# Hukuka Rağmen Hapis

## Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Osman Kavala ve Can Atalay Kararları Işığında Türkiye'de Düşman Ceza Hukuku

**Prof. Dr. Murat Volkan Dülger**[*]

*(20 Kasım 2026)*

## ÖZ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 17 Kasım 2026 tarihinde verdiği *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye* kararında, Hatay milletvekili seçilmesine ve Anayasa Mahkemesinin iki ayrı ihlal kararına rağmen hapiste tutulmaya devam edilen Can Atalay'ın özgürlük hakkının, hapiste tutulmasının hukuka uygunluğunun etkili biçimde denetlenmesi hakkının ve seçilme hakkının ihlal edildiğine karar vermiş, bu hapiste tutulmanın başvurucuyu susturmak ve çoğulculuğu bastırmak amacına hizmet ettiğini tespit etmiştir. Bu karar, aynı yargılamaya ilişkin dördüncü Strazburg kararıdır. *Kavala v. Türkiye* (2019) ilk tutuklamayı, *Kavala v. Türkiye* [BD] ihlal davası (2022) bu kararın uygulanmamasını, *Kavala v. Türkiye (No. 2)* [BD] (2026) mahkûmiyetin kendisini, *Şerafettin Can Atalay* ise seçimden sonra hapiste tutulmayı ve Anayasa Mahkemesi kararlarına uyulmamasını konu almaktadır. Bu yazıda dört karar tek bir yargılamanın aşamaları olarak birlikte okunmakta ve kararların tespit ettiği uygulamalar *Günther Jakobs*'un düşman ceza hukuku kuramı açısından da değerlendirilmektedir. Varılan sonuca göre kararlar, kanunilik ilkesinin esnetildiği, tutuklamanın cezaya dönüştüğü, hâkim bağımsızlığının disiplin tehdidiyle zayıflatıldığı, ceza muhakemesinin susturma aracına dönüştüğü ve yargı kararlarına iç hukukta da uluslararası düzeyde de uyulmamasının olağanlaştığı bir ceza adaleti düzenini belgelemektedir. Bu uygulamalar düşman ceza hukukunun bütün belirtilerini taşımakla birlikte *Jakobs*'un modelini de aşmaktadır. *Jakobs*'un düşman ceza hukukuna çizdiği sınırlar, yani düşmanın siyasal bir kategori olmaması, tedbirlerin kanunla belirlenmesi, asgari bir hukuk devleti yargılaması, geri dönüş yolunun açık tutulması ve düşman ceza hukukunun açıkça adlandırılması, bu yargılamada tek tek aşılmış; düşmana hak tanıyan yargıçlar bile hedef alınmıştır. Ortaya çıkan tablo, *Jakobs*'un amaçladığı ya da yazdığı bir düşman ceza hukuku değil, kuralın kendisinin askıya alındığı bir istisna hâlidir. Atalay'ın Kavala'nın eylemine yardım etmekten mahkûm edilmiş olması ise, sınırlı bağlılık kuralı gereği, Kavala'nın mahkûmiyetini "yok hükmünde" sayan Büyük Daire kararının Atalay'ın mahkûmiyetini de dayanaksız bıraktığını göstermektedir.

## GİRİŞ

Bir ülkede seçmen bir kişiyi milletvekili seçer, Anayasa Mahkemesi (AYM) iki kez o kişinin özgürlüğüne kavuşması gerektiğine karar verir ve bu kişi yine de cezaevinden çıkamazsa, orada artık bir yargılamadan değil, yargının araçlarıyla sürdürülen bir hapiste tutmadan söz etmek gerekir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) 17 Kasım 2026'da açıkladığı *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye* kararı, tam olarak bu durumu tespit etmektedir.[1]

Ancak bu karar tek başına okunursa eksik okunmuş olur. Can Atalay, Osman Kavala ile aynı iddianamede yargılanmış ve Kavala'nın fail olarak işlediği kabul edilen suça yardım etmekten mahkûm edilmiştir. AİHM bu yargılama hakkında yedi yıl içinde dört karar vermiştir.

[*] İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi, https://orcid.org/0000-0003-4034-5436, volkan.dulger@dulger.av.tr

[1] AİHM, *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, B. No: 11503/24, 17.11.2026. Karar İkinci Daire tarafından verilmiş olup Sözleşmenin 44. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen koşullarla kesinleşecektir.

*Kavala v. Türkiye* (2019) ilk tutuklamanın makul şüpheden yoksun olduğunu ve susturma amacı taşıdığını tespit etmiştir.[2] *Kavala v. Türkiye* [BD] (2022) ihlal davasında, Türkiye'nin bu karara uymadığına karar verilmiştir.[3] *Kavala v. Türkiye (No. 2)* [BD] (2026) mahkûmiyetin kendisinin Sözleşmeye aykırı olduğunu söylemiştir.[4] *Şerafettin Can Atalay* (2026) ise aynı mahkûmiyete dayanılarak bir milletvekilinin AYM kararlarına rağmen nasıl hapiste tutulduğunu incelemiştir.

Bu dört karar, tek bir yargılamanın şüpheden infaza kadar bütün aşamalarını kapsamaktadır. Bu yazıda önce süreci, ardından kararları sırasıyla ele alacağız. Daha sonra kararların birlikte okunduğunda ortaya çıkan tabloyu, bu tablonun Türk ceza adalet sistemi hakkında söylediklerini ve düşman ceza hukuku kuramı açısından ne anlama geldiğini değerlendireceğiz.

## I. GEZİ'DEN STRAZBURG'A: SÜRECİN KRONOLOJİSİ

### A. Bir Protestonun "Hükümeti Devirme Teşebbüsü"ne Dönüştürülmesi

Can Atalay bir avukat ve insan hakları savunucusudur. Mayıs 2013'te Taksim Yayalaştırma Projesi kapsamında Gezi Parkına Topçu Kışlası yapılmasına karşı başlayan protestolar sırasında, çok sayıda dernek, sendika, meslek örgütü ve siyasi partinin bir araya geldiği Taksim Dayanışmasının üyesi ve hukukçusudur. Osman Kavala ise insan hakları, kültür ve çevre alanlarında çalışan çok sayıda sivil toplum kuruluşunun kurulmasında yer almış bir iş insanıdır. Kavala 18 Ekim 2017'den bu yana özgürlüğünden yoksundur. Olaylardan yaklaşık altı yıl sonra, 19 Şubat 2019 tarihinde, aralarında Atalay ve Kavala'nın da bulunduğu on altı kişi hakkında iddianame düzenlenmiştir. İddianameye göre sanıklar, Gezi olaylarını önceden planlamış, ülkeyi kaosa sürüklemek ve hükümeti devirmek amacıyla hareket etmişlerdir. Atalay'a yöneltilen eylemler büyük ölçüde telefon görüşmeleri, protestolarda yaptığı konuşmalar ve imar planlarının iptaline ilişkin idari davalar hakkındaki sosyal medya paylaşımlarıdır.[5]

AİHM 10 Aralık 2019'da Kavala'nın tutukluluğunun Sözleşmeye aykırı olduğuna ve derhâl serbest bırakılmasına karar vermiştir.[6] İstanbul 30. Ağır Ceza Mahkemesi, 18 Şubat 2020'de Kavala'yı Gezi olaylarına ilişkin suçlamadan beraat ettirmiştir. Ancak Kavala aynı gün bu kez darbe teşebbüsüne ilişkin bir soruşturma kapsamında yeniden gözaltına alınmış, ertesi gün tutuklanmıştır. Aynı gün Hâkimler ve Savcılar Kurulu (HSK), beraat kararını veren üç hâkim hakkında inceleme başlatmıştır.[7] Beraat kararı Ocak 2021'de istinaf aşamasında bozulmuş, dava İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesine gönderilmiştir. Bu mahkeme 25 Nisan 2022'de Kavala'yı Türk Ceza Kanunu'nun 312. maddesi uyarınca ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûm etmiş; Atalay'ı ise Kavala'nın işlediği kabul edilen bu suça yardım etmekten (TCK m. 39) on sekiz yıl hapis cezasına çarptırmış ve tutuklamıştır. İstinaf incelemesinde

---

2 AİHM, *Kavala v. Türkiye*, B. No: 28749/18, 10.12.2019.

3 AİHM, *Kavala v. Türkiye* [BD] (m. 46/4), B. No: 28749/18, 11.7.2022.

4 AİHM, *Kavala v. Türkiye (No. 2)* [BD], B. No: 2170/24, 25.8.2026.

5 *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, §§ 5-7.

6 *Kavala v. Türkiye*, §§ 157, 232, 240.

7 *Kavala v. Türkiye (No. 2)*, §§ 32, 208.

tutukluluğun devamına gerekçe olarak cezanın ağırlığı ve suçun kanuni tutuklama nedeni sayılan katalog suçlar arasında bulunması gösterilmiştir.[8]

Yargıtay 28 Eylül 2023'te mahkûmiyeti onamıştır. Kararın bir ayrıntısı, ceza hukukçusu için son derece öğreticidir. Yargıtaya göre Atalay'ın eylemleri aslında suça yardım değil, doğrudan hükümeti devirmeye teşebbüs suçunu oluşturmaktadır. Ancak suçun nitelemesine yönelik bir temyiz bulunmadığından hüküm bu gerekçeyle bozulmamış ve onanmıştır.[9] Aynı eylemler, aynı dosyada, bir mahkemeye göre yardım etme, diğerine göre faillik oluşturabilmektedir. İnsanı on sekiz yıl cezaevinde tutan bir hükmün suç nitelemesi bu kadar akışkansa, burada kanunilik ilkesinin nasıl bir güvence sunduğunu sormak gerekir.

### B. Seçim, Dokunulmazlık ve İki Yüksek Mahkeme

Temyiz incelemesi sürerken Can Atalay, 14 Mayıs 2023 seçimlerinde Türkiye İşçi Partisinden Hatay milletvekili seçilmiştir. Anayasanın 83. maddesinin ikinci fıkrasına göre seçimden önce veya sonra suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisçe karar verilmedikçe tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hâli ile seçimden önce soruşturmasına başlanmış olmak kaydıyla Anayasanın 14. maddesindeki durumlar bu kuralın dışındadır. Aynı maddenin üçüncü fıkrası ise milletvekilinin seçimden önce veya sonra verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesini üyelik sıfatının sona ermesine bırakır.[10]

AYM, *Ömer Faruk Gergerlioğlu* ve *Leyla Güven* kararlarından bu yana, 14. maddenin hangi suçları kapsadığının Anayasada da kanunda da belirlenmediğini, bu nedenle bu istisnanın açık ve öngörülebilir bir hukuki dayanaktan yoksun olduğunu kabul etmektedir.[11] Yargıtay Ceza Genel Kurulu da 26 Ekim 2022 tarihli kararında, AYM'nin bireysel başvuru kararlarının da bağlayıcı olduğunu ve 14. maddenin kapsamının bu kararlar doğrultusunda belirlenmesi gerektiğini açıkça kabul etmiştir.[12] Daha da önemlisi, Yargıtay 3. Ceza Dairesi de, Atalay hakkındaki ret kararından yalnızca üç ay önce, 4 Nisan 2023 tarihli kararında aynı ilkeyi kendisi uygulamıştır.[13]

---

8 *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, §§ 8-10.

