



BÜYÜK DAİRE

YÜKSEL YALÇINKAYA / TÜRKİYE DAVASI

(Başvuru no. 15669/20)

KARAR

Madde 15 • Ulusun varlığını tehdit eden olağanüstü hâllerde yükümlülüklerin askıya alınması
Madde 7 • Kanunsuz suç ve ceza olmaz • Suçun kurucu maddi ve manevi unsurlarının bireysel dava koşullarına bakılmaksızın usulüne uygun olarak tespit edilmeksizin ByLock şifreli mesajlaşma uygulamasının kullanılmasına, belirleyici olarak, dayanılarak silahlı terör örgütüne üyelik suçuyla mahkûmiyet • Özel kasıt gerektiren dava konusu suçun özünü örtüşmeyen geniş ve öngörülemez yargısal yorum • Ceza verme amacıyla kişisel cezai sorumluluğun tesis edilebileceği zihinsel bir bağın varlığını gerektiren 7. madde • ByLock kullanıcılarına neredeyse otomatik bir şekilde cezai sorumluluk yükleyen yerel mahkeme yorumlamaları • 7. madde askıya alınamaz bir hak teşkil etmekte ve güvenceleri bir ulusun varlığını tehdit eden koşullarda işlendiği iddia edilen suçlar bakımından bile daha az sıkı uygulanamamaktadır - En zor koşullar da dâhil olmak üzere 7. madde güvencelerine uyulmasını gerektiren Sözleşme
Madde 6 § 1 (ceza) • Adil yargılanma • Şifreli mesajlaşma uygulama sunucusundan elde edilen verilerin açıklanmaması nedeniyle savunmaya yönelik önyargı, yargılamaların genel olarak adilliyini sağlayan yeterli usuli güvencelerle dengelenmemiştir - Ceza davalarında giderek daha fazla kullanılan elektronik delillerin toplanması ve işlenmesindeki ciddi zorluklar, 6 § 1. madde güvencelerinin daha katı veya daha hafif bir şekilde uygulanmasını gerektirmemiştir - Savunmanın delillere doğrudan erişememesi ve bunların doğruluğunu ve güvenilirliğini ilk elden test edememesi, yerel mahkemelere bu konuları oldukça kapsamlı bir incelemeye tabi tutma konusunda daha fazla sorumluluk yüklemiştir • Yerel mahkemelerin söz konusu ham verinin açıklanmamasına ilişkin sebep sunmaması ve ByLock verilerinin bütünlüğü ve kanıtsal değerine ilişkin önemli hususları ele almaması • Savunmanın haklarını korumak açısından önemli olan deşifre edilmiş ByLock bilgi ve belgelerine erişim • Kovuşturmayla eşit düzeyde etkili bir savunma yapılmasını olumsuz yönde etkileyen ve konunun özünü bağdaşmayan eksiklikler • 15. madde • Durumun şartları kapsamında katı surette gerekli olmayan adil yargılanma gerekliliklerine uyulmaması
Madde 11 • Dernek kurma özgürlüğü • Yerel mahkemelerin, başvuranın mahkûmiyetini doğrulamak için FETÖ/PDY ile ilişkili olduğu değerlendirilen sendika ve dernek üyeliğine dayanarak suçun kapsamını öngörülemez şekilde genişletmesi • 15. Madde • Durumun şartları kapsamında katı surette gerekli olmayan müdahale
Madde 46 • Kararın icra edilmesi • Bireysel tedbirler • Talep edilmesi hâlinde, tespit edilen ve tazmin gerektiren ihlalleri sona erdirecek en uygun şekilde ceza yargılamalarının yeniden açılması • Yerel mahkemelerin ByLock kullanımına yaklaşımına ilişkin sistematik sorunu uygun şekilde ele alacak genel tedbirler alması gereken davalı Devlet

STRAZBURG

26 Eylül 2023

İşbu karar, kesin olup bazı şekli değişikliklere tabi tutulabilir.

İÇİNDEKİLER TABLOSU

GİRİŞ.....	7
USUL	8
OLAYLAR.....	10
I. Davanın arka planı ve bağlamı.....	10
A. 15 Temmuz 2016 darbe teşebbüsü ve olağanüstü hâl ilanı	10
B. Darbe teşebbüsünden önce FETÖ/PDY aleyhinde alınan tedbirler	12
II. DAVANIN KOŞULLARI	14
A. Başvuranın yakalanması ve tutuklanması	14
B. Soruşturma dosyasında yer alan diğer raporlar	17
C. Başvuran hakkında yürütülen kovuşturma	19
1. İddianamenin ilk kısmı	19
(a) FETÖ/PDY'nin Kuruluşu	19
(b) FETÖ/PDY'nin terminolojisi, amaçları ve yönetimi.....	20
(c) FETÖ/PDY tarafından kullanılan iletişim yöntemleri ve ByLock uygulaması	22
2. İddianamenin ikinci kısmı	23
3. İddianamenin üçüncü bölümü	25
D. Başvuran hakkındaki ceza yargılamaları.....	26
1. Kayseri Ağır Ceza Mahkemesi önündeki yargılama.....	26
(a) 21 Mart 2017 tarihinde yapılan duruşma.....	27
(b) Kayseri Ağır Ceza Mahkemesinin Kararı.....	30
(c) Başvuran hakkında verilen mahkûmiyet kararına karşı istinaf başvurusu	33
2. Ankara Bölge Adliye Mahkemesi önündeki yargılamalar	35
(a) Duruşma öncesi süreçte elde edilen diğer materyaller	35
(b) 9 Ekim 2017 tarihinde yapılan duruşma ve Ankara Bölge Adliye Mahkemesinin kararı	37
3. Başvuranın Ankara Bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtay kararlarına itirazları	42
4. Anayasa Mahkemesi önündeki süreç	47
5. Daha sonraki gelişmeler	49
III. TARAFLARCA İBRAZ EDİLEN DİĞER MATERYALLER.....	50
A. Milli Güvenlik Kurulu kararlarının ardından çıkarılan basın açıklamaları	50
B. ByLock bilirkişi raporları.....	52
1. Hükümet tarafından sunulan bilirkişi raporları	52
(a) MİT tarafından hazırlanan "Teknik Analiz Raporu"	52
(b) KOM tarafından hazırlanan "Örgüt İçi Haberleşme Uygulaması Analiz Raporu"	56

(c) Bağımsız siber güvenlik uzmanları tarafından hazırlanan "ByLock uygulamasına ilişkin Uzman Raporu"	59
(d) IntaForensics tarafından hazırlanan "Teknik Rapor"	60
2. Başvuranın sunduğu raporlar	61
(a) Başvuran hakkındaki dijital verilerle ilgili uzman görüşü	61
(b) Başka ceza yargılamaları bağlamında aldırılan bilirkişi raporları	62
C. ByLock uygulamasının lisans sahibinin yakalanması	63
İLGİLİ HUKUKİ ÇERÇEVE VE UYGULAMASI	65
I. İÇ HUKUK VE UYGULAMASI	65
A. İç Hukuk	65
1. Anayasa,	65
2. Elektronik nitelikteki delillerin toplanmasını, iletişimlerin dinlenmesini ve delil unsurlarının değerlendirilmesini düzenleyen ilgili iç hukuk	66
(a) Türk Ceza Muhakemesi Kanunu (4 Aralık 2004 tarihli ve 5271 sayılı Kanun)	66
(b) Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu (1 Kasım 1983 tarihli ve 2937 sayılı Kanun)	68
3. Organize suç ve teröre ilişkin ilgili iç hukuk	70
(a) Türk Ceza Kanunu (26 Eylül 2004 tarihli ve 5237 sayılı Kanun)	70
(b) Terörle Mücadele Kanunu (12 Nisan 1991 tarihli ve 3713 sayılı Kanun)	71
4. Yargı yetkisine ilişkin ilgili iç hukuk	73
(a) 1 Temmuz 2016 tarih ve 6723 sayılı Danıştayın Kuruluş Kanunu ile Diğer Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun	73
(b) 667 ve 685 sayılı Kanun Hükmünde Kararname hükümleri ...	73
5. Diğer ilgili iç hukuk	74
B. Ulusal uygulama	75
1. Yargıtay İçtihatları	75
(a) 24 Nisan 2017 ve 26 Eylül 2017 tarihli kararlar	75
b) Yargıtayın İlgili Diğer Kararları	84
2. Anayasa Mahkemesinin İçtihadı	85
(a) 4 Haziran 2020 Tarihli <i>Ferhat Kara</i> Kararı (Başvuru No. 2018/15231)	86
b) 15 Nisan 2021 tarihli Adnan Şen kararı (Başvuru no. 2018/8903)	

3. 1999 yılında F. Gülen'e karşı açılan ceza davası	100
II. ULUSLARARASI HUKUK KURALLARI VE UYGULAMASI	102
A. Birleşmiş Milletler.....	102
B. Avrupa Konseyi	104
1. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri	104
2. Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu).....	107
3. Avrupa Konseyi Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi'ne Ek Protokol 110	
4. Reykjavik Zirvesi ve Deklarasyonu	111
III. TÜRKİYE'NİN DEROGASYON BİLDİRİMİ	111
HUKUKİ DEĞERLENDİRME	113
I. TÜRKİYE TARAFINDAN YAPILAN DEROGASYON BİLDİRİMİNE İLİŞKİN ÖN SORUN	113
A. Tarafların beyanları	113
B. Mahkemenin değerlendirmesi	115
II. SÖZLEŞME'NİN 7. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA	116
A. Kabul Edilebilirlik Hakkında	118
B. Esas Hakkında	118
1. Tarafların Beyanları.....	118
2. Mahkemenin değerlendirmesi	126
(a) Genel ilkeler.....	126
(b) Genel ilkelerin somut davaya uygulanması.....	129
(i) Başvuranın üzerine atılı eylemlerin gerçekleştiği sırada FETÖ/PDY'nin bir terör örgütü olarak kabul edilip edilmediği	132
(ii) Başvuranın silahlı terör örgütüne üyeliğinin iç hukukun gerekliklerine uygun olarak tespit edilip edilmediği	134
(c) Sonuç	141
III. SÖZLEŞME'NİN 6 § 1 MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA	143
A. Kabul Edilebilirlik Hakkında	144
1. Tarafların beyanları	144
2. Mahkemenin değerlendirmesi	145
B. Esas Hakkında	146
1. Tarafların beyanları	146
2. Mahkemenin Değerlendirmesi	156
(a) İlk Açıklamalar	156
(b) Genel İlkeler	157
(c) Genel ilkelerin somut davaya uygulanması.....	162
(i) Başvuranın ByLock kullandığı iddiasına ilişkin deliller	162

(ii) Diğer deliller	179
(d) Sözleşme'nin 6 § 1 maddesi kapsamındaki ilk sonuç	180
(e) Sözleşme'nin 15. maddesi kapsamındaki hususlar	181
IV. SÖZLEŞME'NİN 6. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİNE İLİŞKİN DİĞER İDDİALAR HAKKINDA	187
A. Yerel mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığına ilişkin 6 § 1 maddesi kapsamındaki iddialar	188
B. Etkili avukat yardımı hakkına ilişkin Sözleşme'nin 6 § 3 (c) maddesi kapsamındaki iddialar	191
V. SÖZLEŞME'NİN 8. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA	191
VI. SÖZLEŞMENİN 11. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA	193
A. Kabul Edilebilirlik Hakkında	194
B. Esas Hakkında	194
1. Tarafların Beyanları	194
2. Mahkeme'nin değerlendirmesi	197
(a) Müdahalede bulunulup bulunulmadığı hakkında	198
(b) Müdahalenin haklı olup olmadığı hakkında	199
(c) Sözleşme'nin 15 maddesi kapsamındaki değerlendirmeler	203
(d) Sonuç	204
VII. SÖZLEŞME'NİN 41 VE 46. MADDELERİNİN UYGULANMASI	204
A. Sözleşme'nin 46. maddesi:	204
1. Genel ilkeler	205
2. Genel ilkelerin somut davaya uygulanması	207
(a) Mevcut başvurularla ilgili olarak alınması gereken bireysel tedbirler	207
(b) Benzer davalar bakımından alınacak önlemler	208

