı olarak daha önce bir kez tahliye de edilmiş olmasına rağmen üçüncü kez tutuklanmasının neden gerekli olduğunu somut olarak tutuklama sevk yazısında ve Hakimliğin tutuklama kararında gösterebilmiş değildir.

46. Nitekim Anayasa Mahkemesinin bu konu ile ilgili yerleşik içtihadındaki yaklaşımı ile çoğunluğun kararı çelişmektedir. Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadına göre, devam eden yargılaması kapsamında tahliyesine karar verilen bir kişinin genel olarak aynı olgulardan hareketle yeniden tutuklanması durumunda, bu kişi hakkında ikinci kez uygulanan tutuklama tedbirinde kuvvetli suç şüphesi bulunsa ve böylece tutuklamanın ön koşulu sağlanmış olsa dahi Anayasa Mahkemesi ikinci tutuklama kararının neden gerekli olduğunun bu tutuklama kararında yeterince ifade edilmesini şart koşmaktadır. Bu konuda olması gerektiği ölçüde bir açıklama yapıldığı kanaatine ulaşamadığı durumlarda ise Anayasa Mahkemesi tutuklamanın ölçülülüğü boyutundan ihlal sonucuna ulaşmaktadır.

50. Sonuç olarak somut bireysel başvuruda başvuru ile ilgili uygulanan üçüncü tutuklama kararında aynı delillere dayalı olarak gerçekleştirilen yeni tutuklamanın neden gerekli olduğuna ilişkin hususlar yeterince ortaya konulmadığından başvuru tutuklama tedbirinin ölçülü olmadığı aşikardır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi çoğunluk kararında bu konudaki Mahkememizin yerleşik içtihadından ayrılıp somut başvuruda neden ihlal olmadığına karar verildiğine ilişkin gerekçenin ortaya konulmamış olması ise önemli bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır.

63. İlk olarak başvuru hakkında hem anayasal düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs etme hem de devletin gizli kalması gereken bilgilerini



siyasi veya askerî casusluk amacıyla temin etme suçlarından verilen tutukluluğun devamına veya tahliye taleplerinin ya da tutukluluğa itirazların reddine ilişkin kararlarda gerek kuvvetli suç şüphesinin varlığı gerek tutuklama nedenlerinin mevcut olduğu ve devam ettiği gerekse tutukluluğun devamının ölçülü olduğu hususlarında genel olarak matbu gerekçelere yer verilmiştir. Başvurucu yönünden yaklaşık 2 yıl 10 ay boyunca sürdürülen tutukluluk bakımından kaçma şüphesinin hangi olgulara dayalı olduğu anılan kararlarda ortaya konulmuş değildir. Bu çerçevede önemle vurgulamak gerekir ki bir suçun niteliği veya bu suça ilişkin olarak verilebilecek cezanın ağırlığı her zaman kaçma tehlikesinin bulunduğunu ortaya koyan bir durum olarak kabul edilemez. Bir ceza soruşturması veya kovuşturması bağlamında uygulanan tutuklama tedbirleri bakımından kaçma şüphesinin bulunup bulunmadığının veya devam edip etmediğinin belirlenmesinde –suçun ya da cezanın niteliğine ilişkin olanların yanı sıra- şüphelinin veya sanığın durumunun da özellikle dikkate alınması gerekmektedir. Bu bağlamda şüpheli veya sanığın sabit bir yerleşim yerinin olup olmadığı, mesleği, mal varlığı, ailesinden veya işinden kaynaklı bağlantıları, yakalanma şekli, süreç içindeki tavır ve davranışları, başka bir ülkeye gitmesini veya orada barınmasını kolaylaştıran bazı özel koşulların bulunup bulunmadığı, kişilik özelliklerini ortaya koyan olgular, ahlaki durumunu gösteren tutum ve eylemleri gibi kişisel unsurlar birlikte değerlendirilerek bir kanaate ulaşılmalıdır (Bkz.: Eren Erdem, § 135). Yine soruşturmanın başından beri soruşturma mercilerinin uhdesine bulunan delillere başvurucu tarafından etkide bulunulabileceği yönünde bir açıklamaya yer verilmemiştir. Dahası anılan kararlarda tutuklamaya alternatif olan adli kontrol nedenlerinin yetersiz kalma nedenleri bakımından da bir açıklama bulunmamaktadır.