9 *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, § 22.

10 Yasama dokunulmazlığı bir muhakeme şartıdır. Bu nedenle Anayasanın 83. maddesinde sayılan durumlarda mahkemenin CMK m. 223/8 uyarınca durma kararı vermesi ya da milletvekilliği sıfatının sona ermesini veya dokunulmazlığın kaldırılmasını beklemesi gerekir. Bkz. **Murat Volkan Dülger**/**Şaban Cankat Taşkın**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2026, s. 341. Alman hukukunda da dokunulmazlık kişisel bir muhakeme engeli sayılmakta, hüküm kesinleşmiş olsa bile özgürlüğü bağlayıcı kısmının dokunulmazlık sürdükçe infaz edilemeyeceği kabul edilmektedir. Bkz. **Markus Mavany**, LR StPO, Band 5, Teilband 1, 27. Aufl., Jörg-Peter Becker/Volker Erb/Robert Esser/Kirsten Graalmann-Scheerer/Hans Hilger/Alexander Ignor (Hrsg.), Walter de Gruyter, Berlin/Boston, 2020, § 152a, kn. 55-56.

11 AYM [GK], *Ömer Faruk Gergerlioğlu*, B. No: 2019/10634, 1.7.2021; AYM [GK], *Leyla Güven*, B. No: 2018/26689, 7.4.2022.

12 Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 26.10.2022, E. 2020/16-462, K. 2022/671. Aynı yönde, AYM kararlarının yargılama sırasında dikkate alınması gerektiğine ilişkin olarak bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 22.12.2016, E. 2016/19574, K. 2016/16369.

13 Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 4.4.2023, E. 2023/3102, K. 2023/1966. AİHM kararında bu kararın karar numarası "2023/966" olarak gösterilmişse de, Yargıtay Karar Arama sisteminde karar numarası 2023/1966'dır. Dairenin aynı yöndeki önceki kararları için bkz. Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 4.11.2021, E. 2021/7929, K. 2021/9940;

Buna rağmen aynı Daire 13 Temmuz 2023'te Atalay'ın tahliye ve yargılamanın durdurulması talebini reddetmiş, 312. maddedeki suçun 14. madde kapsamında kaldığına karar vermiştir. AYM Genel Kurulu 25 Ekim 2023'te *Şerafettin Can Atalay (2)* kararında, başvurucunun kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ile seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının ihlal edildiğine karar vermiş; yeniden yargılamaya başlanmasına, hükmün infazının durdurulmasına, tahliyesine ve yargılamada durma kararı verilmesine hükmetmiştir.[14]

Bundan sonrası, Türk yargı tarihinde emsali olmayan bir zincirdir. Yargıtay 3. Ceza Dairesi 8 Kasım 2023'te AYM kararına uyulmamasına, kararın Meclise gönderilmesine ve ihlal yönünde oy kullanan Anayasa Mahkemesi yargıçları hakkında suç duyurusunda bulunulmasına karar vermiş; iki gün sonra da bir basın açıklaması yaparak AYM'yi "süper temyiz mahkemesi" gibi davranmakla ve hukuk düzenini kaosa sürüklemekle suçlamıştır. AYM 21 Aralık 2023'te *Şerafettin Can Atalay (3)* kararında ihlalleri yeniden tespit etmiş, buna bireysel başvuru hakkının ihlalini de eklemiştir.[15] Yargıtay 3 Ocak 2024'te bu karara da uymamıştır. Kararın 30 Ocak 2024'te TBMM Genel Kurulunda okunmasıyla Atalay'ın milletvekilliğinin düştüğü ilan edilmiştir. AYM, 22 Şubat 2024 tarihli kararında, ihlal kararından sonra ortada kesinleşmiş bir hüküm bulunmadığını, okunan yazının Yargıtayın AYM kararına uymama kararı olduğunu, bunun Türk hukukunda hiçbir dayanağı bulunmadığını ve ortaya çıkan durumun hukuki (*de jure*) değil fiilî (*de facto*) bir durum olduğunu belirtmiştir.[16]

Bu kararlar verilirken siyasal iktidarın en üst düzeyinden Yargıtayı destekleyen ve AYM'yi hedef alan açıklamalar yapılmıştır. Cumhurbaşkanı Yargıtayın tutumunu savunmuş, Ocak 2024'te ise muhalefeti, on sekiz yıl hapis cezası almış bir "terörist"i kurtarmak için cezaevinden Meclise tünel kazmaya uğraşmakla eleştirmiştir. Cumhurbaşkanının Başdanışmanı ve Hukuk Politikaları Kurulu Başkanvekili de Yargıtayın uymama kararını isabetli bulmuş, cesaretinin tartışılamayacağını ve kimin milli yargının yanında durduğunu gösteren bir turnusol olduğunu söylemiştir.[17]

## II. DÖRT KARAR, TEK YARGILAMA

### A. Kavala v. Türkiye (2019): Şüpheye Dayanmayan Bir Tutukluluk

İlk karar, yargılamanın en başına ilişkindir. AİHM, Kavala'nın tutuklanmasının ve tutukluluğunun devamının, eylemlerin nesnel bir değerlendirmesine dayanan makul şüpheyle haklı kılınamadığını tespit etmiştir. Tedbirler yalnızca iç hukukta suç sayılamayacak olgulara değil, büyük ölçüde Sözleşmeyle korunan hakların kullanılmasına ilişkin olgulara

---

Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 11.10.2022, E. 2022/7608, K. 2022/6526; Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 22.11.2022, E. 2022/1232, K. 2022/8359. Ayrıca bkz. *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, §§ 60-63, 162.

[14] AYM [GK], *Şerafettin Can Atalay (2)*, B. No: 2023/53898, 25.10.2023. Karar, yasama dokunulmazlığı bakımından AYM'nin önceki içtihadıyla aynı doğrultudadır. Bkz. AYM [GK], *Kadri Enis Berberoğlu (2)*, B. No: 2018/30030, 17.9.2020. AİHM kararında bu kararın başvuru numarası "2018/20030" olarak gösterilmişse de, AYM Kararlar Bilgi Bankasında başvuru numarası 2018/30030'dur.

[15] AYM [GK], *Şerafettin Can Atalay (3)*, B. No: 2023/99744, 21.12.2023.

[16] *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, §§ 32-49.

[17] *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, §§ 50-52. Açıklamalar AİHM kararındaki İngilizce aktarımdan çevrilmiştir.

dayanmaktadır. AİHM'e göre bu tür eylemlerin iddianamede suçun kurucu unsurları olarak gösterilmesi bile şüphenin makullüğünü zayıflatmaktadır.[18]

AİHM ayrıca Sözleşmenin 18. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Tedbirlerin gerçek amacı Kavala'yı susturmaktır ve yöneltilen suçlamalar insan hakları savunucularının çalışmaları üzerinde caydırıcı bir etki doğurmaya elverişlidir.[19] AİHM bu nedenle Hükümetin Kavala'nın tutukluluğuna son vermek ve derhâl serbest bırakılmasını sağlamak için gerekli bütün tedbirleri alması gerektiğini belirtmiştir.[20]

### B. Kavala v. Türkiye [BD] (2022): Uyulmayan Karar

Kavala serbest bırakılmamıştır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Şubat 2022'de, Sözleşmenin 46. maddesinin dördüncü fıkrasındaki ihlal davası yolunu işletmiş ve Türkiye'nin karara uyup uymadığı sorusunu AİHM'e göndermiştir. Büyük Daire 11 Temmuz 2022'de, Türkiye'nin aldığı tedbirlerin iyi niyetle, kararın sonuçları ve ruhuyla bağdaşır biçimde hareket edildiği sonucuna varılmasına imkân vermediğini ve Türkiye'nin karara uyma yükümlülüğünü yerine getirmediğini tespit etmiştir.[21] Büyük Daire, beraat kararı veren hâkimler hakkında HSK'nın inceleme başlatmasını da iyi niyet değerlendirmesinde açıkça dikkate almıştır.[22] Mahkûmiyet hükmünün, 2019 kararında makul şüphenin açıkça bulunmadığı tespit edilen Gezi olaylarına ilişkin olgulara dayandığını da ayrıca vurgulamıştır.[23]

### C. Kavala v. Türkiye (No. 2) [BD] (2026): Yok Hükmünde Bir Mahkûmiyet

Üçüncü karar, mahkûmiyetin kendisine ilişkindir. Büyük Daire, TCK m. 312'nin Gezi olayları bağlamında öngörülemez biçimde genişletildiğini ve bu nedenle müdahalenin "kanunla

---

[18] *Kavala v. Türkiye*, § 157. Makul şüphenin varlığı için, nesnel bir gözlemciyi kişinin suçu işlemiş olabileceğine ikna edecek olgu ya da bilgilerin bulunması gerekir. Bkz. **William A. Schabas**, The European Convention on Human Rights: A Commentary, Oxford University Press, Oxford, 2015, s. 238.

[19] *Kavala v. Türkiye*, § 232. Sözleşmenin 18. maddesinin uygulanmasına ilişkin genel ilkeler için bkz. AİHM, *Merabishvili v. Gürcistan* [BD], B. No: 72508/13, 28.11.2017, §§ 287-317. Türkiye bakımından aynı yönde bkz. AİHM, *Selahattin Demirtaş v. Türkiye (No. 2)* [BD], B. No: 14305/17, 22.12.2020, §§ 436-437. 18. maddenin, Sözleşmeden doğan yükümlülüklerden örtülü biçimde kaçınılmasını önlemeye yönelik olduğu ve uygulanmasında insan haklarının korunması ile demokrasi arasındaki doğrudan bağın gözetilmesi gerektiği hakkında bkz. **İlyas Doğan**, "Hakkın Sınırlanmasının Sınırı", İlyas Doğan (Ed.), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, 2. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2021, s. 339, 341; **Schabas**, ECHR Commentary, s. 627. 18. maddenin yetkinin kötüye kullanılmasına ve iyi niyet ilkesinin çiğnenmesine karşı koruma sağladığı, ceza muhakemesi ve tutuklamanın ticari bir pazarlığın aracı olarak kullanıldığı *Gusinskiy v. Rusya* kararında 5. maddenin 18. maddeyle birlikte ihlal edildiği ve kötü niyetin ispatının bu tür başvurularda en büyük engel olduğu hakkında bkz. **David Harris**/**Michael O'Boyle**/**Ed Bates**/**Carla Buckley**, Harris, O'Boyle & Warbrick Law of the European Convention on Human Rights, 2. Ed., Oxford University Press, Oxford, 2009, s. 652-653.

[20] *Kavala v. Türkiye*, § 240.