B. Sözleşme'nin 41. maddesi.....	211
1. Tazminat.....	212
2. Masraf ve giderler.....	214
3. Gecikme Faizi.....	216
BU GEREKÇELERLE, MAHKEME,.....	216
HÂKİM SCHEMBRI ORLAND TARAFINDAN SUNULAN, HÂKİM PASTOR VILANOVA VE HÂKİM ŠIMÁČKOVÁ'NIN DA KATILDIĞI KISMİ MUHALEFET ŞERHİ	219
HÂKİM KRENC VE HÂKİM SÂRCU'NUN MÜŞTEREK KISMİ MUHALEFET BEYANI	227
HÂKİM SERGHIDES'İN KISMİ MUTABİK VE KISMİ MUHALİF GÖRÜŞÜ.....	228
HÂKİM RAVARANI, HÂKİM BÂRDSSEN, HÂKİM CHANTURIA, HÂKİM JELIĆ, HÂKİM FELICI VE HÂKİM YÜKSEL TARAFINDAN SUNULAN ORTAK KISMİ MUHALEFET ŞERHİ	247
HÂKİM FELICI TARAFINDAN SUNULAN KISMİ MUHALEFET ŞERHİ	252
HÂKİM YÜKSEL'İN KISMİ MUHALİF VE KISMİ MUTABİK GÖRÜŞÜ.....	255

Yüksel Yalçınkaya / Türkiye davasında,

Hâkimler

Síofra O’Leary,
Georges Ravarani,
Gabriele Kucsko-Stadlmayer,
Pere Pastor Vilanova,
Arnfinn Bårdsen,
Carlo Ranzoni,
Georgios A. Serghides,
Lado Chanturia,
Ivana Jelić,
Gilberto Felici,
Saadet Yüksel,
Lorraine Schembri Orland,
Mattias Guyomar,
Frédéric Krenc,
Diana Sârcu,
Kateřina Šimáčková,
Davor Derenčinović,

ve *Yazı İşleri Müdür Yardımcısı* Abel Campos’un katılımıyla Büyük Daire olarak toplanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi,

18 Ocak ve 28 Haziran 2023 tarihlerinde yapılan kapalı müzakerelerin ardından en son toplanılan tarihte kabul edilen aşağıdaki kararı vermiştir:

GİRİŞ

1. Dava, yetkili makamlar tarafından, 15 Temmuz 2016 tarihinde gerçekleşen darbe teşebbüsünden sorumlu olduğu değerlendirilen ve Türk yetkili makamları tarafından “*Fetullahçı Terör Örgütü/Paralel Devlet Yapılanması*” (bundan böyle “FETÖ/PDY” olarak anılacaktır) olarak

tanımlanan silahlı terör örgütüne üyeliğinden dolayı başvuranın mahkûm edilmesine ilişkindir. Mahkûmiyet, belirleyici bir şekilde başvuranın, yerel mahkemeler tarafından FETÖ/PDY üyelerinin münhasır kullanımı için tasarlandığına hükmedilen “ByLock” şifreli mesajlaşma uygulamasını kullanmasına dayanmaktadır. Başvuran aleyhinde kullanılan diğer deliller Bank Asya’da bir hesap kullanması ve FETÖ/PDY ile bağlantılı olduğu değerlendirilen sendika ve derneğe üyeliğini de içermektedir. Başvuran, yargılama ve mahkûmiyenin Sözleşme’nin 6, 7, 8 ve 11. maddelerinin ihlalini teşkil ettiğinden şikâyet etmiştir.

USUL

2. Davanın temelinde, Yüksel Yalçinkaya (“başvuran”) adlı bir Türk vatandaşı tarafından, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına ilişkin Sözleşme’nin (“Sözleşme”) 34. maddesine uygun olarak, 17 Mart 2020 tarihinde, Türkiye Cumhuriyeti Devleti aleyhine Mahkemeye yapılmış olan bir başvuru (no. 15669/20) bulunmaktadır.

3. Başvuran, Mariakerke/Beşiktaş’ta kayıtlı avukatlar J. Vande Lanotte ve J. Heymans, Kayseri/Türkiye’de kayıtlı avukat Ö. Akıncı ve Büyük Daire Başkanı tarafından Mahkeme nezdindeki yargılamalarda başvuranı temsil etmesine izin verilen M. Öncü tarafından temsil edilmiştir (Mahkeme İç Tüzüğü’nün 36 § 4 (a) maddesi). Türk Hükümeti (“Hükümet”) ise kendi görevlisi olan Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Dairesi Başkanı Sayın H. A. Açıkgül tarafından temsil edilmiştir.

4. Başvuru için Mahkemenin İkinci Bölümü görevlendirilmiştir (Mahkeme İç Tüzüğü’nün 52 § 1 maddesi). Başvuranın Sözleşme’nin 6 §§ 1 ve 3. madde kapsamındaki (başvuran aleyhindeki delillerin toplanması, kabulü ve değerlendirilmesine, başvuranı yargılayan mahkemelerin bağımsızlık ve tarafsızlığı ve etkili avukat yardımına ilişkin) ve 7., 8. maddeler (bu bağlamda ByLock ve internet trafik kaydının toplanması ve

kullanımına ilişkin) ile 11. madde kapsamındaki şikâyetleri 19 Şubat 2021 tarihinde Hükümet'e bildirilmiştir. Başvurunun geri kalan kısmı, Mahkeme İç Tüzüğü'nün 54 § 3 maddesi kapsamında kabul edilemez ilan edilmiştir.

5. Bölüm Başkanı, yazılı görüşlerini sunan Uluslararası Hukukçular Komisyonunun başvuruya müdahil olma talebini kabul etmiştir (Sözleşme'nin 36 § 2 maddesi ve Mahkeme İç Tüzüğü'nün 44 § 3. maddesi).

6. 3 Mayıs 2022 tarihinde İkinci Bölümün bir Dairesi, yargı yetkisini Büyük Daireye bırakmaya karar vermiştir (Sözleşme'nin 30. maddesi ve Mahkeme İç Tüzüğü'nün 72. maddesi).

7. Büyük Dairenin oluşumuna Sözleşme'nin 26 §§ 4 ve 5. maddesi ve İç Tüzüğün 24. maddesi uyarınca karar verilmiştir.

8. Başvuran ve Hükümet, başvurunun kabul edilebilirliği ve esasına ilişkin yazılı görüşlerini sunmuşlardır (İç Tüzüğün 71. ve 59 § 1. maddesi).

9. Strazburg İnsan Hakları Binasında, 18 Ocak 2023 tarihinde, kamuya açık bir duruşma gerçekleşmiştir.

Aşağıdaki kişiler Mahkeme önüne çıkmışlardır:

(a) *Hükümet adına*

H.A. AÇIKGÜL,

Temsilci,

S. TALMON,

C. STAKER,

Avukatlar,

B. BAYRAK ŞENOCAK,

İ. YUSUFOĞLU,

K. ERSİNTANIK,

F. YILMAZ,

Danışmanlar;

(b) *başvuran adına*

J. HEYMANS,

J. VANDE LANOTTE,

M. ÖNCÜ,

Avukatlar,

Danışman.

Mahkeme, Hükümet adına Açıkgül, Talmon ve Staker ile başvuran adına Heymans ve Vande Lanotte tarafından yapılan sunumları ve hâkimler tarafından yöneltilen sorulara verdikleri yanıtları dinlemiştir.

OLAYLAR

I. DAVANIN ARKA PLANI VE BAĞLAMI

A. 15 Temmuz 2016 darbe teşebbüsü ve olağanüstü hâl ilanı

10. 2016 yılında 15 Temmuz 16 Temmuzla başlayan gece, Türk Silahlı Kuvvetlerinde (“TSK” olarak da adlandırılmaktadır) bulunan ve kendilerini “Yurtta Sulh Konseyi” olarak adlandırılan bir grup, demokratik olarak seçilen Meclisi, Hükümeti ve Türkiye Cumhurbaşkanı devirme amacıyla askeri bir darbe girişiminde bulunmuştur.

11. Darbe teşebbüsü sırasında, azmettiricilerinin kontrolü altındaki 8.000’den fazla askeri personel Meclis binası ve Cumhurbaşkanlığı da dâhil olmak üzere çeşitli stratejik Devlet binalarını bombalamış; Cumhurbaşkanının kaldığı otele ve Başbakanın seyahat ettiği konvoyu saldırıda bulunmuş; Genel Kurmay Başkanını rehin almış; birçok kamu kurumuna saldırmış ve işgal etmiş; televizyon kanallarını ele geçirmiş, Boğaz üzerindeki köprüleri ve İstanbul Havalimanını tank ve zırhlı araçlarla kapatmış ve darbe girişimine karşı gelmek için sokaklara çıkan göstericilere ateş açmışlardır. Hükümet tarafından sunulan rakamlara göre, siviller dâhil olmak üzere 250’den fazla kişi söz konusu gecede öldürülmüş ve 2000’den fazla kişi yaralanmıştır. Hükümet ayrıca, darbe teşebbüsü sırasında, F-16

savaş uçakları ve helikopterler de dahil olmak üzere yaklaşık 70 askeri uçak, 3 gemi, 246 zırhlı araç ve yaklaşık 4.000 hafif silah kullanıldığını da belirtmiştir.

12. Askeri darbe girişiminden bir gün sonra, ulusal makamlar Pennsylvania’da (Amerika Birleşik Devletleri’nde) yaşayan bir Türk vatandaşı olan ve FETÖ/PDY olarak adlandırılan bir örgütün lideri olduğu değerlendirilen Fetullah Gülen (bundan böyle “F. Gülen” olarak anılacaktır) ile bağlantılı bir şebekeyi suçlamıştır. Yetkili makamlar, darbe teşebbüsünden Türk Silahlı Kuvvetleri içinde yuvalanmış FETÖ/PDY üyelerini sorumlu tutmuştur.

13. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı Anayasal Düzene Karşı İşlenen Suçlar Soruşturma Bürosu 16 Temmuz 2016 tarihinde darbe girişimine yönelik olarak cezai soruşturma başlatmıştır. Bu soruşturma çerçevesinde hareket eden savcılıklar, darbe teşebbüsünde yer alan şüphelilerin yanı sıra FETÖ/PDY ile bağlantısı olduğundan şüphelenilen kişiler aleyhinde ceza soruşturması başlatmıştır.

14. Hükümet, daha sonra her seferinde 90 günlük sürelerle olmak üzere yedi kere uzatılan, 21 Temmuz 2016 tarihinden başlamak üzere 90 günlük bir olağanüstü hâli 20 Temmuz 2016 tarihinde ilan etmiştir.

15. Türk makamları, 21 Temmuz 2016 tarihinde, Avrupa Konseyi Genel Sekreterini, Sözleşme’nin 15. maddesi uyarınca Sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerin askıya alındığı konusunda bilgilendirmiştir (bildirinin içeriği için bk. aşağıda 205. paragraf).

16. Olağanüstü hâl sırasında, Bakanlar Komitesi birtakım kanun hükmünde kararnameler çıkarmıştır. Söz konusu kanun hükmünde kararnamelerden birine, diğer bir deyişle 1 Eylül 2016 tarihinde yayımlanan 672 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye dayanarak, yaklaşık 50.875 devlet memuru, terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu

değerlendirildiğinden dolayı görevden ihraç edilmiştir. Görevden ihraç edilenler arasında çoğu öğretmen olmak üzere Milli Eğitim Bakanlığından 28.163 kamu görevlisi bulunmaktaydı (ilgili Kanun Hükmünde Kararnameye ilişkin daha fazla bilgi için bk. *Köksal / Türkiye* (k.k.), no. 70478/16, § 7, 6 Haziran 2017). Benzer şekilde, 23 Temmuz 2016 tarihinde yürürlüğe giren 667 sayılı Kanun hükmünde Kararnameye dayanarak, 104 vakıf, 1.125 dernek ve 19 sendika FETÖ/PDY mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirildiğinden dolayı kapatılmıştır.