64. İkinci olarak tutuklu şekilde sürdürülen soruşturma ve kovuşturma süreçlerinin yürütülmesinde adli makamlar başta olmak üzere kamu makamlarının özenli davranma yükümlülüklerine somut olayda riayet edildiğini söylemek mümkün değildir. Başvurucu hakkındaki soruşturmanın başlangıcında tespit edilen hususlarla ilgili yeni birtakım olgulara erişilmediği halde soruşturma üç yıla yakın bir süre tutuklu olarak sürdürülmüştür. Anılan bu süreçte soruşturmaya tutuklu olarak devam edilmesini gerekli kılan hangi nedenlerin bulunduğu ve yine hangi araştırma veya incelemenin yapılması dolayısıyla tutukluluğun gerekli görüldüğü soruşturma belgelerinde veya tutukluluğa ilişkin kararlarda tartışılmamıştır.

66. Sonuç olarak yukarıda sıralanan gerekçelerle başvurucu hakkındaki tutuklamanın hukuki olmadığı iddiasına ilişkin olarak Anayasa'nın 19. Maddesinin üçüncü fıkrası bağlamında kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği, tutukluluk süresinin soruşturma aşaması için kanunda öngörülen azami süreyi aşması dolayısıyla Anayasa'nın 19. Maddesinin üçüncü fıkrası bağlamında kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği ve tutukluluğun makul süreyi aştığı iddiasına ilişkin olarak Anayasa'nın 19. Maddesinin yedinci fıkrası bağlamında kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği kanaatinde olduğumuz için çoğunluk kararına katılmadık.

## **Celal Mümtaz AKINCI- Üye**

6. Soruşturma mercilerince tutukluluğa ilişkin belgelerde veya iddianamede bu suç yönünden kuvvetli belirti niteliğinde kabul edilebilecek olgu ve delillerin ortaya konulduğunu söylemek güçtür. Bu kapsamda başvurucunun STK'lar eliyle ya da sivil alandaki faaliyetleri ile devletin gizli kalması gereken hangi bilgilerini temin ettiği, bu bilgilerin "gizlilik" unsurunun ve kaynağının ne olduğu hususunda bir açıklama bulunmamaktadır. Bu suç yönünden yapılan değerlendirmelerin soyut ve genel açıklamalardan öteye geçtiğini söylemek mümkün olamamıştır.

8. Savcılık, başvurucunun kurduğu ve desteklediği STK'lar aracılığı ile elde ettiği sosyolojik, ekonomik ve siyasal içeriği olan devletin güvenliği, iç veya dış siyasal yararları bakımından niteliği itibariyle gizli kalması gereken bilgileri temin ederek amaçları doğrultusunda yabancı devletler lehine ve Türkiye aleyhine kullandığını ileri sürmüştür. Savcılık bu kapsamda başvurucunun ... Vakfı ve ... A.Ş. kapsamındaki faaliyetlerine dayanmıştır. Öncelikle, ... Vakfı'nın kendi kararı ile faaliyetlerini sonlandırdığı tarihe kadar, ... A.Ş.'nin ise, halihazırda faaliyetlerini serbestçe yürüten yasal kuruluşlar olduğu anlaşılmaktadır. Sivil toplum örgütlerince ülkenin sosyolojik, ekonomik ve politik konuları üzerinde çalışmanın ve bu konularda fikir üretilmesinin nasıl devletin güvenliği, iç ya da dış siyasal yararları bakımından niteliği itibariyle gizli kalması gereken bilgiler olduğu, darbe teşebbüsü ile ne tür bir ilgisinin bulunduğu veya suç teşkil ettiği açıklanamamıştır. Bu tür bir iddia benzer konularda çalışmalar yapan tüm sivil toplum kuruluşlarının faaliyetlerini de kolaylıkla casusluk faaliyeti olarak değerlendirilmesine yol açabilecek niteliktedir. Sosyolojik, ekonomik ve siyasal konularla ilgili bilgi toplanması ve bu bilgi ve bulguların kamuoyuna açıklanması sivil toplum örgütlerinin temel amaç ve faaliyetleri arasındadır. Başvurucunun bu faaliyetlerinin iddia edilen suçlama kapsamında olduğu şüphesini uyandıracak herhangi bir olgu da ortaya konulamamıştır.