[21] *Kavala v. Türkiye* [BD] (m. 46/4), §§ 173-174. Bu yolun Sözleşme sisteminde ilk kez işletildiği karar için bkz. AİHM, *Ilgar Mammadov v. Azerbaycan* (m. 46/4) [BD], B. No: 15172/13, 29.5.2019. Bu yolun, Bakanlar Komitesi tarafından ancak istisnai durumlarda işletilmek üzere öngörüldüğü hakkında bkz. **Schabas**, ECHR Commentary, s. 865-866. Sözleşme sisteminde kararlara uymayan devlete karşı öngörülmüş doğrudan bir yaptırım bulunmadığı, Avrupa Konseyi Statüsündeki üyelik askısı ve çıkarma yaptırımlarının ise uygulanma ihtimalinin çok uzak olduğu hakkında bkz. **Harris**/**O'Boyle**/**Bates**/**Buckley**, ECHR, (2), s. 883.

[22] *Kavala v. Türkiye* [BD] (m. 46/4), § 168.

[23] *Kavala v. Türkiye* [BD] (m. 46/4), § 172.

öngörülmüş" sayılamayacağını,[24] yargılamanın adil yargılanma hakkının özünü zedeleyen ağır eksiklikler taşıdığını[25] ve mahkûmiyetten sonraki hapiste tutmanın açık bir adalet inkârı sonucunda verilmiş bir hükme dayandığı için hukuka aykırı olduğunu tespit etmiştir.[26] Bütün bu tedbirlerin ağırlıklı amacı, Kavala'yı Gezi gösterilerindeki rolü ve bir insan hakları savunucusu olarak dile getirdiği görüşler nedeniyle cezalandırmak ve susturmaktır.[27] Koşullu salıverme imkânı olmayan ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ise Sözleşmenin 3. maddesini ihlal etmektedir.[28]

Bireysel tedbirler bakımından Büyük Daire, Kavala'nın en kısa zamanda serbest bırakılmasını ve mahkûmiyetin Sözleşme hukuku bakımından yok hükmünde sayılmasını istemiştir.[29] Genel tedbirler bakımından ise siyasi muhalifler, insan hakları savunucuları ve gazeteciler hakkında kapsamı geniş yorumlanan ya da yapay biçimde büyütülen suçlamalarla yürütülen kovuşturma ve tutuklamaların sistemik bir sorun olduğunu belirtmiştir.[30]

### D. Şerafettin Can Atalay v. Türkiye (2026): Seçimden Sonra Hapiste Tutulma

#### 1. İncelemenin Sınırı

Atalay kararı, mahkûmiyeti değil, yalnızca milletvekili seçilmesinden ve AYM kararlarından sonra hapiste tutulmaya devam edilmesini konu almaktadır. Bu sınır başvurucunun kendi tercihinden kaynaklanmaktadır. Mahkûmiyetin kendisinin Sözleşmeye uygunluğu ise *Kavala (No. 2)* kararında incelenmiştir.[31]

#### 2. Hukuka Aykırı Biçimde Hapiste Tutulma

AİHM'e göre AYM'nin ihlal kararları, özünde Sözleşmenin 5. maddesinin birinci fıkrasının ihlal edildiğinin kabulü anlamına gelir. AYM, bireysel hakların anayasal güvencelerini bağlayıcı biçimde yorumlamaya yetkili en yüksek yargı merciidir. Başka bir mahkemenin, bir anayasa mahkemesine tanınan kesin ve bağlayıcı karar verme yetkisini sorgulaması, hukukun üstünlüğü ve hukuki güvenlik ilkeleriyle bağdaşmaz.[32]

AİHM ayrıca Yargıtay Ceza Genel Kurulunun ve bizzat 3. Ceza Dairesinin daha önce AYM kararlarının bağlayıcı olduğunu kabul ettiğini, ancak Atalay dosyasında bu kararlara hiç değinilmediğini tespit etmiştir. Aynı hükümlerin yüksek mahkemelerce birbiriyle çelişen biçimde yorumlanması, kanunun öngörülebilirliğini zedeler. Hükümetin "yeniden yargılama

---

24 *Kavala v. Türkiye (No. 2)*, §§ 168-171.

25 *Kavala v. Türkiye (No. 2)*, §§ 204-211.

26 *Kavala v. Türkiye (No. 2)*, §§ 246-248.

27 *Kavala v. Türkiye (No. 2)*, § 279.

28 *Kavala v. Türkiye (No. 2)*, § 289.

29 *Kavala v. Türkiye (No. 2)*, § 309.

30 *Kavala v. Türkiye (No. 2)*, § 310.

31 *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, §§ 76, 78.

32 *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, §§ 86, 90-91. AİHM bu ilkeyi ilk kez, AYM'nin tahliye yönündeki kararlarına ilk derece mahkemelerinin uymadığı iki gazeteci davasında ortaya koymuştur. Bkz. AİHM, *Mehmet Hasan Altan v. Türkiye*, B. No: 13237/17, 20.3.2018, § 139; AİHM, *Şahin Alpay v. Türkiye*, B. No: 16538/17, 20.3.2018, § 118. Uygulanmayan AYM kararları için bkz. AYM [GK], *Mehmet Hasan Altan (2)*, B. No: 2016/23672, 11.1.2018; AYM [GK], *Şahin Alpay (2)*, B. No: 2016/16092, 11.1.2018.

talebini ilgili mahkeme kabul etmedikçe mahkûmiyet geçerlidir" savunmasını ise, AYM kararlarını ilgili mahkemenin onayına bağlayan bir yaklaşım olarak reddetmiştir.[33] AİHM'e göre Atalay'ın milletvekili seçildiği andan itibaren hapiste tutulması hukuka aykırıdır. Bu sonuç, Yargıtayın onama kararından önceki tutukluluk dönemi için de sonraki hükümlülük dönemi için de geçerlidir. Her iki dönemde de hapiste tutma, Sözleşmenin aradığı anlamda ne "hukuka uygun" ne de "kanunda öngörülen usule uygun" sayılabilir.[34]

### 3. Sonuç Doğurmayan Bir Denetim

AYM, hapiste tutulmanın hukuka uygunluğunu ilk başvuruda üç ay, ikincisinde bir ay içinde, yani süratle denetlemiştir. Sorun denetimin niteliğinde değil, sonucunda ortaya çıkmıştır zira verilen tahliye kararları uygulanmamıştır. Karar tarihinde başvurucu, AYM'nin ilk kararından yaklaşık üç yıl sonra hâlâ hapistedir. Salıverilmeyi sağlayamayan bir denetim, Sözleşmenin 5. maddesinin dördüncü fıkrasının aradığı denetim değildir.[35] AİHM bu tespitin bireysel başvurunun genel etkililiğini sorgulamak anlamına gelmediğini ayrıca belirtmiştir. Sorun AYM'de değil, onun kararlarına uymayan mahkemelerdedir.[36]

### 4. Sandığın İradesinin Yok Sayılması

Birinci Ek Protokolün 3. maddesi, seçilme hakkıyla birlikte seçildikten sonra milletvekili olarak görev yapma hakkını da güvence altına alır. Başvurucunun Meclisteki sandalyesine oturamaması ve üyeliğinin, AYM tarafından hukuka aykırı bulunmuş kararlara dayanan bir mahkûmiyet gerekçesiyle düşürülmesi, hukukun üstünlüğüyle bağdaşmamaktadır. Bu müdahale yalnızca başvurucunun seçilme hakkını değil, halkın iradesinin serbestçe açıklanmasını da ihlal etmiştir.[37] Oysa Anayasanın 83. maddesinin üçüncü fıkrası, kesinleşmiş bir mahkûmiyet olsa bile milletvekilinin cezasının yerine getirilmesini üyeliğin sona ermesine bırakmaktadır.

### 5. Asıl Amaç Susturmak

AİHM, kötü niyetin ancak ağır bir ispat eşiğinde kabul edilebileceğini bilmesine rağmen, olayın somut ve bağlamsal koşullarını birlikte değerlendirerek bu eşiğin aşıldığını kabul etmiştir.[38] Dayandığı unsurlar; başvurucunun bir insan hakları savunucusu olması ve aynı

---

[33] *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, §§ 88-89, 92.

[34] *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, §§ 95-96.

[35] *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, §§ 116-121. Sözleşmenin 5. maddesinin dördüncü fıkrası anlamında bir mahkemenin, hukuka aykırı bulduğu özgürlükten yoksunluğa son verebilme, yani salıverme kararı verebilme yetkisine sahip olması gerekir. Yalnızca tavsiyede bulunabilen bir merci bu anlamda mahkeme sayılmaz. Bkz. **Schabas**, ECHR Commentary, s. 255. Bu güvencenin amacının, hukuka aykırı biçimde özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin salıverilmesini sağlamak olduğu hakkında bkz. **Harris**/**O'Boyle**/**Bates**/**Buckley**, ECHR, (2), s. 184. AYM de kendi kararlarının uygulanmamasının ihlalin devamı anlamına geldiğini ve ilgili hakkın ikinci kez ihlal edilmesi sonucunu doğurduğunu kabul etmektedir. Bkz. AYM, *Aligül Alkaya ve diğerleri (2)*, B. No: 2016/12506, 7.11.2019. İhlalin giderilmesine ilişkin genel ilkeler için bkz. AYM [GK], *Mehmet Doğan*, B. No: 2014/8875, 7.6.2018.

[36] *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, §§ 120, 122-123.

[37] *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, §§ 130-131, 140-143. Seçilmiş temsilcinin tutukluluk nedeniyle Meclis çalışmalarına katılamamasının Birinci Ek Protokolün 3. maddesini ihlal ettiğine ilişkin olarak aynı yönde bkz. *Selahattin Demirtaş v. Türkiye (No. 2)*, §§ 386, 397.

[38] *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, §§ 156-158.

yargılamada *Kavala* kararlarında 18. maddenin ihlal edildiğinin daha önce tespit edilmiş bulunması; AYM kararlarının ikinci kez uygulanmamasının emsalsiz olması; Yargıtay 3. Ceza Dairesinin, Ceza Genel Kurulunun ve kendisinin koyduğu ilkelerden açıklama yapmadan ayrılması; Anayasa Mahkemesi yargıçları hakkında suç duyurusunda bulunulması; Cumhurbaşkanı ve danışmanının Yargıtayın gerekçeleriyle örtüşen açıklamaları; Venedik Komisyonunun ve Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserinin yargı bağımsızlığına ilişkin tespitleridir.[39]

AİHM'e göre bu durumların bütünü, Yargıtayın AYM kararlarını uygulamayı reddetmesinden kaynaklanan hapiste tutulmanın başvurucuyu susturma ve çoğulculuğu bastırma amacı taşıdığını ve insan hakları savunucularının çalışmaları üzerinde caydırıcı bir etki doğurmaya elverişli olduğunu göstermektedir.[40] AİHM, Yargıtayın tutumunun yalnızca iki yüksek mahkeme arasındaki bir yorum farkıyla açıklanamayacağını da açıkça belirtmiştir.[41]

### 6. Karar ve Karşı Oy

AİHM, Türkiye'nin başvurucunun hapiste tutulmasına son vermesini, onu derhâl serbest bırakmasını ve milletvekilliği görevini yapmasını sağlamasını; genel tedbir olarak da AYM kararlarının eksiksiz uygulanmasını güvence altına almasını istemiştir.[42] Karar, 5. maddenin dördüncü fıkrası bakımından oybirliğiyle, diğer ihlaller bakımından altıya karşı bir oyla verilmiştir. Türkiye adına seçilen yargıç Saadet Yüksel bile karşı oy yazısında, AYM'nin yorumuna katılmamanın bir şey, kararlarını uygulamamanın ise başka bir şey olduğunu vurgulamış ve kararların uygulanmamasını bireysel başvuru hakkının açık ve ağır bir ihlali olarak nitelendirmiştir.[43] Karar bir Daire kararıdır ve Sözleşmenin 44. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen koşullarla kesinleşecektir.