17. 18 Temmuz 2018 tarihinde olağanüstü hâl kaldırılmıştır.

B. Darbe teşebbüsünden önce FETÖ/PDY aleyhinde alınan tedbirler

18. Taraflarca sunulan yerel mahkeme kararlarından, daha önceden uluslararası olarak “Gülen hareketi” veya “Gülen cemaati” olarak bilinen FETÖ/PDY’nin 1960’larda kuruluşundan itibaren büyük ölçüde dini bir grup olarak algılanmasına rağmen, amaçları ve işleyiş usulünün uzun yıllar boyunca şüphe konusu olduğu veya kamuoyunda tartışıldığı görülmektedir (aşağıda 172. paragrafta belirtilen *Ferhat Kara* davasında Türk Anayasa Mahkemesinin bulgularına bk. *Ferhat Kara*, no. 2018/15231, ayrıca aşağıda 198. paragrafta belirtilen Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komisyonu tarafından düzenlenen Memorandumun 20. paragrafına bk.). Bu bağlamda, hareketin lideri olan F. Gülen, 1999 yılında, “Gülen hareketi”nin faaliyetlerinden dolayı bir terör örgütü kurma ve yönetmekle suçlanmıştır. Söz konusu yargılamalar, Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun, 24 Haziran 2008 tarihli nihai beraat kararıyla sona ermiştir (söz konusu yargılamalara ilişkin daha fazla detay için bk. aşağıda 189.-193.paragraflar; ayrıca bk. *Akgün / Türkiye*, no. 19699/18, § 124, 20 Temmuz 2021).

19. İlgili yerel mahkeme kararlarından görülebileceği üzere, FETÖ/PDY ile ilgili tartışma ve ihtilaflar, özellikle 2013 yılından sonra FETÖ/PDY’nin motivasyonlarına ilişkin şüpheleri güçlendiren ve terörle alakalı suçlamalarla

şüphelenilen söz konusu yapının üyelerine ilişkin birçok soruşturmayı tetikleyen “17-25 Aralık soruşturmaları” ve “Mit tırları” olarak adlandırılan olayların ardından yoğunlaşmıştır (bu olaylara ilişkin daha fazla ayrıntı için bk. aşağıda 172. paragrafta düzenlenen Anayasa Mahkemesinin *Ferhat Kara* kararının 15 ve 16. paragrafları; ayrıca bk. *Sabuncu ve Diğerleri / Türkiye* no. 23199/17, § 23, 10 Kasım 2020; *Murat Aksoy / Türkiye*, no. 80/17, § 12, 13 Nisan 2021; ve *Yasin Özdemir / Türkiye*, no. 14606/18, §§ 14 ve 29, 7 Aralık 2021).

20. Aynı zamanda, Devlet’in güvenlik güçleri de, FETÖ/PDY’nin ulusal güvenliğe tehdit teşkil ettiği kanaatine varmıştır. Ulusal güvenlik meselelerine ilişkin politika tavsiyelerinde bulunan bir danışma koordinasyon organı olan Milli Güvenlik Kurulu’nun düzenli olarak iki ayda bir gerçekleştirilen toplantılarının ardından yapılan basın açıklamalarına göre, örgütün tanımının Şubat 2014 tarihinde “kamu barışını ve güvenliğini tehdit eden yapı”dan Mayıs 2016 tarihinde “terör örgütü”ne doğru aşamalı değişiminin de gösterdiği üzere, 2014 yılının başından itibaren söz konusu organ, artan bir yoğunlukla FETÖ/PDY’ye ilişkin tehlikeye dikkat çekmiştir (bk. ilgili açıklamalara ilişkin daha fazla detay için aşağıda 108.-113. paragraflar; ayrıca bk. yukarıda anılan *Akgün*, §§ 39 ve 40).

21. Dava dosyasında mevcut olan bilgilere göre, bu gelişmelere paralel olarak, Türkiye Milli İstihbarat Teşkilatı (MİT), darbe teşebbüsünden önce FETÖ/PDY ile ilgili bilgi toplama faaliyetlerinde bulunmuştur. Bu bağlamda, 2016 yılının başlarında, MİT, bu uygulamanın kendi aralarında haberleşmeyi sağlamak için münhasıran örgüt üyeleri tarafından kullanıldığı istihbaratına dayanarak FETÖ/PDY’nin yasa dışı faaliyetlerine ilişkin bilgi toplamak için şifreli mesajlaşma uygulaması olan “ByLock”un Litvanya’da yer alan ana sunucusuna erişmiştir. Hükümet tarafından sağlanan bilgiye göre, Mayıs 2016 tarihinden itibaren, MİT tarafından, söz konusu sunucuya erişimi olan kişilerin IP adresleri de dâhil olmak üzere, ByLock sunucusundan alınan veri Emniyet Genel Müdürlüğü dâhil olmak üzere “ilgili kuruluşlarla”

paylaşmıştır. MİT, bu “ilgili kuruluşlarla” ByLock uygulamasının teknik ve örgütsel özelliklerine ilişkin analitik bir raporu 24 Ekim 2016 tarihinde paylaşmıştır (bundan böyle “MİT teknik analiz raporu” olarak anılacaktır, bk. aşağıda 114.-116. paragraflar).

22. Daha sonra, 2016 Aralık tarihinde, MİT, elinde olan ham ByLock verilerini Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına iletmiştir. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının talebi üzerine, 9 Aralık 2016 tarihinde Ankara Dördüncü Sulh Ceza Hakimliği, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun (“CMK”) 134. maddesi uyarınca söz konusu ham veri üzerinde inceleme yapılmasına hükmetmiştir (bk. aşağıda 142. madde). Özellikle, MİT tarafından teslim edilen materyallerin kopyalarının çıkarılmasının yanı sıra içeriklerinin yazıya dökülmesine karar vermiştir. Aynı zamanda, FETÖ/PDY üyeliği ile suçlanan ByLock uygulaması kullanıcılarını şüpheliler aleyhinde MİT tarafından açıklanan verilere dayanarak binlerce soruşturma başlatılmıştır (bu gelişmelerin zaman akışı, yetkili makamlar ve uzmanlar tarafından ByLock’a ilişkin olarak hazırlanan teknik raporlar ve sonrasında alınan soruşturma tedbirlerine dair daha fazla bilgi için bk. aşağıda 114.-130. paragraflar, ve aşağıda 174. ve 175. paragraflarda belirtilen Anayasa Mahkemesinin *Ferhat Kara* kararı).

II. DAVANIN KOŞULLARI

23. Başvuran, 1966 tarihinde doğmuştur. Başvuru yaptığı tarihte Kayseri’de hapis cezasını infaz etmekteydi.

A. Başvuranın yakalanması ve tutuklanması

24. Kayseri’de bir devlet okulunda öğretmen olan başvuran 22 Temmuz 2016 tarihinde kamu görevinden uzaklaştırılmıştır. 27 Temmuz 2016 tarihinde başvuran, FETÖ/PDY ile şüpheli bağlantısından dolayı 672 sayılı

Kanun Hükmünde Kararname ile görevinden ihraç edilmiştir (bk. yukarıda 16. paragraf).

25. Kayseri Cumhuriyet Savcılığı, 29 Temmuz 2016 tarihinde Kayseri Emniyet Müdürlüğünden başvuran dâhil olmak üzere Kayseri’de görevinden ihraç edilen öğretmenlerin örgüt üyesi veya FETÖ/PDY’nin yöneticilerinden biri olup olmadığını veya örgüt ile bağlantılarının olup olmadığını araştırmasını; ve herhangi bir suç içeriğine ilişkin olarak sosyal medya hesaplarının incelenmesini, ilgili bireylere ilişkin tanık ifadelerinin alınmasını; ve adres ve iletişim bilgilerinin saptanmasını talep etmiştir.

26. Kayseri Emniyet Müdürlüğü tarafından 18 Ağustos 2016 tarihinde tutulan bir tutanağa göre, aynı tarihin başlarında başvuranın ve Kayseri’de ikamet eden başka bir kişinin FETÖ/PDY üyesi olduğunu belirten isimsiz bir ihbarın polis acil ihbar hattına yapıldığı belirtilmiştir.

27. Kayseri Emniyet Müdürlüğü, Kayseri’de kamu görevinden ihraç edilen 147 öğretmenle ilgili araştırma raporunu 5 Eylül 2016 tarihinde Kayseri Cumhuriyet Savcılığına sunmuştur. Raporda başvuranla ilgili olarak, ByLock kullanıcısı olduğunun tespit edildiği belirtilmiştir (başvuranın ByLock ile bağlantısı hakkında daha fazla bilgi için bk. aşağıda paragraf 80.). Raporda, ByLock uygulaması hakkında veya başvuranın bu uygulamayı kullandığının nasıl tespit edildiği hakkında daha fazla bilgiye yer verilmemiştir. Raporda ayrıca, başvuranın “Aktif Eğitim-Sen” olarak da bilinen “Aktif Eğitimciler Sendikası” isimli sendikaya ve “Kayseri Gönüllü Eğitimciler Derneği” isimli derneğe üye olduğu ve bu sendika ve derneğin “PDY doğrultusunda” faaliyetler yürüttüğü belirtilmiştir. Raporun sonuç bölümünde, söz konusu şüphelilerin ByLock üzerinden kendi aralarında gizli bir şekilde şifreli iletişimde bulunmaları, diğer örgüt mensupları ile irtibatlı olmaları ve bazılarının FETÖ/PDY’ye müzahir Bank Asya’da hesaplarının bulunması nedeniyle FETÖ/PDY üyesi oldukları değerlendirilmiştir. Kayseri Emniyet Müdürlüğü bu nedenle, ilgili kişiler hakkında arama ve el koyma kararının yanı sıra yakalama ve soruşturma kararı verilmesini talep etmiştir.

28. Kayseri Cumhuriyet Savcılığı aynı gün, aralarında başvuranın da bulunduğu 147 kişinin adreslerinde ve üzerlerinde arama yapılması ve dijital delillere el konulması, bilgisayar, cep telefonu ve hafıza kartı gibi dijital materyallerin aranması ve dijital materyallerin çözümlemesi ve analiz edilmesi amacıyla bunlara geçici olarak el konulması talebiyle Kayseri Sulh Ceza Hakimliğine başvuruda bulunmuştur.

29. Kayseri Sulh Ceza Hakimliği aynı gün Cumhuriyet savcısının taleplerini kabul etmiş ve polise gerekli işlemlerin yapılması ve şüphelilerin yakalanması talimatı vermiştir.

30. Bu kapsamda, 6 Eylül 2016 tarihinde, polis tarafından başvuranın evinde arama yapılmıştır. Yapılan aramada, diğerlerine ilaveten, SIM kart takılı (belirtilen telefon numarasıyla) 351912067995747 IMEI numaralı¹ bir cep telefonuna el konulmuştur. Başvuranın üzerinde veya arabasında herhangi bir suç unsuruna rastlanmamıştır. Arama işleminin ardından, başvuran, FETÖ/PDY üyesi olduğu şüphesiyle gözaltına alınmıştır.

31. Başvuran, 8 Eylül 2016 tarihinde, avukatı eşliğinde polise ifade vermiştir. Başvuran ifadesinde, aynı numarayı yaklaşık 10 yıldır kullandığını ifade etmiştir. Başvuran FETÖ/PDY ile bağlantılı dernek, sendika veya kurumlarla irtibatlı olduğunu veya bu tür kurumlara herhangi bir bağışta bulunduğunu reddetmiştir. Başvuran, Aktif Eğitim-Sen isimli sendikaya üye olduğunu ancak Haziran 2016'da üyeliğini sonlandırdığını belirtmiştir. Başvurana, Bank Asya'nın 4 Şubat 2014 tarihinde Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ("TMSF") tarafından devralınmasının ardından, F. Gülen'in çağrısı üzerine bu bankaya para yatırıp yatırmadığı sorulduğunda, başvuran böyle bir çağrıdan haberdar olmadığını ve dolayısıyla bu koşullar altında bu bankaya para yatırmadığını ileri sürmüştür. Ancak başvuran, 2014 yılında Milli Eğitim Bakanlığı ile ortak yürütülen bir okul projesinde görevlendirildiğinde,

1. Açılımı "Uluslararası Mobil Cihaz Kodu" olan "IMEI", bir cep telefonunu tanımlamak için kullanılan benzersiz bir numaradır.