## M. Emin KUZ -Üye

2. Esas yönünden varılan sonuca da aşağıdaki sebeplerle karşıyım:

a) Başvurucu 1/11/2017 tarihinde Gezi Parkı olayları ve 15 Temmuz darbe teşebbüsü ile ilgili olarak TCK'nun 312. ve 309. maddelerinde öngörülen suçlardan tutuklanmıştır. TCK'nun 309. maddesinde belirtilen suçtan yapılan tutuklama, darbe teşebbüsünün organize edilmesinde yer aldığı suçlaması kapsamında şüpheli olan yabancı uyruklu bir kişi ile başvurucu arasındaki irtibatı gösterdiği iddia edilen olgulara dayandırılmış, ancak 11/10/2019 tarihinde başvurucunun bu suçtan tahliyesine karar verilmiştir. TCK'nun 312. maddesindeki suçla ilgili olarak açılan kamu davası ise, başvurucunun beraatine ve tahliyesine karar verilmesiyle sonuçlanmıştır. Ancak bu kararın verildiği gün başvurucu hakkında TCK'nun -daha önce tahliye kararı verilen- 309. maddesinde öngörülen suçtan gözaltı kararı ve bir gün sonra tutuklama kararı verilmiştir. Bu tutuklama kararında da esas olarak başvurucunun aynı kişi ile irtibatına dayanılmıştır. Başvurucu 9/3/2020 tarihinde ise, yine aynı dosya kapsamında, aynı delillere yani aynı kişi ile irtibatını gösterdiği iddia edilen olgulara dayanılarak TCK'nun 328. maddesinde düzenlenen suçtan tutuklanmıştır.

Dolayısıyla, başvurucunun incelenen başvuruya konu tutuklama kararı da, daha önceki tutuklama kararlarında olduğu gibi, esas olarak aynı kişi ile irtibatını gösterdiği ileri sürülen olgulara dayandırılmış; ancak -tutuklama kararında dayanılan- cep telefonunun farklı tarihlerde aynı baz istasyonundan sinyal vermesi, aynı lokantada görüldükleri, bazı konferanslarda görüştükleri ve 2016 yılında iki kısa telefon görüşmesi yaptıkları yönündeki veriler ile iddianamede belirtilen olgulara ilişkin savunmalarının aksi ortaya konulamamış, hatta başvurucu ile söz konusu kişi arasında yapıldığı ileri sürülen görüşmelerin içeriğine dair bir iddiada da bulunulmamıştır.

Aslında Savcılık da, başvurucu ile anılan kişi arasında az sayıda doğrudan temas gerçekleştiğini kabul ederek bunun özel gayret gösterilmesinden kaynaklandığını belirtmiş; buna rağmen bu hususta da herhangi bir delil göstermemiştir. Bu tür kabullerin tutuklanan kişilerle ilgili olarak aksi kanıtlanamayacak karineler oluşturacağı ve bunun gözardı edilmesinin, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine dair başvuruların incelenmesini neredeyse imkânsız hâle getireceği açıktır.

AİHM de başvurucu ile ilgili ihlal kararında, söz konusu irtibat iddialarına ilişkin değerlendirmelerde bulunmuş ve bu verilere dayanılarak tutuklama kararı verilmesinin anılan hakkı ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır. İncelenen başvuruda tutuklama kararına esas olan suç farklı ise de, aynı delillere dayanılarak tutuklama kararı verildiğinden, bu suç yönünden de AİHM'in mezkûr kararından ayrılmayı gerektiren bir durum söz konusu değildir. Ayrıca bu karardan sonra yeni delil olarak değerlendirilebilecek tanık ifadesinin başvurucu ile bir ilgisi bulunmadığı gibi yeni suçlama bakımından yeni bir delil de ortaya konulamamıştır. Dolayısıyla, söz konusu olgular, anılan suçlar açısından kuvvetli belirti olarak kabul edilemez.

Diğer taraftan, başvurucunun sivil toplum faaliyetleri, bazı irtibatları, seyahatleri ve belgesel çekimlerine destek vermesi gibi olgular ile telefonunu

imha etmiş olabileceği gibi değerlendirmelerin, tutuklamaya konu olan suçun işlendiğine dair kuvvetli belirtiler olarak görülmesi de mümkün değildir.

Bu sebeplerle, soruşturma mercilerinin başvuruya konu tutuklama kararı bakımından kuvvetli suç belirtisinin bulunduğu yeterince ortaya koydukları söylenemez.

b) İncelenen başvuruya konu tutuklamada, hukukîliğin önşartı olan kuvvetli suç belirtisi ortaya konulmadığı gibi tutuklama sebepleri ile ölçülülük bağlamında da sorun bulunmaktadır. Tutuklama kararında, atılı suçun vasfı ile Kanunda öngörülen cezanın alt ve üst sınırları dikkate alınarak tutuklamanın ölçülü olduğu belirtilmişse de, tutuklama sebepleri bakımından bir değerlendirme yapılmamıştır. Oysa tutuklamanın ölçülülüğünün tespitinde somut olayın bütün özelliklerinin gözönünde bulundurulması gerekir.