## III. DÖRT KARARIN BİRLİKTE OKUNMASI

### A. Aynı Amaç, Genişleyen Alan

Dört kararın üçünde Sözleşmenin 18. maddesinin ihlal edildiği tespit edilmiştir ve gerekçe her seferinde aynıdır, susturmak. Ancak hedef her kararda genişlemektedir. 2019'da hedef, bir insan hakları savunucusu ve onun üzerinden sivil toplumdur.[44] 2026'da Büyük Daire, susturma amacının tutukluluğu aşarak kovuşturmanın ve mahkûmiyetin tamamına yayıldığını tespit etmiştir.[45] Atalay kararında ise hedef, seçmen iradesi ve siyasi çoğulculuktur.[46]

---

[39] *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, §§ 159-167. AİHM, üst düzey kamu görevlilerinin açıklamalarının Sözleşme dışı amacın ispatında bağlamsal unsur olarak değerlendirilebileceğini Türkiye bakımından daha önce de kabul etmiştir. Bkz. *Selahattin Demirtaş v. Türkiye (No. 2)*, §§ 436-437; AİHM, *Selahattin Demirtaş v. Türkiye (No. 4)*, B. No: 13609/20, 8.7.2025.

[40] *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, § 168.

[41] *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, § 164.

[42] *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, §§ 176-177.

[43] *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, Yargıç Yüksel'in kısmen karşı, kısmen katılan oyu, §§ 14-15.

[44] *Kavala v. Türkiye*, § 232.

[45] *Kavala v. Türkiye (No. 2)*, § 279.

[46] *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, § 168.

Daha önemlisi, kötü niyetin kaynağı değişmektedir. Kavala kararlarında Sözleşme dışı amaç, soruşturma ve kovuşturma makamlarının tutumunda ve mahkûmiyet hükmünde aranmıştır. Atalay kararında ise bu amaç ilk kez doğrudan bir yüksek mahkemenin, Yargıtayın, bağlayıcı kararlara uymama kararlarına bağlanmıştır. Bu, ceza adaletinin en üst basamağının da artık bu tabloya dahil olduğu anlamına gelmektedir.

### B. İki Katmanlı Uymama

Kavala'da Türkiye, AİHM'in kararına uymamış ve Sözleşme tarihinde nadiren işletilen ihlal davasıyla karşılaşmıştır. Atalay'da ise Yargıtay, AYM'nin kararlarına uymamıştır. Bu iki uymama birbirinden bağımsız değildir. Atalay kararı, AYM kararlarına uyulmamasının hukuk devletini ve bireysel başvurunun etkililiğini zedelediğine ilişkin değerlendirmeyi doğrudan *Kavala (No. 2)* kararından almaktadır.[47] Büyük Daireye göre AYM, hem Anayasada hem Sözleşmede güvence altına alınan hakların ulusal düzeydeki korunmasının köşe taşıdır ve kararlarına eksiksiz uyulması zorunludur.[48]

İki dosya, iç hukuktaki korumanın iki ayrı biçimde işlemez hâle getirilebileceğini de göstermektedir. Kavala dosyasında sorun AYM'nin kendisidir. Büyük Daire, Kavala'nın bireysel başvurularının dört yılı aşkın süredir sonuçlandırılmamasını, başvuru yolunun etkililiğini ciddi biçimde zedeleyen bir usul hareketsizliği olarak değerlendirmiştir.[49] Atalay dosyasında ise AYM hızlı ve doğru karar vermiş, ancak kararları uygulanmamıştır. Birinde koruma gecikmiş, diğerinde verilmiş ama etkisiz bırakılmıştır. Sonuç ikisinde de aynıdır, başvurucular hapistedir.

### C. Sınırlı Bağlılık Kuralı Gereğince Fail Olmazsa Yardım Eden de Olmaz

Ceza hukukçusu bakımından dört kararın birlikte okunmasının en önemli sonucu buradadır. Atalay, Kavala'nın fail olarak işlediği kabul edilen suça yardım etmekten mahkûm edilmiştir.[50] Türk hukukunda iştirak, sınırlı bağlılık kuralına dayanır. Yardım edenin sorumluluğu, kasten ve hukuka aykırı olarak işlenmiş bir eyleme bağlıdır (TCK m. 40/1).[51] Büyük Daire ise Kavala'nın mahkûmiyetini, 312. maddenin öngörülemez biçimde genişletilmesine ve Sözleşmeyle korunan faaliyetlere dayandığı için Sözleşme hukuku

[47] *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, §§ 122-123, 164; *Kavala v. Türkiye (No. 2)*, §§ 130-132.

[48] *Kavala v. Türkiye (No. 2)*, § 132.

[49] *Kavala v. Türkiye (No. 2)*, §§ 122-128.

[50] *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, § 9.

[51] Yargıtay Ceza Genel Kurulu da kanuni tanımdaki eylemi gerçekleştirmeyen suç ortağının, gerçekleşen eylemden ancak TCK m. 40'ta düzenlenen bağlılık kuralı uyarınca sorumlu olacağını yerleşik biçimde kabul etmektedir. Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 25.3.2026, E. 2024/415, K. 2026/186; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 20.5.2026, E. 2025/227, K. 2026/323. Sınırlı bağlılık kuralı hakkında bkz. **Murat Volkan Dülger**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2026, s. 1115. Alman hukukunda aynı kural için bkz. **Bernd Schünemann**/**Luís Greco**, LK StGB, Band 2, 13. Aufl., Gabriele Cirener/Henning Radtke/Ruth Rissing-van Saan/Thomas Rönnau/Wilhelm Schluckebier (Hrsg.), Walter de Gruyter, Berlin/Boston, 2021, Vor §§ 26, 27, kn. 19-20; **Bettina Noltenius**, "Die Lehre von der Beteiligung", Eric Hilgendorf/Hans Kudlich/Brian Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Band 3, C.F. Müller, Heidelberg, 2021, § 50, kn. 68; **Günter Heine**/**Bettina Weißer**, S/S StGB, Albin Eser/Walter Perron/Detlev Sternberg-Lieben/Jörg Eisele (Hrsg.), 30. Aufl., C. H. Beck, München, 2019, Vor §§ 25 ff., kn. 22; **Urs Kindhäuser**/**Eric Hilgendorf**, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 10. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2025, Vor §§ 25-31, kn. 17-18.

bakımından yok hükmünde saymıştır.[52] Suç oluşturan eylem bu şekilde kurulmuşsa, ona bağlı yardım edenin sorumluluğunun ayakta kalabileceğini söylemek ceza hukukunun iştirak sistemiyle bağdaşmaz.

Bu sonucun muhakeme hukukundaki karşılığı ise henüz açık değildir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 311. maddesinin birinci fıkrasının (f) bendi, hükmün Sözleşme ihlal edilerek verildiğinin AİHM'in kesinleşmiş kararıyla tespit edilmesini yeniden yargılama nedeni saymaktadır.[53] Bu yol uygulamada ihlal kararının başvurucusu için işletilmektedir. Ancak Kavala ve Atalay aynı hükümle, aynı olgulara dayanılarak mahkûm edilmiştir. Bize göre aynı hükmün Sözleşmeye aykırılığı kesin olarak tespit edilmişken, faile bağlı olarak mahkûm edilen yardım eden bakımından farklı bir sonuca varmak hem hukuk birliğiyle hem de bağlılık kuralıyla bağdaşmaz. Öte yandan Atalay kararı mahkûmiyeti incelemediği için, Kavala hakkındaki tespitleri Atalay'a doğrudan aktarmak da doğru olmaz. Bu nedenle Büyük Dairenin 312. maddenin yorumuna ilişkin tespitleri, en azından Atalay'ın AYM'de bekleyen adil yargılanma, ifade ve toplantı özgürlüğüne ilişkin başvuruları için güçlü bir dayanak oluşturmaktadır.[54]

### D. Ceza Muhakemesinin Araçsallaştırılması

Büyük Daire, Kavala dosyasında art arda açılan davalarla, suç nitelemelerinin değiştirilmesiyle ve tekrarlanan tutuklamalarla temel usul güvencelerinin dolanıldığını ve hem iç hukuktaki hem de uluslararası yargı kararlarının otoritesinin etkisizleştirildiğini tespit etmiş ve bunu açıkça "ceza hukukunun araçsallaştırılması" olarak nitelendirmiştir.[55] Genel tedbirler bölümünde de tutuklamanın aşırı kullanılmasının, geniş suç nitelemelerinin ve art arda kovuşturma açılmasının devletin "bastırma aygıtının" kötüye kullanıldığını gösterebileceğini belirtmiştir.[56]

Atalay kararı aynı aracın başka bir türünü göstermektedir. Kavala'da özgürlükten yoksunluk, yeni soruşturmalar ve yeni suç nitelemeleriyle sürdürülmüştür. Atalay'da ise yeni bir işlem yapılmasına bile gerek kalmamış, tahliye kararlarının uygulanmaması yetmiştir. Birinde araç kovuşturmadır, diğerinde infaz. Amaç ve sonuç ise aynıdır.

### E. Kararlar Arasındaki Farklar

Dört kararı birlikte okurken farkları da gözden kaçırmamak gerekir. *Kavala (No. 2)* kesinleşmiş bir Büyük Daire kararıdır ve on beşe karşı iki oyla verilmiştir. *Şerafettin Can*

---

52 *Kavala v. Türkiye (No. 2)*, §§ 171, 309.

53 **Dülger**/**Taşkın**, CMK, (3), s. 918-919. Alman hukukunda hâkim görüş, AİHM kararına dayanan yeniden yargılama nedeninin (StPO § 359 Nr. 6) yalnızca taraflar arasında hüküm doğurduğunu ve yalnızca ihlal kararını bizzat elde eden hükümlüye yeniden yargılama hakkı verdiğini kabul etmektedir. Bu sonuç öğretide eleştirilmekte, en azından pilot karar usulünde bekleyen paralel başvurulara genişletilmesi savunulmaktadır. Bkz. **Frank Peter Schuster**, LR StPO, Band 9, Teilband 1, 27. Aufl., Jörg-Peter Becker/Volker Erb/Robert Esser/Kirsten Graalmann-Scheerer/Hans Hilger/Alexander Ignor (Hrsg.), Walter de Gruyter, Berlin/Boston, 2022, § 359, kn. 173-176. Atalay ise kendi başvurusu üzerine AİHM'den ihlal kararı almıştır. Sorun, bu kararın mahkûmiyeti kapsamamasıdır.