ücretini alabilmek için Bank Asya’da bir hesap açmasının istendiğini ve bu bankayla olan ilişkisinin bununla sınırlı olduğunu ifade etmiştir. Polisin başvurana ByLock uygulamasının kullanıcısı olarak tespit edildiğini söylemesi üzerine, başvuran bu uygulamayı hiç duymadığını ve hiç kullanmadığını belirtmiştir. Son olarak, kendisi hakkında yapılan isimsiz ihbarla ilgili olarak, başvuran kendisine yöneltilen suçlamaların asılsız olduğunu ve FETÖ/PDY üyesi olmadığını ileri sürmüştür.

32. Kayseri Emniyet Müdürlüğü, 9 Eylül 2016 tarihinde, şifreli haberleşme uygulaması ByLock’u kullandığı tespit edilen ve aralarında başvuranın da bulunduğu 67 kişinin ismini içeren bir raporu Kayseri Cumhuriyet Savcılığına göndermiştir. Raporda, ByLock kullanımına ilişkin bilgilerin “diğer kurumlarla yapılan koordinasyon sonucunda” elde edildiği belirtilmiştir.

33. Aynı gün Kayseri Sulh Ceza Hakimliği tarafından başvuranın sorgusu yapılmıştır. Sorgu sırasında başvuranın avukatı da hazır bulunmuştur. Başvuran, emniyet müdürlüğüne vermiş olduğu ifadesini yineledikten sonra, FETÖ/PDY ile bağlantılı olduklarını bildiği herhangi bir derneğe veya başka bir kuruluşa dahil olmadığını ileri sürmüştür. Kayseri Sulh Ceza hakimliği, sorgu sonunda, diğer hususların yanı sıra, başvuranın silahlı terör örgütüne üye olma suçunu işlediğine dair kuvvetli şüpheyi işaret eden somut delilleri dikkate alarak, başvuranın tutuklanmasına karar vermiştir.

B. Soruşturma dosyasında yer alan diğer raporlar

34. Kayseri Emniyet Müdürlüğü, 12 Ekim 2016 tarihinde, aralarında başvuranın da bulunduğu, Kayseri’de görev yapan ve ByLock kullandıkları iddiasıyla yakalanan 147 öğretmenle ilgili bir raporu (bundan böyle “polis ByLock raporu” olarak anılacaktır) Kayseri Cumhuriyet Savcılığına sunmuştur. Raporda, uygulamanın kullanıldığı telefon (veya IP) numarası ve ByLock ID numarası ile her kullanıcıya atanan renk kodu (mavi, turuncu veya

kırmızı) belirtilmiştir. Raporda başvurana ilişkin olarak, ByLock uygulamasına belirtilen telefon numarasıyla bağlandığı, ByLock kullanıcı kimliğinin ise 408783 olduğu ve “turuncu” kullanıcı olarak sınıflandırıldığı belirtilmiştir. Raporda ByLock kullanımına ilişkin verilerin nasıl elde edildiğine veya renk kodlarının ne anlama geldiğine dair herhangi bir açıklama yer almamıştır.

35. Kayseri Cumhuriyet Savcısının 25 Ekim 2016 tarihli talebi üzerine, Bank Asya 16 Kasım 2016 tarihinde, aralarında başvuranın da bulunduğu bazı şüphelilerin banka hesap bilgilerini savcılığa iletmıştır. Verilen bilgilere göre, Bank Asya’da başvuran adına iki hesap bulunduğu tespit edilmiştir. Bu hesaplardan birinde daha önce herhangi bir hareket olmamasına rağmen, 28 Şubat 2014 tarihinde - diğer bir ifadeyle F. Gülen’in söz konusu bankaya destek için yaptığı iddia edilen çağrı sonrasında- diğer hesaba 3.110,16 Türk lirası (TL) (söz konusu dönemde yaklaşık 1.020 avro) tutarında para yatırılmıştır (bk. yukarıdaki 31. paragraf). Bu para daha sonra çekilmiş ve 12 Aralık 2014 tarihinde 1.520,50 TL (söz konusu dönemde yaklaşık 540 avro) tutarında yeni bir para yatırma işlemi gerçekleştirilmiştir. Bu para yatırma işlemlerinin kim tarafından gerçekleştirildiği belirtilmemiştir.

36. Kayseri Cumhuriyet Savcılığı, belirtilmeyen bir tarihte, Kayseri Valiliği İl Dernekler Müdürlüğüne başvuranın da aralarında bulunduğu şüphelilerin bir listesini göndermiş ve bu kişilerden herhangi birinin, FETÖ/PDY ile iltisakı nedeniyle 667 sayılı KHK ile kapatılan dernek veya sendikalara üye olup olmadığına dair bilgi talep etmiştir (bk. Yukarıdaki 16. paragraf). İl Dernekler Müdürlüğü, 1 Aralık 2016 tarihinde, başvuranın Kayseri Gönüllü Eğitimciler Derneği ve Aktif Eğitim Sendikası üyesi olduğunu ve her iki kurumun da 667 sayılı KHK ile kapatıldığını belirtmiştir.

C. Başvuran hakkında yürütülen kovuşturma

37. Kayseri Cumhuriyet Savcısı, 6 Ocak 2017 tarihinde, diğer sekiz kişiyle birlikte başvuran hakkında, Ceza Kanunu’nun 314 § 2 maddesi uyarınca FETÖ/PDY silahlı terör örgütüne üye oldukları iddiasıyla Kayseri Ağır Ceza Mahkemesine bir iddianame sunmuştur. Söz konusu iddianame üç bölüme ayrılmıştır: birinci bölümde FETÖ/PDY hakkında “genel bilgiler” verilmiş; ikinci bölümde FETÖ/PDY’nin terör bağlamındaki eylemleri incelenmiş; üçüncü bölümde ise şüpheliler hakkındaki somut deliller ele alınmıştır.

1. İddianamenin ilk kısmı

(a) FETÖ/PDY’nin Kuruluşu

38. İddianamenin ilk bölümünde verilen bilgilere göre, örgütün temelleri 1966 yılında, söz konusu dönemde imam ve vaiz olarak görev yapan F. Gülen tarafından atılmıştır. Örgüt, ilk kurulduğu dönemde, faaliyetlerini F. Gülen’in kasetlere kaydedilmiş konuşmaları veya “sohbet toplantıları” aracılığıyla ulaştığı genç öğrenciler üzerinde yoğunlaştırmıştır. Kendini içinde bulunduğu sosyo-politik koşullara uyarlayan, dini duyguları istismar eden ve siyasi partilerden özerk kalmayı sürdüren F. Gülen “din, siyaset ve para” üçgeninde etkinliğini artırarak örgütünü geliştirmiş ve dini çevreleri etkilemiştir. Örgüt, varlığının 12 Eylül 1980 darbesinden önceki bu ilk evresinde, -özellikle iddianamede örgütün “hücre evleri” olarak adlandırılan ve öğrencilere tahsis edilen “ışık evleri” ve öğrencileri hedef alan dershaneler aracılığıyla- tabanını genişletmeye ve kamu kurumlarına sızmaya odaklanmıştır.

39. Örgüt, 1980 darbesini takip eden bir sonraki evrede, kamu kurumlarında “kadrolaşma” hareketini tamamlamış ve diğer faaliyetlerini gizlilik içinde sürdürürken eğitim hedeflerine öncelik vermiştir. Zeki öğrencileri hedeflemek ve onları eğitmek, örgütün uzun vadeli projesinin

temel bir parçasını oluşturmuştur, zira bu öğrenciler daha sonra örgüt tarafından önemli kamu kurumlarına yerleştirilmişlerdir.

40. Bu ikinci evrede örgüt, “milli, yerli İslam” ideolojisini, iddianamede belirtildiği şekliyle “devletçi söylem” ile değiştirmiştir. Ekonomik açıdan bakıldığında, örgüt bu aşamada şirketleri birbirine bağlayan bir holding gibi faaliyet göstermeye başlamıştır; örgüt bu kapsamda bir banka kurmuş ve eğitim alanı yanında sağlık, finans, taşımacılık ve basın-yayın alanlarında faaliyet göstermeye başlamıştır. Bu ikinci evre aynı zamanda FETÖ/PDY’nin yurt dışına açıldığı dönem olmuştur.

41. İddianameye göre, FETÖ/PDY’nin terörizme giden üçüncü evresi, 28 Şubat 1997 tarihli “post-modern darbe” vakasından sonra başlamıştır (bu olayla ilgili daha fazla bilgi için bk. *Dilipak ve Karakaya/Türkiye*, no. 7942/05 ve 24838/05, §§ 6 ve 54, 4 Mart 2014). Bu evrede F. Gülen Türkiye’den kaçmış ve örgütün söylemi değişmiş, “dinler arası diyalog” ve “insan hakları” gibi kavramlara atıfta bulunarak daha evrensel ifadeler kullanmayı benimsemiştir. Bu aşamada örgütün 160 ülkede faaliyet gösterir hale geldiği ve Türkiye’deki tüm kamu kurumlarını da etkisi altına aldığı belirtilmiştir. Özellikle, 12 Eylül 2010 tarihinde kabul edilen Anayasa değişikliğinden sonra, örgüt kendisini Devletin tek fiili hakimi olarak görmeye başlamış ve bu durum 17 Aralık 2013 tarihine kadar devam etmiştir (“17-25 Aralık soruşturmaları” ile ilgili olarak bk. Yukarıdaki 19. paragraf).

(b) FETÖ/PDY’nin terminolojisi, amaçları ve yönetimi

42. İddianamenin bu ilk bölümünde, savcılık, örgüt tarafından kullanılan özel terminolojiye ve örgütün yapısına ilişkin açıklama yapmıştır. Savcılık özellikle, FETÖ/PDY’nin, kamu kurumlarında, “örgüt abisi” olarak adlandırılan hiyerarşik üstlere bağlı, en fazla beş kişiden oluşan “hücre tipi örgütlenme” hakkında bilgi vermiştir. Bu örgütlenme yönteminde Hizbullah’tan esinlenilmiştir. FETÖ/PDY içindeki en küçük örgütsel birim

olan hücreler birbirlerinden haberdar değillerdir; böylece, bir hücre açığa çıksa bile, diğerleri faaliyetlerine devam edebilmiştir.

43. Örgütün amaçlarıyla ilgili olarak; daha önce FETÖ/PDY’de faaliyet gösteren kişilerin ifadeleri, örgütün temel amacının, toplumun dini duygularını suistimal ederek elde ettiği finansal gücünü ve üyelerini kullanarak Devletin anayasal kurumlarını ele geçirmek olduğunu ortaya koymuştur. Örgüt, kamu kurumlarına sızmak ve bu amaca ulaşmak için, üniversite veya memurluk sınavı sorularını çalmak ya da ürettiği sahte delillerle örgüt mensubu olmayan kişilerin memuriyetten atılmalarını sağlamak gibi gizli eylemlere de başvurmuştur.

44. Savcılık, FETÖ/PDY’nin neden bir “örgüt” olarak sınıflandırılması gerektiğini ileri sürerken, işlerini açık ve şeffaf bir şekilde yürütmek yerine kod adı ve gizli haberleşme kanalları kullanması, kaynağı bilinmeyen mali kaynakları ve faaliyetlerini yurt dışından yönetmesi, hasımlarını saf dışı bırakmak için baskı, şantaj ve yasa dışı yöntemlere başvurması, yabancı diplomatik misyon temsilcileriyle gizli ilişkiler içinde bulunması, Devleti hasım olarak görmesi, dini değerleri amaçları doğrultusunda yorumlaması ve bu yorumu günün koşullarına uyarlaması gibi unsurlara dikkat çekmiştir.