Yukarıda belirtildiği gibi, incelenen başvuruda başvurucu esas olarak yabancı uyruklu bir kişi ile irtibatına dayanılarak tutuklanmış ve tutuklama kararında başvurucu ile bu kişinin cep telefonlarının 2014 ile 2016 yılları arasında on ayrı tarihte aynı baz istasyonundan sinyal vermesine, 2016 yılında bir lokantada karşılaşmalarına (veya birlikte görülmelerine) ve aynı yıl toplam olarak dört dakikadan kısa süren iki telefon görüşmesi yapmalarına dayanılmıştır. Başvurucunun, bu olgulara dayanılarak casusluktan 2020 yılında tutuklandığı dikkate alındığında, söz konusu olguların tespit edilmesinin üzerinden uzun bir süre (dört ilâ altı yıl) geçmesine ve aynı olgulara dayalı olarak verilen tutuklama kararlarından sonra iki defa tahliyesine karar verilmesine rağmen üçüncü defa tutuklanmasının gerekli ve bu çerçevede ölçülü olup olmadığının da incelenmesi gerekir.

Bu bağlamda ilk olarak, başvurucunun, tutuklamaya konu casusluk suçunun işlendiği iddia edilen tarihten uzun bir süre sonra tutuklandığı belirtilmelidir. Somut olayın özelliklerinden ve tutuklama kararının gerekçesinden, başvurucunun anılan suçun işlendiği iddia edilen tarihten dört yılı aşkın bir süre sonra tutuklanmasının neden gerekli görüldüğü anlaşılamamaktadır. Mahkememiz benzer nitelikteki başvurularda, soruşturmanın başlatılmasından tutuklama tedbirinin uygulandığı tarihe kadar geçen sürede hangi delillere ulaşılması sebebiyle bu tedbirin gerekli görüldüğünün somut olayın özelliklerinden ve tutuklama kararının gerekçelerinden anlaşılamamasından dolayı tutuklamanın ölçüsüz olduğuna karar vermektedir (örn. olarak bkz. Eren Erdem, B.No: 2019/9120, 9/6/2020; A.C., B. No: 2016/64868, 27/2/2020, Yiğit Aksakoğlu, B. No: 2019/7132, 3/12/2020).

Başvurucunun 1/11/2017 tarihinde verilen tutuklama kararı üzerine yaptığı başvuruda Mahkememizce verilen red kararına ilişkin karşıoy gerekçemde de; 2013 yılında başlatılan soruşturmaya şüpheli sıfatıyla dahil edilen başvurucu hakkındaki tutuklama kararı ile iddianamedeki delillerin büyük bir kısmının 2013 yılında başlatılan soruşturmanın başlarında toplanmasına ve soruşturma makamlarının elinde olmasına rağmen başvurucunun dört yıldan daha uzun bir süre geçtikten sonra 1/11/2017 tarihinde tutuklanması sebebiyle gerekli (ve bundan dolayı ölçülü) olmadığını ifade ederek çoğunluğun red kararına katılmadığını (bkz. Osman Mehmet Kavala [GK], B. No: 2018/1073, 22/5/2019).

Bunun yanında, başvuruçunun temelde aynı olgulara dayanılarak daha önce de tutuklanmış olması sebebiyle de tutuklamanın ölçülü olup olmadığı değerlendirilmelidir.

Mahkememiz; başvuruçuların tutuklu olarak yargılandıkları davalarda tahliyelerine karar verilmesinin hemen ardından, temelde yargılama konusu olan suçla ilgili bazı farklı olgulara dayanılarak başlatılan yeni bir soruşturma kapsamında ikinci defa tutuklanmaları konusunda, yeni tutuklama tedbirini gerekli kılan tutuklama sebeplerinin neler olduğunun ve bu tedbirin neden ölçülü görüldüğünün tutuklama kararlarında yeterince belirtilmediği ve somut olayın özelliklerinden de anlaşılacağı gerekçesiyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine karar vermektedir (örn. olarak bkz. Abdullah Kılıç, B. No: 2016/25356, 8/1/2020; Cihan Acar, B. No: 2017/26110, 27/2/2020).

İncelenen başvuruya konu somut olayda da başvuruçunun aynı olgulara dayalı suçlamalarla iki defa tutuklanıp serbest bırakıldığı, ancak soruşturma makamlarının başvuru konusu üçüncü tutuklamanın ölçülü olduğuna dair gerekçelerinde bunun sebeplerinin yeterli ve tutarlı bir şekilde ortaya konulmadığı görülmektedir.