54 Atalay'ın AYM'de bekleyen bu başvuruları için bkz. *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, §§ 44-46.

55 *Kavala v. Türkiye (No. 2)*, § 278.

56 *Kavala v. Türkiye (No. 2)*, § 312.

*Atalay* ise henüz kesinleşmemiş bir Daire kararıdır ve altıya karşı bir oyla verilmiştir; Büyük Daireye gönderilmesi istenebilir. Ayrıca Atalay kararının kapsamı, başvurucunun tercihiyle, seçimden sonraki döneme sınırlıdır. Bu farklar, kararların birbirini desteklediği gerçeğini değiştirmez; ancak bir kararın tespitlerinin diğerine hangi ölçüde taşınabileceğini belirler.

## IV. KARARLARIN AYNASINDA TÜRK CEZA ADALETİ

### A. Kanunilik İlkesinin Esnetilmesi

TCK m. 312, hükümeti cebir ve şiddet kullanarak ortadan kaldırmaya veya görevlerini yapmasını kısmen ya da tamamen engellemeye teşebbüs etmeyi cezalandırır. Bu, Türk Ceza Kanunu'nun en ağır yaptırımlı suçlarından biridir ve unsurlarının dar yorumlanması gerekir. Büyük Daireye göre ise yerel mahkemeler, sivil toplum faaliyetleri, lobi çalışmaları, uluslararası temaslar ve barışçıl gösterilere örgütsel destek gibi kendi başına suç oluşturmayan ve Sözleşmeyle korunan davranışların toplamından bu suçun maddi unsurunu çıkarmıştır.[57]

Bu tespit, Türk ceza hukukunun kronik bir sorununa işaret etmektedir. Olağan olan, hâkimin kanundaki suç tanımından yola çıkması ve olayın bu tanıma uyup uymadığını araştırmasıdır. Bu yargılamada ise yön tersine çevrilmiş, önce olaylar yorumlanmış, suç ise bu yorumdan türetilmiştir. 312. maddede teşebbüs bizzat suç tipinin içine alınmıştır.[58] Bu nedenle icra hareketinin, yani cebir ve şiddetin somut olarak var olması her şeyden önemlidir. Cebir ve şiddeti bizzat kullanmayan, buna çağrı yaptığı da ispat edilmemiş bir kişinin bu suçun faili ya da yardım edeni sayılabilmesi, ancak suç tanımının kanunun izin vermediği ölçüde, kıyasa varacak şekilde geniş yorumlanmasıyla mümkündür.[59] Büyük Dairenin uyarısı açıktır; böyle bir yorum, ülke çapındaki protesto hareketlerinde kenarda yaşanan münferit şiddet olaylarını geriye dönük olarak bütün katılımcılara yükleme riskini taşır ve toplantı ile ifade özgürlüğünü mutlak bir kamu düzeni yükümlülüğüne bağlar.[60]

---

[57] *Kavala v. Türkiye (No. 2)*, §§ 168-171.

[58] Kalkışma suçlarının niteliği hakkında bkz. **Dülger**, GH, (4), s. 447. Alman hukukunda da vatana ihanet (*Hochverrat*) suçu, tamamlanmış hâli ile teşebbüs aşamasında kalmış hâlini birlikte kapsayan gerçek bir kalkışma suçu (*echtes Unternehmensdelikt*) olarak düzenlenmiştir. Bkz. **Kindhäuser**/**Hilgendorf**, NHK StGB, (10), Vor §§ 81-83a, kn. 3.

[59] Kıyas yasağının hukuk güvenliği yanında kuvvetler ayrılığının da gereği olduğu ve uygulamada kıyas ile yorumun karıştırıldığı hakkında bkz. **Dülger**, GH, (4), s. 159-160. Alman öğretisinde de kıyas yasağının öncelikle hâkime yöneldiği, kanunun olası lafzi anlamının hâkimin yorumunun en son sınırını oluşturduğu ve yasağın hem hukuk devleti hem de demokrasi ilkesine dayandığı kabul edilmektedir. Bkz. **Gerhard Dannecker**/**Jan C. Schuhr**, LK StGB, Band 1, 13. Aufl., Gabriele Cirener/Henning Radtke/Ruth Rissing-van Saan/Thomas Rönnau/Wilhelm Schluckebier (Hrsg.), Walter de Gruyter, Berlin/Boston, 2020, § 1, kn. 238, 242; **Bernd Hecker**, S/S StGB, (30), § 1, kn. 25; **Kindhäuser**/**Hilgendorf**, NHK StGB, (10), § 1, kn. 6-7.

[60] *Kavala v. Türkiye (No. 2)*, § 170. Alman hukukunda 312. maddenin karşılığı sayılabilecek *Hochverrat* suçunda da, ceza hukukunun siyasal tartışmalar alanında anayasal bir ölçülülükle sınırlı tutulması gerektiği, bu nedenle cebir veya cebir tehdidinin ancak anayasal organların direncini kırmaya nesnel olarak elverişli olduğu hâlde tipe uygun sayılabileceği kabul edilmektedir. Bkz. **Mark Steinsiek**, LK StGB, Band 7, 13. Aufl., Gabriele Cirener/Henning Radtke/Ruth Rissing-van Saan/Thomas Rönnau/Wilhelm Schluckebier (Hrsg.), Walter de Gruyter, Berlin/Boston, 2021, § 81, kn. 17; **Detlev Sternberg-Lieben**, S/S StGB, (30), § 81, kn. 4.

### B. Şahsilik İlkesinin Aşınması

Ceza sorumluluğu şahsidir (Anayasa m. 38/7; TCK m. 20/1). Kimse başkasının fiilinden sorumlu tutulamaz. Büyük Daire, yerel mahkemelerin yorumunun, başvurucunun doğrudan katılımı, azmettirmesi veya teşviki olmaksızın üçüncü kişilerin şiddet eylemlerinden onu dolaylı olarak sorumlu tuttuğunu tespit etmiştir. Şiddetin kaynağı ve faillerin bireysel sorumluluğu araştırılmadan, kişinin bir toplumsal hareket içindeki varsayılan etkisine veya yapısal rolüne dayanılması, sivil toplum aktörlerine açıkça orantısız bir ceza yükü bindirmektedir.[61]

### C. İspat Yükünün Tersine Çevrilmesi

Masumiyet karinesi, suçun bütün unsurlarının makul şüpheden uzak biçimde iddia makamınca ispatını gerektirir. Büyük Daireye göre ise mahkûmiyet, büyük ölçüde bağlamsal ve yeterince bireyselleştirilmemiş çıkarımlara dayanmış, genel varsayımları çürütme yükü sanığa yüklenmiştir. "Cebir ve şiddet" unsuru, sanığa yüklenebilen olaylar tek tek değerlendirilmeden, olaylar sırasında yaşanan bütün şiddet olaylarına dayanılarak kurulmuştur.[62] 2019 kararının tespiti de aynı yöndedir; Sözleşmeyle korunan eylemlerin iddianamede suçun unsurları olarak gösterilmesi, şüphenin makullüğünü baştan zayıflatmaktadır.[63]

Bu tablo Türk ceza yargılamasına yabancı değildir. Geniş tanımlı suçlarda delil, çoğu zaman eylemin değil kişinin profili üzerinden kurulmaktadır. Kiminle görüştüğü, hangi derneğe üye olduğu, hangi toplantıya katıldığı ve ne paylaştığı, suçun unsurlarının yerine geçmektedir. Oysa ceza muhakemesinin amacı bir kişinin kim olduğunu değil, ne yaptığını ispat etmektir.

### D. Tutuklamanın Cezaya Dönüşmesi

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 100. maddesinin üçüncü fıkrası, katalog suçlarda kaçma veya delilleri karartma şüphesinin varlığını kanunen kabul eder. 312. madde de bu suçlar arasındadır. Atalay'ın tutukluluğunun devamı, istinaf aşamasında cezanın ağırlığına ve suçun katalogda yer almasına dayandırılmıştır.[64] AİHM ise cezanın ağırlığının tek başına tutuklamayı haklı kılamayacağını ve tutukluluk gerekçelerinin somut ve bireyselleştirilmiş olması gerektiğini yıllardır vurgulamaktadır.[65]

---

61 *Kavala v. Türkiye (No. 2)*, § 169. Ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi hakkında bkz. **Dülger**, GH, (4), s. 476.

62 *Kavala v. Türkiye (No. 2)*, §§ 204-206.

63 *Kavala v. Türkiye*, § 157.

64 *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, § 10.

65 AİHM, *Yağcı ve Sargın v. Türkiye*, B. No: 16419/90, 16426/90, 8.6.1995, § 52; AİHM, *Becciev v. Moldova*, B. No: 9190/03, 4.10.2005, § 58; AİHM, *Idalov v. Rusya* [BD], B. No: 5826/03, 22.5.2012, § 140. AYM de katalog suçlarda dahi tutuklama gerekçesinin somut olgulara dayanması ve kişiselleştirilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Bkz. AYM, *Halas Aslan*, B. No: 2014/4994, 16.2.2017, §§ 75-78. Katalog suçlarda kanunun tutuklama nedenlerinin varlığını yalnızca varsaydığı, bu karinenin uygulamada emredici bir hükümmüş gibi uygulanarak tutuklamayı bir ön cezaya dönüştürdüğü hakkında bkz. **Dülger**/**Taşkın**, CMK, (3), s. 398-399. Alman hukukunda da ağır suçlara ilişkin tutuklama hükmünün (StPO § 112 Abs. 3) kendiliğinden tutuklama anlamına gelmediği, Federal Anayasa Mahkemesinin bu hükmü ancak ölçülülük ilkesine göre daraltarak Anayasaya uygun bulduğu ve hâkimin somut olayın koşullarını incelemek ve tutuklama kararında göstermek zorunda olduğu kabul edilmektedir. Bkz. **Detlef Lind**, LR StPO, Band 4, Teilband 1, 27. Aufl., Jörg-Peter Becker/Volker Erb/Robert Esser/Kirsten Graalmann-Scheerer/Hans Hilger/Alexander Ignor (Hrsg.), Walter de Gruyter, Berlin/Boston, 2019, § 112, kn. 99-101.

Bu yargılamada tutuklama, bir muhakeme tedbiri olmaktan çıkıp cezanın yerine geçmiştir.[66] Osman Kavala, 18 Ekim 2017'den bu yana kesintisiz olarak özgürlüğünden yoksundur. AİHM bu sürenin tamamını Sözleşmeye aykırı bulmuştur. 2019 kararına kadar süren tutukluluk makul şüpheden yoksundur, 10 Aralık 2019 ile 25 Nisan 2022 arasındaki tutukluluk keyfîdir, mahkûmiyetten sonraki hapiste tutulma ise hukuka aykırıdır.[67] Can Atalay ise 25 Nisan 2022'den beri, önce tutuklu, Yargıtayın 28 Eylül 2023 tarihli onama kararından sonra ise hükümlü olarak hapistedir. Bu sürenin yarısından fazlası, AYM'nin tahliye kararlarından sonra geçmiştir.