45. Savcılık, FETÖ/PDY’nin hiyerarşik yapısının, her biri kendi coğrafı, sektörel ve kurumsal alanlarında atanmış “birimlerinden” sorumlu olan imam sistemine dayandığını belirtmiştir. “Kainat imamı” olarak F. Gülen tarafından yönetilen FETÖ/PDY, kıta, ülke, bölge, il, ilçe, esnaf, semt ve ev imamları aracılığıyla örgütlenmiş ve tabana yayılmıştır. Örgüt ayrıca bakanlıklar, yerel yönetimler ve üniversiteler gibi kamu kurumlarında ve özel sektörde görev yapan imamlar da atamıştır. Görevlerinin hassas mahiyeti nedeniyle, mülkiye, emniyet, askeriye, yargı ve MİT içerisinde faaliyet gösteren imamlar, kullandıkları iletişim araçları da dahil olmak üzere, gizliliklerini korumak için diğer örgüt mensuplarına nazaran daha fazla önlem almışlardır.

46. Örgütün meşruluğu çok sayıda sempatzana bağlı olduğundan, örgütün en dış katmanında, gerçek anlamda örgütün bir parçası olmamakla

birlikte, örgütün işleyişi açısından gerekli olan “sempatizanlar” yer almaktadır.

47. Savcılık ayrıca, Devlete karşı savaş vermenin yıpratıcı olacağını erkenden fark eden F. Gülen’in amacının sistemi yıkmak yerine, Devletin tüm kurumlarını içeriden ele geçirerek hedeflerine ulaşmak olduğunu gözlemlemiştir. FETÖ/PDY’nin emniyet teşkilatında ve diğer kamu kurumlarında aktif olduğu ve bu kurumların örgütün faaliyetlerinin yürütülmesinde ve hedeflere destek olmasında etkili olduğu uzun süredir kamuoyu tarafından bilinmektedir.

(c) FETÖ/PDY tarafından kullanılan iletişim yöntemleri ve ByLock uygulaması

48. Savcılık, örgütün en önemli haberleşme aracının “GSM hatları” olduğunu belirtmiştir. Bu hatlar, genel olarak başkası adına kayıtlı ya da örgüt kontrolündeki kurumlar adına kayıtlı olan, abone bilgilerinden gerçek kullanıcıya ulaşılamayan hatlardır. Yaklaşık 3 ayda bir yeni bir GSM hattı temin edilmekte ve eski hatla birlikte telefon cihazı da değiştirilmektedir. Cumhuriyet savcılığına göre, sadece bu durum dahi, FETÖ/PDY’nin gizlemeye çalıştığı illegal faaliyetler içerisinde yer aldığını ortaya koymak açısından önemlidir.

49. Örgüt mensupları iletişim kurduklarında birbirlerinin isimlerini kullanmaktan imtina etmiş, il ve ilçe imamaları ise genel olarak kod isim kullanmışlardır.

50. Skype, Tango, WhatsApp, Viber, Line ve Kakao Talk gibi uygulamalar da şifreli ve düşük maliyetli olması nedeniyle tercih edilmiştir. Ancak, kritik konumdaki örgüt mensupları, F. Gülen’in talimatıyla münhasıran FETÖ/PDY mensuplarının kullanımı için geliştirildiği iddia edilen ByLock’u kullanmak için bu uygulamaları kullanmayı bırakmışlardır. İddianamede, otomatik mesaj silme özelliğine sahip şifreli bir mesajlaşma uygulaması olduğunun açıklaması dışında, ByLock’un özellikleri hakkında daha fazla bilgi verilmemiştir. İddianamede ayrıca, ByLock uygulamasının

internetten indirilemeyeceği, zira yalnızca başka bir örgüt mensubundan alınabilecek özel bir kurulum dosyasının gerekli olduğu ve bu durumun uygulamaya sadece örgüt mensupları tarafından erişilebileceğini ortaya koyduğu ifade edilmiştir.

2. İddianamenin ikinci kısmı

51. İddianamenin ikinci bölümü, Türk hukuku kapsamında terörizmin anlamına ve FETÖ/PDY'nin neden bir terör örgütü olarak nitelendirilmesi gerektiğine ilişkin bir tartışmaya ayrılmıştır. Savcılık, “örgüt” ve “terörizm” kavramlarını düzenleyen ulusal mevzuat hükümlerine yer verdikten sonra (bk. Aşağıdaki 146.-149. paragraflar), bir yapılanmanın “terör örgütü” olarak nitelendirilebilmesi için üç unsurun mevcut olması gerektiğini belirtmiştir: (i) 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 1. maddesinde belirtildiği üzere ideoloji veya amaç; (ii) Ceza Kanunu'nun 220. maddesi uyarınca örgütsel yapı ve (iii) amaca ulaşmak için cebir ve şiddete başvurma.

52. Savcılık, yukarıdaki açıklamalar ışığında, FETÖ/PDY ile ilgili olarak aşağıdaki gözlemlerde bulunmuştur:

“Fetullahçı Terör Örgütü;

1) Cebir, şiddet ve diğer yasal olmayan yöntemleri de kullanarak Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ortadan kaldırmak veya görevlerini yapmasını kısmen veya tamamen engellemek, devlet otoritesini baskı altına almak, zaafa uğratmak, yönlendirmek, alternatif bir otorite olarak ortaya çıkmak ve neticede Devlet otoritesini ele geçirmek şeklinde bir amaç gütmüştür;

2) ... Hayatın normal akışı içerisinde beraber hareket etmeleri mümkün olmayan;

- kanunlarımıza göre silahlı, zor kullanma ve yaptırım uygulama yetkisine sahip ve mesleki hiyerarşi içerisinde görev yapan kamu çalışanlarını ve devlet memurlarını

aynı amaç etrafında faaliyet gösterecek şekilde bünyesinde barındıran, süreklilik arz eden gizli ve hiyerarşik bir yapılanmadır;

3) Birbirinden bağımsız bir şekilde hücrel olarak yapılanmıştır;

4) Örgüt içerisinde faaliyet alanları, iş bölümü ve sorumlulukların tespit edilerek şahıslara örgütsel sorumluluk dağıtımı yapılmıştır;

...

6) Örgütsel faaliyetlerin devamlılığının ve lidere bağlılığın sağlanması adına düzenli olarak önceden belirlenen evlerde gizli örgütsel toplantılar yapılmıştır;

...

8) Örgüt üyeleri, örgütsel faaliyetlerle ilgili olarak [kendi üstlerine] rapor vermiş ve örgütsel faaliyet alanlarını analiz eden belgeler/raporlar hazırlamıştır,

9) Örgütsel faaliyetlerde gizliliğe özel önem verilmiş ve iletişimde, toplantılarda, raporlamada ve belgelerin hazırlanması, saklanması ve arşivlenmesinde özel kodlama prosedürleri kullanılmıştır,

10) Özel dershanelerde ve okullarında yetiştirdikleri nitelikli insan kaynakları ve izledikleri ihtiyatlı ve riyakâr politikalar sayesinde, 1980’li yıllardan itibaren, kendi kadrolarını Devletin stratejik kurumlarına yerleştirme imkânı bulmuşlar ve çalıştıkları kurumlardaki karar alma ve yürütme mekanizmalarını kademeli olarak ele geçirmişler/geçirmeye çalışmışlardır,

11) Örgüt bünyesinde faaliyet gösteren kamu görevlileri, makamlarını [ve] makamlarının yetki, araç, gereç ve personelini örgütün amaçları doğrultusunda kullanmışlardır,

12) Örgüt içinde faaliyet gösteren bazı kişiler tarafından yazılan kitaplar, görsel, yazılı basın ve sosyal medya, televizyon dizileri ve filmleri, internette yayınlanan makaleler, bildiriler, yorumlar vb. aracılığıyla, kamuoyunu, siyasi, hukuki, ekonomik ve güncel konularda örgütün amaçları doğrultusunda manipüle etmişlerdir;

Bu yöntem ile

...

- Devletin otoritesini zayıflatmak amacıyla kamu düzeninin bozulmasıyla [sonuçlanan] toplumsal güvensizlik ve kutuplaşma yaratmışlar ve bu şekilde, örgüt üyeleri, Türkiye Cumhuriyetinin siyasi olarak seçilmiş Hükümetine yapılan her türlü yasa dışı müdahaleler için kamuoyu desteği toplamışlardır,

- ayrıca, manipüle ettikleri kamuoyu tarafından uygulanan baskıyı da [araçsallaştırarak] yargı makamlarını kontrolleri altına almayı amaçlamışlardır,

...

- Ülkemizin siyasi ve ekonomik istikrarını bozmayı ve teröre destek veren bir Devlet imajı yaratarak ülkemizin uluslararası alandaki itibarını zedelemeyi amaçlayan yayınlar yapmışlardır...,

- kamu kurumları arasında gönderilen ve alınan gizli belgeleri internet veya medya şirketleri aracılığıyla yayınlarak Devlet faaliyetlerinin gizliliğini ihlal etmişler ve [böylece] [bu tür] faaliyetleri engellemeye çalışmışlardır,

...

13) Erzincan Ağır Ceza Mahkemesinin 16 Haziran 2016 tarihli kararında... ‘benimsediği yöntemler dikkate alındığında, FETÖ/PDY’nin silahlı bir terör örgütü olarak nitelendirilmesinin zorunlu olduğu kanaatine varıldığı belirtilmiştir’.

...

19) Yargı mensupları, akademisyenler, [silahlı kuvvetler] personeli, [kolluk kuvvetleri] personeli, üst düzey kamu görevlileri, bürokratlar, gazeteciler vb. kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırksal kökenlerine, ahlaki eğilimlerine, cinsel hayatlarına, iletişim bilgilerine (e-posta, telefon) [ve] sağlık durumlarına ilişkin özel ve hassas bilgiler/veriler [veya] video [ya da] ses kayıtları ... yasa dışı bir şekilde elde edilerek örgütün amaçları doğrultusunda şantaj amacıyla kullanılmıştır.

...

Bu çerçevede;

... FETÖ/PDY’nin, Terörle Mücadele Kanunu’nun 1. ve 7. maddelerinde belirtildiği üzere ... terör örgütü niteliği taşıyan bir örgüt olduğu değerlendirilmektedir.

Ayrıca, bu örgütün yukarıda sayılan amaçlarına ulaşmak için cebir ve şiddet kullanmak zorunda kaldığı, cebir ve şiddetin varlığına işaret eden en önemli unsurlardan birinin 15 Temmuz 2016 tarihinde FETÖ/PDY tarafından gerçekleştirilen darbe girişimi olduğu [değerlendirilmektedir]...”

3. İddianamenin üçüncü bölümü

53. Cumhuriyet savcılığı, iddianamenin üçüncü bölümünde, başvuran aleyhindeki delilleri ortaya koymuştur. Savcılık, bu doğrultuda, aşağıdaki hususları kaydetmiştir:

(i) başvuranın, FETÖ/PDY üyeleri tarafından örgüt içi haberleşme amacıyla kullanılan Bylock uygulamasını, adına kayıtlı belirtilen cep telefonu numarası üzerinden kullanması ve başvuranın bu uygulamayı kullanma yoğunluğunun “turuncu” düzeyde olması;

(ii) başvuranın Bank Asya’da bir hesabının olması ve hesap bakiyesinin, 31 Aralık 2013 ve 31 Ocak 2014 tarihlerinde 0 TL, 28 Şubat 2014 tarihinde 3.110,16 TL, 31 Mart 2014 tarihinde 2.953,68 TL, 30 Nisan 2014 tarihinde 2.894,84 TL, 31 Mayıs ve 30 Kasım 2014 tarihlerinde 0 TL, 31 Aralık 2014 tarihinde 1.520,50 TL, 31 Mart 2015 tarihinde 843,71 TL, 30 Haziran 2015 tarihinde 573,77 TL ve 31 Aralık 2015 ve 15 Kasım 2016 tarihlerinde 7 TL olması;

(iii) başvuranın, her ikisi de 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede FETÖ/PDY’ye aidiyeti, iltisakı veya irtibatı olduğu belirtilen Aktif Eğitim-Sen ile Kayseri Gönüllü Eğitimciler Derneğinin üyesi olması;

(iv) başvuranın, 672 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile kamu görevinden çıkarılması ve

(v) isimsiz bir telefon ihbarından başvuranın FETÖ/PDY üyesi olduğuna dair bilgi alınması.