### E. Hâkim Bağımsızlığı ve Disiplin Tehdidi

Bu yargılamanın belki de en öğretici anı, 18 Şubat 2020'deki beraat kararının ertesi günüdür. HSK, beraat kararı veren üç hâkim hakkında inceleme başlatmış, ardından disiplin soruşturması açmıştır. Büyük Daireye göre, üstelik AİHM'in 2019 kararının gereklerine de uygun olan bir beraat kararından sonra açılan bu soruşturma, niteliği gereği ilgili hâkimler üzerinde caydırıcı bir baskı oluşturmaya ve daha genel olarak sonraki yargılamada yargı bağımsızlığını zedelemeye elverişlidir. Dosyanın mahkemeden mahkemeye tekrar tekrar gönderilmesi ve kararın verildiği aşamada iktidar partisiyle geçmişte yakın bağı bulunan bir hâkimin heyette yer alması bu kuşkuları güçlendirmiştir.[68]

Bir hâkimin beraat kararı verdiği için disiplin soruşturmasıyla karşılaştığı bir sistemde, diğer hâkimlere verilen mesaj açıktır. Büyük Daire, bu sorunları atama, nakil ve disiplin mekanizmalarına ilişkin yapısal eksikliklerle ve AYM kararlarının uygulanmamasıyla birlikte değerlendirmiş ve Türkiye'de yargı bağımsızlığını etkileyen "derin bir bozulmadan" söz etmiştir.[69] Venedik Komisyonu da HSK'nın yapısının yürütmeye yargı üzerinde belirleyici bir etki sağladığını 2017'den beri tekrarlamaktadır.[70]

### F. Kararlara Uymamanın Hukuku Yoktur

Anayasanın 153. maddesinin altıncı fıkrasına göre AYM kararları yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar. 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin ikinci fıkrası, ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanıyorsa yeniden yargılama yapılmasını ve ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılmasını zorunlu kılar.[71] AYM *Kadri Enis Berberoğlu (3)* kararında, hukuk devletinin bir retorikten ibaret olmadığını, kararlarına

---

[66] Tutuklamanın önceden çektirilen bir ceza olmadığı ve böyle bir amaca yöneltilemeyeceği, kanunun öngörmediği amaçların kalıp gerekçelerin ardına gizlenmesi tehlikesi (*apokryphe Haftgründe*) hakkında bkz. **Lind**, LR StPO, (27), Vor § 112, kn. 27-28.

[67] *Kavala v. Türkiye*, § 157; *Kavala v. Türkiye (No. 2)*, §§ 247-249.

[68] *Kavala v. Türkiye (No. 2)*, §§ 208-209. Aynı soruşturma, Türkiye'nin 2019 kararına uyup uymadığı değerlendirilirken de dikkate alınmıştır. Bkz. *Kavala v. Türkiye* [BD] (m. 46/4), § 168.

[69] *Kavala v. Türkiye (No. 2)*, §§ 210-211.

[70] *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, § 68.

[71] Bu durumda mahkemenin yeniden yargılama yapıp yapmama konusunda bir takdir yetkisi yoktur. Bkz. **Dülger**/**Taşkın**, CMK, (3), s. 919.

uyulmamasının hukukun üstünlüğü ilkesinin ağır bir ihlali olduğunu ve bundan cezai, idari ve hukuki sorumluluk doğacağını belirtmiştir.[72]

Atalay dosyasında ise suç duyurusu, kararlara uymayanlar hakkında değil, kararı verenler hakkında yapılmıştır. Bağlayıcı bir yargı kararına uymayan bir mahkeme, bu kararı veren yargıçları suçlamıştır. AİHM bu suç duyurusunun tek başına hukuk düzeninin birliği konusunda soru işareti doğurduğunu belirtmiştir.[73] Bize göre ise bu olay, Türk ceza adaletinin ulaştığı noktayı özetlemektedir, çünkü ceza hukuku artık hak ihlallerine karşı bir koruma aracı değil, hak ihlallerini tespit eden yargıçlara karşı bir tehdit aracı olarak kullanılabilmektedir. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserinin Aralık 2025'te Can Atalay ve Tayfun Kahraman davalarındaki AYM kararlarının uygulanmamasından duyduğu kaygıyı açıklaması da sorunun tek bir dosyayla sınırlı olmadığını göstermektedir.[74]

### G. Umudu Olmayan Ceza

Bu yargılama bir başka yapısal sorunu da görünür kılmıştır. TCK m. 312 uyarınca verilen ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası, koşullu salıverilmenin uygulanmadığı suçlar arasındadır. Büyük Daireye göre bu nedenle salıverilme beklentisi ve cezanın hükümlünün kişisel durumundaki değişiklikler ile tehlikeliliği ışığında gözden geçirilmesini sağlayan bir mekanizma yoktur. Sözleşmenin 3. maddesine aykırılık, cezanın infazının ileri bir aşamasında değil, bu cezanın verildiği anda ortaya çıkmaktadır.[75] Bir ceza sisteminin en ağır cezası insan onuruna aykırıysa, o sistemin cezalandırma anlayışı da sorgulanmalıdır.

## V. DÜŞMAN CEZA HUKUKU: JAKOBS'UN ÇİZDİĞİ SINIRLAR VE TÜRKİYE UYGULAMASI

### A. Jakobs'un Kuramı

Bu yargılamada görülen uygulamaları anlamlandırmak için ceza hukuku teorisinde en uygun çerçeveyi *Günther Jakobs*'un düşman ceza hukuku kuramı sunmaktadır. *Jakobs* kavramı ilk kez 1985 yılında, hukuksal değer ihlalinin öncesindeki alanın suç hâline getirilmesini eleştirel biçimde incelediği tebliğinde kullanmıştır.[76] Sonraki çalışmalarında ise tasvirî bir tespit olarak başlayan ayrımı savunulan bir modele dönüştürmüştür.[77]

Kuramın özü, iki ayrı ceza hukuku arasındaki karşıtlıktır. Yurttaş ceza hukukunda ceza bir iletişimdir. Devlet faile, işlediği eylem nedeniyle kusurlu olarak zarar verdiğini söyler ve onu hukuk düzeninin bir muhatabı, yani bir kişi olarak ciddiye alır. Düşman ceza hukukunda ise

---

[72] AYM [GK], *Kadri Enis Berberoğlu (3)*, B. No: 2020/32949, 21.1.2021, §§ 141-142. Ayrıca bkz. *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, §§ 57-58.

[73] *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, § 163.

[74] *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, § 67.

[75] *Kavala v. Türkiye (No. 2)*, § 289. Aynı yönde bkz. AİHM, *Vinter ve diğerleri v. Birleşik Krallık* [BD], B. No: 66069/09, 130/10, 3896/10, 9.7.2013, § 122. Türkiye'de koşullu salıverme imkânı tanımayan ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının Sözleşmenin 3. maddesini ihlal ettiğine ilişkin olarak bkz. AİHM, *Öcalan v. Türkiye (No. 2)*, B. No: 24069/03, 197/04, 6201/06, 10464/07, 18.3.2014, §§ 202-207. Ayrıca bkz. **Dülger**, GH, (4), s. 1289-1290.

[76] **Günther Jakobs**, "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung", ZStW, C. 97, 1985, s. 751-785.

[77] **Günther Jakobs**, "Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht", HRRS 2004, s. 88-95.

geçmiş bir eyleme verilen bir cevap değil, gelecekteki eylemlerin önlenmesi söz konusudur. *Jakobs*'un ifadesiyle burada artık failin kendisiyle konuşulmaz, ona karşı kendini güvenceye alınan "bilişsel olarak şüpheli bir figür" olarak muamele edilir. *Jakobs*'a göre düşman, tutumuyla, meslek hayatıyla ya da bir örgüte katılmasıyla hukuktan muhtemelen kalıcı olarak yüz çevirmiş ve kişi olarak davranacağına ilişkin asgari bilişsel güvenceyi sunmayan kimsedir.[78]

Düşman ceza hukukunun belirtileri öğretide beş noktada toplanmaktadır. Bunlar, cezalandırılabilirliğin hukuksal değer ihlalinden önceki alana çekilmesi, bu öne çekilmeye rağmen cezanın indirilmemesi hatta ağırlaştırılması, eylem yerine failin tehlikeliliğinin ölçüt alınması, koruma tedbirlerine sıklıkla başvurulmasıyla usul güvencelerinin aşınması ve ceza kanunu yapmaktan "mücadele kanunu" yapmaya geçilmesidir. *Jakobs* bu iki ceza hukukunun saf biçimleriyle gerçek hayatta pek görülmeyen ideal tipler olduğunu kabul etmekte, ancak düşman ceza hukukunun açıkça adlandırılmasını, yurttaş ceza hukukunun ondan arındırılması için gerekli saymaktadır.[79]

### B. Jakobs'un Düşman Ceza Hukukuna Çizdiği Sınırlar

Düşman ceza hukuku kuramı, eleştirmenlerinin haklı olarak işaret ettiği gibi tehlikeli bir kuramdır. Ancak *Jakobs*'un düşman ceza hukukunu sınırsız bir devlet şiddeti olarak tasarlamadığını da teslim etmek gerekir. Kendi metinlerinde düşmana yönelik tedbirlerin uyması gereken sınırları açıkça çizmiştir. Kavala ve Atalay yargılamasını değerlendirebilmek için önce bu sınırları görmek gerekir.

Birincisi, düşman siyasal bir kategori değildir. *Jakobs*, kendi düşman kavramının *Carl Schmitt*'in siyasal olanın özünü dost-düşman ayrımında gören kavramıyla bağlantısı olmadığını özellikle belirtmektedir.[80] Onun düşmanı, iktidarın hasmı değil, tutumu, meslek hayatı ya da örgüt üyeliğiyle hukuktan kalıcı olarak yüz çevirdiğini davranışıyla ortaya koyan kişidir.[81] Düşmana karşı ne ölçüde tedbir alınacağı ise iki etkene bağlıdır. Bunlar, yurttaşların güvenlik ihtiyacı ile güvenilmez kişinin şiddet potansiyelidir.[82]

İkincisi, düşman ceza hukuku da kanunilik ilkesine bağlıdır. *Jakobs*'a göre düşman ceza hukuku, yurttaş ceza hukukunun unsurlarıyla iç içedir; belirlilik ilkesi ve en azından genel hatlarıyla hukuk devleti ilkelerini karşılayan bir yargılama, düşmana karşı da geçerlidir. Bir kişiye karşı yalnızca soyut düşman tipine uyduğu için tepki gösterilemez; düşmanca davranış da ona karşı alınacak tedbir de kanunla belirlenmiş olmalıdır.[83]

Üçüncüsü, dışlama kısmidir ve geri dönüş yolu açık tutulmalıdır. *Jakobs*, düşmana yönelik zorlamanın kişiyi hukuktan tamamen değil kısmen dışladığını, dışlanan kişiye bir

---

78 **Günther Jakobs**, "On the Theory of Enemy Criminal Law", Markus D. Dubber (Ed.), Foundational Texts in Modern Criminal Law, Oxford University Press, Oxford, 2014, s. 420-421.

79 **Jakobs**, On the Theory of Enemy Criminal Law, s. 421; **Jakobs**, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, s. 92. Bu belirtiler hakkında ayrıca bkz. **Dülger**, GH, (4), s. 291-296.

80 **Jakobs**, On the Theory of Enemy Criminal Law, s. 420, dn. 40.

81 **Jakobs**, On the Theory of Enemy Criminal Law, s. 420.

82 **Jakobs**, On the Theory of Enemy Criminal Law, s. 424.

83 **Jakobs**, On the Theory of Enemy Criminal Law, s. 422.

yargılama ve mümkünse geri dönüşüne ilişkin bir usul sağlandığı ölçüde onun hukuk düzeninin içinde kalmaya devam ettiğini belirtir. Diğer yurttaşlar da dışlanan kişiye yalnızca bu yolla ve bu ölçüde muamele etmekle bağlıdır.[84] İnsan onuru nedeniyle tam statüye dönüş yolunun mümkün olduğunca açık tutulması gerektiğini de kabul etmektedir.[85] Devletin düşmanı her türlü haktan dışlaması gerekmez ve yapmakta serbest olduğu her şeyi yapmak zorunda da değildir.[86]

Dördüncüsü, hazırlık hareketleri için ağır ceza meşru değildir. *Jakobs*, bir suça hazırlığı teşebbüsün alt sınırına yakın cezalarla cezalandıran Alman Ceza Kanunu'nun 30. paragrafındaki düzenlemeyi, cezanın olağanüstü yüksekliği nedeniyle açıkça meşru saymamaktadır. Ona göre bu ceza, failin katılaşmış bir suç eğilimine değil, henüz gerçekleşmemiş bir haksızlığa bağlanmıştır.[87]

Beşincisi, düşman ceza hukuku açıkça adlandırılmalıdır. *Jakobs*'un kuramı geliştirmesinin gerekçelerinden biri, iki ceza hukukunun birbirine karışmasını önlemektir. Yurttaş ceza hukukunu anayasal niteliklerinden yoksun bırakmak istemeyen, düşmana karşı yapılması gerekenleri başka bir adla anmalıdır.[88] Düşman ceza hukuku bir "sınırlı savaş" olarak tasarlanmıştır, sınırsız bir savaş olarak değil.[89]

### C. Kavala ve Atalay Yargılamasında Düşman Ceza Hukukunun İzleri

Bu ölçütlerle bakıldığında, dört kararın tespit ettiği uygulamaların hemen her biri düşman ceza hukukunun bir belirtisine karşılık gelmektedir.

İlk olarak, fiil ceza hukukundan fail ceza hukukuna geçilmiştir. Büyük Daire, mahkûmiyetin kişisel olarak isnat edilebilen eylemlere değil, başvurucunun sivil toplum içindeki varsayılan etkisine ve "stratejik rolüne" dayandığını tespit etmiştir.[90] Bu, *Jakobs*'un tarif ettiği biçimde, kişinin ne yaptığının değil, kim olduğunun ve ne kadar "tehlikeli" sayıldığının cezalandırılmasıdır.

İkinci olarak, cezalandırılabilirlik öne çekilmiş, ceza ise ağırlaştırılmıştır. TCK m. 312 zaten teşebbüsü suç tipinin içine alan bir öne çekme hükmüdür.[91] Bu hüküm, cebir ve şiddet kullandığı ya da buna çağrı yaptığı ispat edilmeyen kişilere uygulanmış ve sonuç, koşullu salıverme imkânı tanımayan ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası olmuştur. *Jakobs*'un dilinde bu, faile verilmiş bir ceza değil, "tehlike kaynağının" kalıcı olarak etkisiz kılınmasıdır. Büyük

---

84 **Jakobs**, On the Theory of Enemy Criminal Law, s. 423.

85 **Jakobs**, On the Theory of Enemy Criminal Law, s. 417.

86 **Jakobs**, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, s. 90.

87 **Jakobs**, On the Theory of Enemy Criminal Law, s. 422.

88 **Jakobs**, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, s. 92.

89 **Jakobs**, On the Theory of Enemy Criminal Law, s. 423, dn. 59.

90 *Kavala v. Türkiye (No. 2)*, §§ 168-169, 205. Fiil ceza hukuku ile fail ceza hukuku ayrımı hakkında bkz. **Dülger**, GH, (4), s. 288, 367. Alman Ceza Kanunu'nun da cezayı failin kişiliğine değil somut eyleme bağlayan bir fiil ceza hukuku olduğu hakkında bkz. **Jörg Eisele**, S/S StGB, (30), Vor §§ 13 ff., kn. 3.

91 Cezalandırılabilirliği suçun öncesine çeken ve tamamlanma ile teşebbüsü birbirinden ayırmayan kalkışma suçlarının, nasyonal sosyalist dönemin irade ceza hukukunda (*Willensstrafrecht*) "mücadele alanını öne çekme" programının araçlarından biri olarak kullanıldığı hakkında bkz. **Ralf Kölbel**, "Vorbereitungshandlungen", Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Band 3, § 56, kn. 20-21.

Dairenin bu cezayı Sözleşmenin 3. maddesine aykırı bulması da tam olarak bu nedenledir. Ceza, hükümlüye hiçbir umut ve gözden geçirme imkânı bırakmamaktadır.[92]

Üçüncü olarak, usul güvenceleri askıya alınmıştır. Katalog suç gerekçesiyle süren tutuklamalar, kalıp gerekçelerle reddedilen tanık talepleri, beraat kararından sonra aynı olgularla yeni suçlamalar ve beraat veren hâkimler hakkında açılan disiplin soruşturması, düşmana karşı muhakeme güvencelerinin işletilmediği bir yargılamanın görünümleridir.

Dördüncü olarak ve belki de en çarpıcı biçimde, iletişim kesilmiştir. *Jakobs*'a göre yurttaşa verilen ceza onunla hukuk dilinde konuşmaktır. AYM'nin ihlal kararları da hukuk düzeninin Atalay ile bu dilde kurduğu iletişimdir. Karar, hakların ihlal edildiğini, tahliyesi ve milletvekilliğine başlaması gerektiğini söylemektedir. Yargıtayın bu kararları uygulamaması, Atalay'ın artık hukuk düzeninin muhatabı olan bir kişi olarak değil, yalnızca etkisiz kılınması gereken bir tehlike olarak görüldüğü anlamına gelir. Cumhurbaşkanının Atalay'ı "terörist" olarak nitelendirmesi ise bu dönüşümün siyasal ifadesidir ve bu bir milletvekilinin, hiçbir yargı kararına dayanmadan düşman ilan edilmesidir.[93]

### D. Jakobs'un da Ötesinde Aşılan Sınırlar

Kavala ve Atalay yargılaması, düşman ceza hukukunun belirtilerini taşımakla kalmamakta, *Jakobs*'un bu kurama çizdiği sınırların neredeyse tamamını da aşmaktadır. *Jakobs* tehlikeli ve tartışmalı bir kuram ortaya koymuştur ancak bu yargılamada görülen uygulamaları ne amaçlamış ne de yazmıştır. Bu iddiayı sınırlar tek tek karşılaştırıldığında görmek mümkündür.

İlk olarak, düşman kategorisi tamamen değişmiştir. *Jakobs*'un düşmanı, şiddet potansiyeli taşıyan ve hukuktan kalıcı olarak yüz çevirdiğini davranışıyla gösteren kişidir. Kavala ve Atalay ise AİHM'e göre hakkında makul şüphe dahi bulunmayan, Sözleşmeyle korunan haklarını kullanan bir insan hakları savunucusu ile bir avukat ve seçilmiş bir milletvekilidir.[94] Hiçbirine kişisel bir şiddet eylemi isnat edilmemiştir.[95] Burada düşman, hukuka yüz çevirdiği için değil, hukukun kendisine tanıdığı hakları kullandığı için düşman kılınmıştır.

İkinci olarak, düşman ceza hukuku *Jakobs*'un açıkça reddettiği bir yöne, siyasal düşman kavramına kaymıştır. AİHM üç kararda Sözleşme dışı amacın susturmak, *Kavala (No. 2)* kararında ise ayrıca bir insan hakları savunucusunu görüşleri nedeniyle cezalandırmak olduğunu tespit etmiştir.[96] *Jakobs*'un düşman ceza hukuku, gelecekteki suçları önlemeye yöneliktir. Burada ise gelecekteki bir tehlikenin değil, geçmişte açıklanmış görüşlerin ve sivil toplum faaliyetinin bedeli ödetilmektedir. Bu, *Jakobs*'tan çok *Schmitt*'in dost-düşman ayrımına yakın bir tablodur.

---

92 *Kavala v. Türkiye (No. 2)*, § 289.

93 *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, §§ 51, 165.

94 *Kavala v. Türkiye*, § 157; *Kavala v. Türkiye (No. 2)*, § 168.

95 *Kavala v. Türkiye (No. 2)*, §§ 169, 205.

96 *Kavala v. Türkiye*, § 232; *Kavala v. Türkiye (No. 2)*, § 279; *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, § 168.

Üçüncü olarak, *Jakobs*'un düşman ceza hukukunu bile bağladığını söylediği kanunilik ilkesi çiğnenmiştir. Büyük Daireye göre TCK m. 312 öngörülemez biçimde genişletilmiştir.[97] Atalay'ın milletvekili seçildikten sonra hapiste tutulmasının dayandığı Anayasanın 14. ve 83. maddeleri de, yüksek mahkemelerin birbiriyle çelişen yorumları nedeniyle öngörülebilir değildir.[98] *Jakobs*'un aradığı kanunla belirlenmiş bir düşman davranışı ve kanunla belirlenmiş bir tepki yoktur. Ortada, sonradan yorumla kurulmuş bir suç ve sonradan yorumla ortadan kaldırılmış bir dokunulmazlık vardır.

Dördüncü olarak, *Jakobs*'un düşmana bile tanıdığı asgari hukuk devleti yargılaması sağlanmamıştır. Büyük Daire, Kavala'nın mahkûmiyetine yol açan yargılamada açık bir adalet inkârı bulunduğunu ve yargılamanın adil yargılanma hakkının özünü zedelediğini tespit etmiştir.[99] *Jakobs* düşmana karşı gizli soruşturma ve iletişimin dinlenmesi gibi tedbirlerin kullanılabileceğini savunur ancak delillerin değerlendirilmediği, tanıkların dinlenmediği ve beraat veren hâkimlerin disiplin soruşturmasıyla karşılaştığı bir yargılamayı savunmaz.[100]

Beşinci olarak, *Jakobs*'un açık tutulmasını istediği geri dönüş yolu kapatılmıştır. Kavala'ya verilen ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası, koşullu salıverme ve gözden geçirme imkânı tanımamaktadır.[101] *Jakobs*'un kısmi dışlamasının yerini, hiçbir geri dönüş usulü öngörmeyen tam bir dışlama almıştır. Atalay bakımından ise geri dönüşün yolu AYM kararlarıyla açılmış, ancak bu kararlar uygulanmamıştır. Yani geri dönüş yolu yalnızca öngörülmemiş değil, açıldıktan sonra kapatılmıştır.