Bu eylem ve faaliyetlerin sürekliliği, çeşitliliği ve yoğunluğunu göz önünde bulunduran Cumhuriyet savcılığı, Ceza Kanunu’nun 314. maddesinde düzenlenen silahlı örgüte üye olma suçunun başvuranın davasında oluştuğunu sabit bulmuştur.

D. Başvuran hakkındaki ceza yargılamaları

1. Kayseri Ağır Ceza Mahkemesi önündeki yargılama

54. Kayseri Ağır Ceza Mahkemesi, 20 Ocak 2017 tarihinde, tensip zaptı düzenleyerek, başvuran hakkında sunulan iddianameyi kabul etmiş ve ilk duruşmanın 21 Mart 2017 tarihinde yapılmasına karar vermiştir. Kayseri Ağır Ceza Mahkemesi, ayrıca, Emniyet Genel Müdürlüğü Kaçakçılık ve Organize

Suçla Mücadele Başkanlığından (“KOM”) ve Kayseri şubesinden, başvuranın ByLock uygulamasını kullanıp kullanmadığı ve kullanmış ise, bu uygulamanın kullanıldığı GSM hattı, IMEI numarası ve telefon, iletişime geçtiği kişiler, bu uygulamanın indirilme tarihi ve ilk kullanım tarihi ve kullanım sıklığı ve tespit edilmişse, uygulama üzerinden yapılan yazışmaların içeriği ile ilgili olarak bilgi vermesini talep etmiştir.

55. KOM, 9 Şubat 2017 tarihinde, Kayseri Ağır Ceza Mahkemesine, başvuranın isminin, kimlik numarasının, GSM numarasının ve telefon IMEI numarasının (35368406164487) belirtildiği bir tablo içeren bir sayfalık rapor göndermiştir (rapor, bundan böyle “KOM ByLock raporu” olarak anılacaktır). Tabloda, ayrıca, “tespit tarihinin” “3 Ekim 2015” olduğu belirtilmiştir. Hükümet tarafından yapılan açıklamaya göre bu bilgi, başvuranın ByLock’a ilk kez bağlandığı tarihe atıfta bulunmuştur. Tabloda, sağlanan bilgilerin kaynağına dair herhangi bir açıklama yer almamıştır.

(a) 21 Mart 2017 tarihinde yapılan duruşma

56. İlk duruşma, 21 Mart 2017 tarihinde, Kayseri Ağır Ceza Mahkemesinde yapılmıştır.

57. Ağır Ceza Mahkemesi, duruşmanın başında, KOM tarafından sunulan ByLock raporunu delil olarak kabul etmiş ve 6 Eylül 2016 tarihinde yapılan arama sırasında ele geçirilen dijital materyallere ilişkin raporun henüz sunulmadığını kaydetmiştir. Ağır Ceza Mahkemesi, iddianameyi okuduktan sonra, başvuranı savunmasını yapmaya davet etmiştir. Başvuran, diğer hususların yanı sıra, belirtilen GSM hattının kullanıcısı olduğunu, ancak ByLock’u hiç kullanmadığını belirtmiş ve iddianamede kendisi hakkında iddia edilen iletişim “içeriği ve [diğer] hususlar” ile ilgili hiçbir bilgisinin bulunmadığına dikkat çekmiştir. Bank Asya’daki banka hesabına ilişkin olarak, başvuran, bu hesabı, okulu tarafından yürütülen bir projede görevlendirilmesiyle ilgili olarak açtığını ve bu bankayla başka bir bağlantısının olmadığını yinelemiştir. Aktif Eğitim-Sen üyeliğiyle ilgili

olarak, başvuran, Hükümet tarafından sendika üyeliğine ilişkin bazı teşviklerin duyurulmasının ardından 2014 yılında bu sendikaya üye olduğunu, ancak daha sonra 17 Haziran 2016 tarihinde üyelikten ayrıldığını ve üyeliği sırasında herhangi bir yasa dışı faaliyette bulunmadığını ileri sürmüştür. Başvuran, ayrıca, çeşitli eğitim ve kültür kursları sunan Kayseri Eğitim Gönülleri Derneğine faaliyetlerine ilgi duyması nedeniyle ve sosyalleşmek amacıyla üye olmuştur. Başvuran, Haziran 2016 tarihinde bu dernekten ayrılmak istemiş, ancak kendisine derneğin tasfiye sürecinde olduğu bildirilmiş ve dernek daha sonra kapatılmıştır. Başvuran, son olarak, kendisi hakkında yapılan isimsiz ihbarı bilmediğini veya anlamadığını, bunu kabul etmediğini ifade etmiştir.

58. Başvuranın avukatı, dava dosyasında, söz konusu yapının terör örgütü olduğunu ortaya koyacak hiçbir somut verinin bulunmadığını eklemiştir. Avukata göre, Cumhurbaşkanı ve Başbakanın bu “yapı” ile ilgili açıklamalarından, yapının terörist amaçlarının yanı sıra Devleti ele geçirme arzularının ve taşıdığı diğer yasa dışı amaçların Devlet yetkilileri tarafından bilinmediği anlaşılmaktadır. Bu nedenle, başvuranın bu konular hakkında bilgi sahibi olması beklenemezdi. Dolayısıyla, suçun maddi ve manevi unsurları gerçekleşmemiştir. Başvuranın avukatı, ayrıca, ByLock ile ilgili verilerin CMK kapsamında “delil” teşkil edemeyeceğini, zira (i) ele geçirilme yöntemi açısından hukuka aykırı olduklarını, (ii) ham verilerin teknik açıdan dava dosyasına nasıl dâhil edildiğinin belirsiz olduğunu, (iii) teknik olarak yetersiz olduklarını ve (iv) incelenemediklerini iddia etmiştir. Başvurana yöneltilen suçlamaların bir sendikaya ve bir derneğe üye olmasıyla ilgili olması hususunda, başvuranın avukatı, her ikisinin de yasalara uygun olarak kurulduğunu ve bunlara hiçbir yasa dışı faaliyetin atfedilmediğini belirtmiştir.

59. Başvuranın avukatı, ayrıca, diğer hususların yanı sıra, söz konusu terör örgütünün Türk Devleti, kurumları ve vatandaşlarına karşı herhangi bir suç işleyip işlemediğinin ve ByLock verilerinin nasıl elde edilip teknik olarak

deşifre edildiğinin araştırılması amacıyla soruşturmanın genişletilmesini talep etmiştir. Başvuranın avukatı, başvurana ait her türlü ByLock verilerinin dava dosyasına dâhil edilmesini de talep etmiştir.

60. Kayseri Ağır Ceza Mahkemesi, başvuranın ByLock kullandığını doğrulayan çeşitli raporlar da dâhil olmak üzere dava dosyasında hâlihazırda mevcut olan delilleri ve Samsun Bölge Adliye Mahkemesinin 7 Mart 2017 tarihinde verdiği nihai kararda FETÖ/PDY'nin terör örgütü olarak tanımlanmasını göz önünde bulundurarak, başvuranın avukatının soruşturmanın genişletilmesi talebini reddetmiştir.

61. Daha sonra, Cumhuriyet savcısı, esas hakkındaki mütalaasını sunmuş ve başvuranın üzerine atılı suçtan mahkûm edilmesini talep etmiştir. İddianamede yer alan argümanları yineleyen Cumhuriyet savcısı, FETÖ/PDY'nin gerçek amaçlarını gizlemek amacıyla kendisini dini bir cemaat veya sivil toplum hareketi olarak göstermeye çalıştığını ve gizliliği sağlamak için kod isimler ve özel iletişim yöntemlerini kullandığını iddia etmiştir. Bu çerçevede ve toplumun her kesiminden insanların, gerçek amaç ve saiklerinin farkında olmaksızın bu örgüte sempati duyduklarını, mali destek sağladıklarını ve faaliyetlerine katıldıklarını göz önünde bulunduran Cumhuriyet savcısı, kimlerin gerçekten örgüt hiyerarşisinin bir parçası olduğunu ve örgütün ortak amacı doğrultusunda hareket ettiğini tespit etmenin zorunlu olduğunu belirtmiştir. Bu bağlamda, başvuranın FETÖ/PDY ile ilişkili bir sendika ve derneğe üye olduğu ve FETÖ/PDY üyeleri arasında örgütsel iletişim için kullanılan şifreli bir uygulamayı yoğun bir şekilde kullandığı dikkate alındığında, başvuranın örgütün hiyerarşik yapısının bir parçası ve bu örgütün bir üyesi olduğu konusunda hiçbir şüphe yoktur.

62. Başvuran ve avukatı, Cumhuriyet savcısının mütalaasına karşı savunmalarını tekrarlamışlardır.

(b) Kayseri Ağır Ceza Mahkemesinin Kararı

63. Kayseri Ağır Ceza Mahkemesi, 21 Mart 2017 tarihinde yapılan duruşmanın sonunda, iddianamede belirtilen delillere dayanarak başvurana atılı suçu sabit bulmuş ve başvuranın 6 yıl 3 ay hapis cezasına mahkum edilmesine karar vermiştir. Kayseri Ağır Ceza Mahkemesi, ayrıca, diğer hususların yanı sıra, başvuranın tutuklulukta geçirdiği süreyi göz önünde bulundurarak tahliyesine karar vermiştir.

64. Karar beş bölüme ayrılmıştır. “FETÖ/PDY Silahlı Terör Örgütü” başlıklı ilk bölümde, Kayseri Ağır Ceza Mahkemesi, terör örgütünün tanımı, türleri ve bileşenleri hakkında genel açıklamalar yapmış; daha sonra, diğer hususların yanı sıra, FETÖ/PDY’nin kuruluşu, amaçları, yönetimi ve hiyerarşik yapısı ile mali yapısı ve iletişim yöntemlerini büyük ölçüde iddianame ile aynı doğrultuda inceleme aşamasına geçmiştir. Ağır Ceza Mahkemesi, FETÖ/PDY’nin sızdığı Devletin güvenlik kurumlarının silahlı olmasının ve bu silahları kullanma yetkisine sahip olmasının, örgütün aslında silahlı olduğunu ve askeri bir eğilime sahip olduğunu gösteren çok önemli bir faktör olduğunu vurgulamıştır.

65. Kararın “Örgütün Yapısı ve İşleyişi” ile ilgili ikinci bölümünde, örgütün gizli amaçlarını gerçekleştirmek için yaygın olarak kullandığı, destekçileri için sınav sorularını çalmak, delil uydurmak ve kişileri düzmece suçlamalarla özgürlüklerinden yoksun bırakmak gibi hukuka aykırı yöntemlere ilişkin genel bir değerlendirme yapılmıştır. Gizliliğin korunmasının örgütün işleyişinin kilit noktası olduğunu vurgulayan Ağır Ceza Mahkemesi, F. Gülen’in takipçilerine “bütün güç merkezlerine” ulaşınca kadar gizli bir şekilde hareket etmeleri ve dikkat çekmemeleri yönünde talimat verdiği iddia edilen ve örgütün anayasal düzen üzerinde kontrolü ele geçirmenin stratejik bir yolu olarak tüm kamu kurumlarına sızdığını gösteren bazı ifadelerinden alıntı yapmıştır (bk. Yargıtayın 26 Eylül 2017 tarihli kararında belirtildiği üzere, bu talimatlardan bazıları için aşağıda

162. paragraf). Ağır Ceza Mahkemesi, ayrıca, gizlilik perdesinin, “hükümeti ve politikayı yeniden dizayn etmek” için gerçekleştirilen 17-25 Aralık 2013 tarihli “bürokratik darbe girişimi” ile kalktığını kaydetmiştir (bk. yukarıdaki 19. paragraf ve bu kapsamda anılan kararlar). Ağır Ceza Mahkemesi, 17-25 Aralık olaylarının, sonuçları göz önünde bulundurulduğunda, FETÖ/PDY’nin bir yardım kuruluşu veya “hizmet” hareketi değil, bir terör örgütü olduğunun hem Devlet hem de kamuoyu düzeyinde kabul edilmesi için bir dönüm noktası olarak değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir.

66. Kararın üçüncü bölümü ByLock uygulamasının incelenmesine ayrılmıştır. Ağır Ceza Mahkemesi, uygulamanın “tersine mühendislik, kripto analizi, web davranış analizi ve sunucu yanıt kodları” dahil olmak üzere teknik çalışmalara tabi tutulduğunu belirtmiş, ancak bu analizleri kimin yaptığını ilişkin daha fazla bilgi vermemiştir. Ağır Ceza Mahkemesi, daha sonra, MİT teknik analiz raporunda yapılan değerlendirmelerin bir özetini sunmuştur (bk. aşağıda 114.-116. paragraflar), ancak bu rapora açıkça atıfta bulunmamış ve ByLock’un global bir uygulama kisvesi altında münhasıran FETÖ/PDY üyelerinin kullanımına sunulduğu sonucuna varmıştır.

67. Kararın dördüncü bölümünde, Ağır Ceza Mahkemesi, Türkiye’deki silahlı terör örgütlerini düzenleyen yasal çerçeveyi incelemiş ve Ceza Kanunu ve Terörle Mücadele Kanunu’nun ilgili hükümlerine atıfta bulunarak, silahlı terör örgütüne üye olma suçunun ana unsurlarını ortaya koymuştur (bk. aşağıda 146.-149. paragraflar). Ağır Ceza Mahkemesi, özellikle, bir örgüte üyeliğin, örgütün hiyerarşik yapısına gönüllü olarak boyun eğmeyi ve tabi olmayı ve ayrıca, örgütle "organik bir bağı” ve onun faaliyetlerine katılımı gerektirdiğini kaydetmiştir. Organik bağ kişiyi emirleri almaya açık hale getirmekte ve kişinin hiyerarşik konumunu belirlemektedir ve dolayısıyla üyeliğin en önemli unsurudur. Sadece örgüte sempati duymak suç teşkil etmemektedir.

68. Kararın beşinci ve son bölümünde, Ağır Ceza Mahkemesi, başvuranı mahkûm ederken dayandığı delilleri değerlendirmiştir. Bu bağlamda, Ağır

Ceza Mahkemesi, başvuranın inkârına rağmen, soruşturma aşamasında Kayseri Emniyet Müdürlüğü tarafından hazırlanan ByLock raporunda ve daha sonra yargılama aşamasında KOM tarafından hazırlanan raporunda, başvuranın 3 Ekim 2015 tarihinden itibaren GSM hattı üzerinden 35368406164487 IMEI numarasını taşıyan bir telefonla ByLock uygulamasını kullandığının tespit edildiğini kaydetmiştir. Ayrıca, başvuranın FETÖ/PDY ile iltisaklı oldukları gerekçesiyle kapatılan bir sendikaya ve bir derneğe üye olduğu ve benzer şekilde bu örgütle iltisaklı olan Bank Asya'ya para yatırdığı tespit edilmiştir. Son noktayı ayrıntılı olarak ele alan Ağır Ceza Mahkemesi, başvuranın, önceki dönemlerde Bank Asya hesabındaki asgari hareketliliğin aksine, Şubat 2014 tarihinde, örgütün talimatı üzerine, 17-25 Aralık 2013 süreci sonrasında karşılaştığı ekonomik zorluklardan kurtarmak amacıyla bankaya geliriyle orantılı bir miktar olan 3.110 TL yatırdığını belirtmiştir.

69. Başvuranın ByLock verilerinin toplanmasında CMK'nın ilgili hükümlerine uyulmaması nedeniyle söz konusu verilerin hukuka aykırı olduğu yönündeki iddialarına ilişkin, Ağır Ceza Mahkemesi, bu verilerin MİT tarafından - 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu ("İstihbarat Hizmetleri Kanunu") kapsamındaki yetkileri çerçevesinde - ByLock uygulamasının ana sunucusunun bulunduğu Litvanya'dan elde edildiğini tespit etmiştir. CMK hükümlerinin Litvanya'da uygulanabilir olmaması nedeniyle, verilerin bu bağlamda CMK'ya uyulmaması nedeniyle hukuka aykırı bir şekilde toplandığını iddia etmek mümkün değildi. Ağır Ceza Mahkemesi, ayrıca, Ankara 4. Sulh Ceza Hakimliğinin, 9 Aralık 2016 tarihinde, MİT tarafından teslim edilen verilerin CMK'nın 134. maddesi uyarınca incelenmesine karar verdiğini açıklamıştır.

70. Yargıtay ayrıca bir dernek veya sendikaya üye olmanın kendi başına silahlı terör örgütü mensupluğuna dair bir kanıt teşkil edemeyeceğini belirtmekle birlikte; başvuranın durumunda, örgütün haberleşme aracı olan ByLock kullanımının yanı sıra FETÖ/PDY ile bağlantılı birden fazla kuruma

üye olduğunu ifade etmiştir. Terör örgütlerinin amaçları ve işleyişleri göz önüne alındığında, örgüt içi haberleşme sağlayan ve örgüt faaliyetlerine dair bilgi akışına olanak tanıyan tüm araçlar, yalnızca örgüt hiyerarşisinde yer alan kişilerin bu iletişim ağına alınmasına izin verildiğinden “örgüt yapısı haricinde değerlendirilemez”. Bu nedenle Yargıtay, başvuranın ByLock uygulamasını kullanmasına ve dava dosyasındaki diğer delillere dayanarak, başvuranın FETÖ/PDY hiyerarşisinde yer aldığının sabit olduğunu belirtmiştir.

(c) Başvuran hakkında verilen mahkûmiyet kararına karşı istinaf başvurusu

71. 3 Nisan 2017 tarihinde başvuran, Kayseri Ağır Ceza Mahkemesinin kararına karşı istinaf başvurusunda bulunmuştur. Başvuran istinaf başvurusunda, diğerlerinin yanı sıra, kendi tabiriyle FETÖ/PDY’nin geriye dönük bir şekilde silahlı terör örgütü olarak sınıflandırılmasına itiraz etmiştir. MİT tarafından hazırlanan istihbarat raporlarına göre FETÖ/PDY terör örgütünün amacı, Devlet kurumlarına el koymak ve anayasal düzeni değiştirmektir. Buna rağmen, başvuranın bir “yapı” olarak atıfta bulunduğu bu örgüt 50 yıllık tarihi boyunca buna benzer eylemlerden hiçbirisiyle ilişkilendirilmemiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun F. Gülen’in terör suçlamalarından beraat ettiği 24 Haziran 2008 tarihli kararına (bk. aşağıdaki 189.-193.paragraflar) atıfta bulunan başvuran, yapı tarafından yürütülen faaliyetlerin hukuka uygun bulunduğunu iddia etmiştir. Başvuran, Yargıtay kararının ardından atılan hangi somut eylemlerin örgütün amaçlarına dair farklı bir tespitin yapılmasına neden olduğunu net bir şekilde ortaya konmadığı görüşündedir. İddianamede “17-25 Aralık operasyonuna” bir terör eylemi olarak atıfta bulunulsa da muhalefet, 17-25 Aralık 2013 tarihinde gerçekleştirilen eylemleri yolsuzluğa karşı bir operasyon olarak değerlendirmiştir; bu nedenle, bu operasyonun terör eylemi olarak sınıflandırılması hukuki değil siyasi bir karardır.

72. Ayrıca başvuran, silahlı terör örgütüne üye olma suçunun özel kastlı bir suç olduğunu göz önünde bulundurarak, bu örgütün ne zaman kurulduğunun, Devlet makamlarınca eskiden oldukça saygı duyulan bu yapıya yalnızca dinî nedenlerle bağlı olan kişilerin belirli üyeler tarafından güdülen terör amaçlarından ne zaman haberdar olduğunun, ve bu bağlamda bu örgüte bilerek ve isteyerek ne zaman ve nasıl dâhil olduğunun tespit edilmesinin elzem olduğunu belirtmiştir. Kendisine atfedilen eylemlerin nitelik olarak kanuna uygun oluşunun altını çizen başvuran, yargılamayı yürüten mahkemenin bu hususlarda sessiz kalmasını eleştirmiştir. Başvurana göre, aleyhindeki silahlı terör örgütüne üyelik suçlamasının, örgütün Kayseri'deki hiyerarşik yapısı ve başvuranın bu hiyerarşideki yerine ilişkin olarak savcılık tarafından yürütülen bir soruşturma ile desteklenmesi gerekmektedir.

73. Başvuran, ByLock kullanımına ilişkin delillere istinaden, ByLock verilerinin CMK'nin 134 ve 135. maddelerinde öngörülen ilgili usullere uygun bir şekilde elde edilmediğini; hatta verilerin hangi koşullarda elde edildiğinin belirsiz olduğunu iddia etmiştir. MİT tarafından sağlanan bilgilere göre, uygulamanın Litvanya'da bulunan ana sunucusundan verileri elde etmek için bir istihbarat operasyonu gerçekleştirmiştir; ancak MİT'in verilere nasıl eriştiği ve verileri nasıl analiz ettiğine dair teknik detaylar bilinmemektedir. Bu durumda verileri incelemek ve değiştirilip değiştirilmediklerini doğrulamak mümkün olmamıştır; ByLock kullanıcı listesine eklenen bir kişinin buna itiraz etme imkânı yoktur. Başvuran burada MİT tarafından yargı makamlarıyla paylaşılan üç kullanıcı listesinin birbirleriyle uyuşmadığının altını çizmiştir. Başvurana göre ByLock kullanımına ilişkin deliller, bir IP adresinin birden fazla kişiye tahsis edilmesi mümkün olduğundan, yalnızca teknik bir bakış açısıyla bakıldığında da güvenilirlik niteliktedir.

74. Başvuran ayrıca MİT'in teknik analiz raporuna göre ByLock uygulamasının açık kaynaklardan 500.000 ila 1 milyon defa indirildiğini,

buna rağmen bu uygulamayı kimin örgütsel amaçlarla kimin diğer nedenlerle indirdiğinin tespit edilmesine dair hiçbir yargı denetimi yapılmadığını da eklemiştir.

75. Son olarak, başvuran, özellikle ByLock verilerine ilişkin olarak yapılan soruşturmanın yetersiz olması, yetkili ve bağımsız uzmanların görüşlerinin alınmaması ve söz konusu suçun maddi ve bilinç unsurlarını ortaya konulmadığı gerekçeleriyle, yargılamayı yürüten mahkemenin verdiği kararın usul kuralları ve hukukun üstünlüğü ilkesiyle bağdaşmadığını iddia etmiştir.

2. Ankara Bölge Adliye Mahkemesi önündeki yargılamalar

(a) Duruşma öncesi süreçte elde edilen diğer materyaller

76. Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 10 Mayıs 2017 tarihli tensip zaptında KOM'dan aşağıdakilere ilişkin bir rapor hazırlamasını talep etmiştir: (i) ByLock uygulamasının özellikleri, iletişim cihazlarına indirilmesi ve kullanım amaçları ve şartları, (ii) herhangi bir kişi tarafından kullanılıp kullanılmayacağı, (iii) uygulamanın bilhassa örgüt mensupları tarafından örgüt faaliyetleri çerçevesinde haberleşme amacıyla kullanılıp kullanılmadığı ve bu iletişimin nasıl kurulduğu; (iv) uygulamayı diğer haberleşme araçlarından ayıran özellikleri, (v) başvuranın uygulamayı kullandığı tarihler ve ne sıklıkla kullandığı, (vi) başvuranın uygulamayı hangi GSM hatlarında ve hangi cihazlardan kullandığı (IMEI numaralarıyla birlikte), ve (vii) tespit edilmesi halinde, uygulama üzerinden gerçekleştirilen haberleşmelerin içeriği ile birlikte iletişim kurulan kişilerin kimlikleri ve telefon iletişim bilgileri.