Altıncı olarak, *Jakobs*'un meşru saymadığı ceza orantısızlığı en ağır biçimiyle uygulanmıştır. *Jakobs*, hazırlık hareketlerine teşebbüse yakın ceza öngören bir düzenlemeyi bile meşru bulmazken, Gezi davasında kişisel olarak hiçbir şiddet eylemi isnat edilmeyen kişiler, teşebbüsü suç tipinin içine alan bir hüküm uyarınca ağırlaştırılmış müebbet ve on sekiz yıl hapis cezasına çarptırılmıştır.[102]

Yedinci olarak, düşman ceza hukuku açıkça adlandırılmamış, yurttaş ceza hukukunun kılığına sokulmuştur. *Jakobs* düşmana karşı yapılanların farklı adlandırılmasını ve yurttaş ceza hukukunun bundan arındırılmasını ister. Türkiye'de ise düşmana yönelik tedbirler, iddianame, duruşma, istinaf ve temyiz gibi yurttaş ceza hukukunun bütün biçimleri kullanılarak uygulanmıştır. Biçim yurttaş ceza hukukuna, içerik düşman ceza hukukuna aittir. *Jakobs*'un uyardığı tehlike tam da budur. Düşmana karşı geliştirilen araçlar, sınır tanımadan yurttaşa yöneltilmektedir.

---

97 *Kavala v. Türkiye (No. 2)*, § 171.

98 *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, § 92.

99 *Kavala v. Türkiye (No. 2)*, §§ 211, 247.

100 **Jakobs**, On the Theory of Enemy Criminal Law, s. 422, 424.

101 *Kavala v. Türkiye (No. 2)*, § 289.

102 Alman öğretisinde de kusuru aşan ceza yasağının düşman ceza hukuku tartışması karşısında özellikle vurgulanması gerektiği, yurttaşlar ile toplumun düşmanları arasında ayrım yapan bir ceza uygulamasının adalet ve kusurla orantılı ceza konusundaki toplumsal uzlaşmayı çiğneyerek hukuk devletinin temel kazanımlarını tehlikeye atacağı belirtilmektedir. Bkz. **Franz Streng**, "Strafzumessung", Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Band 3, § 66, kn. 39.

Sekizinci olarak ve belki de en önemlisi, düşman kategorisi hukuk düzeninin kendi organlarına kadar genişlemiştir. *Jakobs*'un modelinde düşman, hukuk düzeninin dışında duran ve ona karşı korunulan kişidir. Hukuk düzeni ise yani hâkimler, mahkemeler ve anayasa, düşmana karşı yürütülen sınırlı savaşın bile çerçevesini çizer. Kavala ve Atalay yargılamasında ise beraat kararı veren üç hâkim disiplin soruşturmasıyla, ihlal kararı veren Anayasa Mahkemesi yargıçları suç duyurusuyla karşılaşmıştır.[103] Düşmana hak tanıyan yargıç da düşmanın safında sayılmıştır. Hiçbir düşman ceza hukuku kuramı, devletin kendi anayasa mahkemesini düşman ilan etmesini öngörmez. Bu aşamada artık bir düşman ceza hukukundan değil, kuralın kendisinin askıya alındığı bir istisna hâlinden söz etmek gerekir.

### E. Düşman Ceza Hukukundan İstisna Hâline

*Jakobs*'un kuramı, eleştirilerimizin merkezinde durmaya devam etmektedir. Kişiye kişi muamelesi yapılmasını hukuka sadakat güvencesi vermesi şartına bağlayan bir anlayış, hukuk devleti güvencelerinden yoksun bir düzenin elinde muhalifleri bastırmanın aracına dönüşmeye son derece elverişlidir. Kavala ve Atalay yargılaması bu tehlikenin soyut olmadığını göstermektedir.[104] Ancak bu yargılamayı *Jakobs*'un kuramıyla özdeşleştirmek de ona haksızlık olur. *Jakobs*, düşman ceza hukukunu terör örgütleri ve örgütlü suçlulukla sınırlı, kanunla belirlenmiş, açıkça adlandırılmış, geri dönüş yolu açık ve hukuk devletinin asgari güvencelerine bağlı bir "sınırlı savaş" olarak tasarlamıştır.

Türkiye uygulaması bu sınırların her birini aşmıştır. Düşman, hukuka yüz çeviren değil hakkını kullanan kişi olmuş; tedbirler kanunla değil yorumla kurulmuş; yargılama asgari güvenceleri karşılamamış; geri dönüş yolu kapatılmış; düşman ceza hukuku yurttaş ceza hukukunun kılığına sokulmuş ve sonunda düşmana hak tanıyan yargıçlar da hedef alınmıştır. *Jakobs*'un düşmanı en azından bir "tehlike kaynağı"dır. Bu yargılamada ise tehlike, düşman ilan edilen kişide değil, onun hukuk karşısındaki haklılığındadır. AİHM'in "susturma" olarak adlandırdığı Sözleşme dışı amaç, bu dönüşümün hukuki adıdır. Strazburg kararlarının asıl anlamı da buradadır. Kavala'ya ve Atalay'a, kendilerini düşman ilan eden bir düzen karşısında yeniden kişi olarak muamele edilmesini istemektedir.

## VI. ŞİMDİ NE OLMALI?

Bireysel tedbirler bakımından iki karar aynı yöndedir. Kavala en kısa zamanda serbest bırakılmalı ve mahkûmiyetinin sonuçları ortadan kaldırılmalıdır.[105] Can Atalay derhâl serbest bırakılmalı ve milletvekilliği görevine başlaması sağlanmalıdır.[106] Atalay için AİHM kararının

---

[103] *Kavala v. Türkiye (No. 2)*, § 208; *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, § 34.

[104] Alman öğretisinde de terörle mücadelenin hukuk devletinin anayasal güvencelerini tasarrufa açmasına yol açamayacağı, bu güvencelerden yalnızca birinden vazgeçilmesinin bile savaş hukukuna benzer bir özel ceza hukuku, yani düşman ceza hukuku tehlikesi doğuracağı ve Anayasanın buna izin vermediği vurgulanmaktadır. Bkz. **Tobias Engelstätter**, LK StGB, Band 7, 13. Aufl., Gabriele Cirener/Henning Radtke/Ruth Rissing-van Saan/Thomas Rönnau/Wilhelm Schluckebier (Hrsg.), Walter de Gruyter, Berlin/Boston, 2021, § 89a, kn. 59. Düşman kavramının kimin düşman sayılacağını belirlemeye elvermeyecek kadar belirsiz olduğu ve sanık güvencelerinin aşındırılmasının insan onuru, hukuk devleti, kusur ilkesi ve masumiyet karinesiyle bağdaşmadığı hakkında bkz. **Eisele**, S/S StGB, (30), Vor §§ 13 ff., kn. 6.

[105] *Kavala v. Türkiye (No. 2)*, § 309.

[106] *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, § 176.

kesinleşmesini beklemeye de gerek yoktur. Zira AYM'nin 25 Ekim ve 21 Aralık 2023 tarihli kararları zaten bağlayıcıdır ve uygulanmaları için başka hiçbir işleme ihtiyaç yoktur. Anayasanın 90. maddesinin beşinci fıkrası da temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların kanunlarla çatışması hâlinde antlaşma hükümlerinin esas alınacağını öngörmektedir.

Genel tedbirler bakımından da iki karar aynı başlıklarda buluşmaktadır. Bunlar, AYM kararlarına eksiksiz uyulması, hâkimlerin atanması, görevlendirilmesi ve disiplinine ilişkin kurumsal güvencelerin güçlendirilmesi, ceza muhakemesinin adaletin tarafsız işleyişi dışındaki amaçlarla araçsallaştırılmasının önlenmesi ve koşullu salıverme imkânı tanımayan cezaların gözden geçirilmesidir.[107] Aynı yargılamadan doğan ve aynı yapısal sorunlara işaret eden bu kararların uygulanmasının Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesince birlikte izlenmesi gerektiği de savunulabilir. Bunlar bir mahkûmun tahliyesiyle çözülecek sorunlar değildir. HSK'nın yapısından tutuklama hukukuna, geniş tanımlı suç tiplerinden yüksek mahkeme kararlarının bağlayıcılığına kadar uzanan kapsamlı bir yargı reformu gerektirmektedir.

## SONUÇ

Dört karar, aynı yargılamanın dört aşamasını belgelemektedir. Şüpheye dayanmayan bir tutukluluk, uyulmayan bir karar, yok hükmünde bir mahkûmiyet ve AYM'ye rağmen süren bir hapiste tutulma. Her aşamada hukuk, kişiyi özgürlüğüne kavuşturacak bir karar üretmiş; her seferinde bu karar ya başka bir soruşturmayla ya da uygulanmayarak etkisiz bırakılmıştır. Bütün bu kurallara rağmen süren bir özgürlükten yoksunluğu açıklayabilecek tek şey, AİHM'in üç kez tespit ettiği gibi, hukukun dışındaki bir amaçtır. O amaç da susturmaktır.

Bu yargılama, Türk ceza adaletinin bir aynasıdır. Bu aynada, protestoyu darbe teşebbüsüne dönüştüren bir suç yorumu, başkasının şiddetini sanığa yükleyen bir sorumluluk anlayışı, kişisel profili delil sayan bir ispat düzeni, cezanın yerine geçen bir tutuklama pratiği, beraat veren hâkime disiplin soruşturması açan bir yönetim yapısı ve bağlayıcı kararları yok sayan bir yüksek mahkeme görülmektedir. Bu aynada görünen, *Jakobs*'un düşman ceza hukukundan da ağır bir tablodur. *Jakobs* bile düşmanı siyasal bir hasım olarak tanımlamamış, düşmana karşı tedbirlerin kanunla belirlenmesini, asgari bir hukuk devleti yargılamasını ve geri dönüş yolunun açık tutulmasını aramıştır. Burada ise düşman, hukuka yüz çeviren değil hakkını kullanan kişidir; ona karşı kullanılan araçlar yurttaş ceza hukukunun kılığına bürünmüş ve sonunda ona hak tanıyan yargıçlar da hedef alınmıştır. Bu sorunların hiçbiri Kavala ya da Atalay ile başlamamıştır ve onların tahliyesiyle de bitmeyecektir.

Bir ceza adalet sisteminin meşruiyeti, en güçlü olduğu yerde değil, en zayıf olana nasıl davrandığında sınanır. Osman Kavala ve Can Atalay bugün hâlâ cezaevindelerse, bunun nedeni haklarında verilmiş bir yargı kararı değil, uygulanmayan yargı kararlarıdır. Hukuk devleti, mahkemelerin karar vermesiyle değil, bu kararlara uyulmasıyla ayakta durur.

[107] *Kavala v. Türkiye (No. 2)*, §§ 310-312; *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, § 177.