77. İstinaf mahkemesi aynı zabıtta Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumundan ("BTK") aşağıdakilere dair bilgi sunmasını talep etmiştir: (i) başvuran tarafından kullanıldığı bildirilen GSM hattına ve bu hat ile kullanılan cihaz(lar)a ilişkin olarak, 3 Eylül 2015 ve 15 Temmuz 2016

tarihleri arasında ByLock IP adreslerinin erişildiği tarihlerin belirtildiği baz istasyonu verileri, (ii) 1 Ocak 2015 ile 15 Temmuz 2016 tarihleri arasında gelen ve giden aramaların, gelen ve gönderilen mesajların ve kullanılan baz istasyonlarıyla birlikte kullanılan cihaz(lar)ın IMEI numaralarının belirtildiği haberleşme kayıtları.

78. KOM tarafından hazırlanan “ByLock Tespit Tutanağı” başlıklı belge 3 Haziran 2017 tarihinde, dava dosyasına eklenmiştir. Belge, rütbeleri veya görevleri belirtilmeyen iki KOM memurunun imzasını taşımaktadır. Tutanakta ByLock veri tabanının MİT tarafından Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına incelenmesi için 16 Aralık 2016 tarihinde ulaştırıldığı belirtilmiştir. ByLock aboneleri listesi üzerinde yapılan inceleme sonucunda başvuranın 129862 satırlık aboneler listesinin 114060. satırında yer aldığı, belirtilen GSM numarasını kullandığı, cihaza ait bağlantı için kullanılan IMEI numarasının 35368406164487 olduğu, tespit edilebilen ilk bağlantı tarihinin 3 Ekim 2015 olduğu ve yapılan incelemelerin henüz mesaj veya mail yoluyla yapılan hiçbir haberleşmenin içeriğinin ortaya çıkmadığı ifade edilmiştir.

79. 12 Haziran 2017 tarihinde BTK da kendisinden talep edilen haberleşme kayıtlarını sunmuştur.

80. İstinaf mahkemesinin isteği üzerine, dava dosyasında bulunan tüm bilgi ve kayıtlara dayanarak, bir adli bilişim uzmanı tarafından bilirkişi raporu hazırlanmış ve 29 Haziran 2017 tarihinde istinaf mahkemesine sunulmuştur. Bu rapora göre başvuran belirtilen telefon numarasıyla kendi GSM hattından ByLock’a erişim sağlamıştır. Başvuranın ByLock kullanıcı kimliği numarası 408783’tür. 1 Ocak 2015 ve 16 Temmuz 2016 tarihleri arasında bu GSM hattına ilişkin olarak BTK tarafından elde edilen HTS² kayıtları üzerinde yapılan inceleme sonucunda bu GSM hattının üç farklı IMEI numaralı cihaza takılarak kullanıldığı, bu cihazlar arasında ByLock kullanımına ilişkin tespit

2. HTS kayıtları arayan kişi, aranan numara, görüşme süresi, arama yeri ve zamanı hakkında sinyal bilgilerini içerir.

yapılan 35368406164487 IMEI numaralı cihazın da yer aldığı ve bu cihazın başvuranın evinde veya yakalandığı sırada üzerinde bulunmadığı ifade edilmiştir. İlgili GSM hattı üzerinde dönem içerisinde 13450 kez arama, aranma, SMS ve MMS kaydının bulunduğu, ayrıca 38166 adet GPRS³ kaydının bulunduğu, bu kayıtlar arasında en sık iletişim kurduğu şahıslar arasında akrabası olduğu değerlendirilen kendisi ile aynı soy ismi taşıyan şahısların bulunduğu belirtilmiştir. Raporda ayrıca 11 Ağustos 2014 ve 10 Ocak 2015 tarihleri arasında, anılan GSM hattının IMEI numarası 35368406164487 olan cihazla kullanıldığında, altı farklı günde toplam 380 defa ByLock sunucuları/sistemlerine ait 46.166.164.181 nolu IP numarası ile iletişim kurulduğu belirtilmiştir. Bu bilirkişi raporu, 21 Eylül 2017 tarihinde başvuranın temsilcisine tebliğ edilmiştir.

(b) 9 Ekim 2017 tarihinde yapılan duruşma ve Ankara Bölge Adliye Mahkemesinin kararı

81. 9 Ekim 2017 tarihinde yapılan duruşmada başvuran ve avukatı daha önceki savunmalarını tekrarlamıştır. Başvuranın avukatı, yukarıdaki 80. paragrafta açıklanan, adli bilişim uzmanının kanuna aykırı yollardan elde edilen delillere dayanan raporunu kabul etmediklerini belirtmiş ve mahkemeden üç bilirkişiden oluşan bir komiteden yeni bir rapor almasını talep etmiştir. Avukat, silahlı terör örgütüne üye olma suçunun maddi ve bilinç unsurlarının oluşmadığını vurgulamıştır.

82. Mahkeme aynı duruşmada başvuranın yeni bir bilirkişi raporu alınmasına dair talebini reddetmiştir. Bununla birlikte, başvuranın dava dosyasındaki bilgi ve raporlara dayanan mahkûmiyetini onamıştır.

83. Mahkeme öncelikle Türk hukukuna göre organize suçların farklı çeşitlerini incelemiş ve ilk derece mahkemesinde de (bk. yukarıdaki 67.

3. “GPRS” açılımı “Genel Paket Radyo Servisi” (General Packet Radio Service) olup, orta hızda veri transferi sağlayan ve genel olarak anlık mesajlaşmada kullanılan bir teknolojidir.

paragraf) ele alındığı üzere, Ceza Kanununun 314 § 2 maddesi kapsamında “silahlı örgüte üye olma” suçunun ayırt edici faktörlerini tartışmıştır. İstinaf mahkemesi, bir “üyenin” örgüt faaliyetleriyle bağlantılı gerçek bir suç işlemesi gerekme de bu kişinin yine de örgütün varlığı ve desteklenmesinde belirli bir maddi veya manevi destek sağlamış olması gerektiğini belirtmiştir. Bir örgüte yardım etme veya örgüt adına suç işleme suçlarında da örgütten emir alınır; ancak örgüt mensupluğunun tespit edilmesindeki ayırt edici faktör, üye olduğundan şüphelenilen kişinin örgüt hiyerarşisi bağlamında verilen talimat ve emirleri sorgulamadan ve tam olarak biat ederek yerine getirmeye ne kadar hazır olduğudur. Örgüt üyesinin, örgüte üye olma suçunun en önemli unsuru olan örgüt ile organik bir bağ kurmuş olması ve faaliyetlerine katılım sağlamış olması gerekmektedir. Bu bağlamda, kişinin silahlı örgüt içindeki pozisyonunun, kendisinin bu örgütün bir “üyesi” olarak değerlendirilmesi için yeterli olup olmadığına ilişkin olarak, davadaki somut olgular hakkında karar vermek elzemdir. İstinaf mahkemesi, silahlı terör örgütüne üye olma suçunun genel kastın yanı sıra özel kasıt da gerektirdiğini kaydetmiştir. Terör örgütü belirli bir amaç için kurulduğundan failin bu amacı bilmesi ve gerçekleştirilmesi için özel bir kasta sahip olması gerekmektedir.

84. FETÖ/PDY’ye ilişkin spesifik değerlendirmeler konusunda ise istinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesi ve daha sonra 24 Nisan 2017 ve 26 Eylül 2017 tarihli kararlarında (bk. aşağıdaki 162.-163. paragraflar) Yargıtay’ın da kullandığı gerekçelendirmeyi takip ederek, bir örgütü “silahlı terör örgütü” yapan ayırt edici özellikleri hatırlatmıştır. İstinaf mahkemesi, bu örgütün amacının meşru yöntemlerle iktidara gelmek değil; Meclisi, hükümeti ve diğer anayasal kurumları güç kullanarak ve şiddet uygulayarak ortadan kaldırmak olduğunu kaydetmiştir. Bu husus, aralarında Meclis binası ve Cumhurbaşkanlığı da dâhil olmak üzere çeşitli sembolik Devlet binalarına ağır silahlarla yapılan saldırılar ile de ortaya koyulmuştur. Bununla birlikte, suç tarihi itibarıyla FETÖ/PDY yapısının terör örgütü olduğuna ilişkin bir

karar verilmemiş olmasının, bu örgütle bağlantılı olarak işlenen suçlara dair cezai sorumluluk açısından engel teşkil etmeyeceğini vurgulamıştır.

85. Bunun ardından istinaf mahkemesi ByLock delillerinin hukuka uygunluğunu ele almış ve delillerin serbestliği ilkesine göre, elektronik deliller de dâhil olmak üzere, kanuna uygun şekilde elde edildikleri sürece tüm delillerin ceza yargılamalarında dayanak olarak kullanılabileceğine karar vermiştir. Bu bağlamda MİT'in ilgili verileri Milli İstihbarat Teşkilatı Kanununu 4 (1) ve 6 (1) maddeleri (bk. aşağıdaki 143.-145. paragraflar) kapsamındaki görev ve yetkilerine istinaden elde ettiğini, adli sürecin ancak MİT'in dijital materyalleri yargı makamlarına ulaştırması ile birlikte başladığını ve bu noktadan sonra CMK hükümlerine göre soruşturma yapılması gerektiğini değerlendirmiştir. Buna göre, Ankara 4 Sulh Ceza Hâkimliği CMK'nin 134. maddesi gereğince MİT'in ulaştırdığı verilerin incelenmesi ve çözümlenmesine karar vermiştir. Dolayısıyla Bylock kullanım tespiti ve değerlendirme işlemlerinde herhangi bir hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

86. Ardından istinaf mahkemesi bir kişinin ByLock kullanımını ortaya koyan delillerin ispatlayıcı değerini ele almış ve şuna karar vermiştir:

“ByLock sisteminin, örgütsel bir delil olup olmadığı veya örgütün kullanımında olan bir iletişim sistemi olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinden önce, bir iletişim sisteminin ne şekilde örgütsel bir iletişim sistemi olabileceğinin ortaya konulması gerekir.

Kişi mobil telefon cihazında veya bilgisayarında, özel bir iletişim ağına dâhil olarak bir program kullanılabilir. Ancak, bu iletişim ağının suç işlemek amacıyla oluşturulmuş ve münhasıran bir suç örgütünün mensupları tarafından kullanılmakta olan bir ağ olduğunu somut delillere dayanması halinde, kişinin, suç örgütünün mensupları tarafından kullanılmakta olan bir ağa bu özelliğini bilerek (kasten) dâhil olması ve hatta bu ağın iletişim için kullanılması, iletişim içerikleri tespit edilmese bile, suç örgütü ile bağlantısını gösterir bir delil olarak kabul etmek gerekir.

87. İstinaf mahkemesi, ByLock uygulamasının “özel bir sunucu üzerinden yalnız örgüt üyelerinin kullanabileceği özel bir yazılım olarak üretilen, özel bir şifreleme yöntemi kullanarak kendi aralarındaki iletişimini sağlayan bir program” olduğunu kaydetmiştir. Bu uygulamanın internette indirme, taşınabilir hafıza kartları, bluetooth uygulamaları vb. yöntemlerle kullanılmak istenilen telefona yüklenebildiği, istisnai olarak 2014 yılı başlarında bir süre herkesin yüklemesine açık olduğu, daha sonra ise ifadeler, mesaj ve maillerde geçtiği gibi, örgüt mensubu araçlar tarafından USB bellek, hafıza kartları ve bluetooth kullanılarak yüklemeler yapıldığını gözlemlemiştir. Programı indirmek mesajlaşma için yeterli değildir; mesajlaşmanın gerçekleşmesi için sistem tarafından kayıt olan kullanıcılara otomatik olarak atanan ve kullanıcıya özel olan ID (kimlik numarasının) bilinmesi ve karşı taraftan onay alınması gerekmektedir. Bu hususlar, örgütün hücre yapısı ile bağdaşmaktadır. Dahası, çözümleme işlemi tamamlanan mesajlaşma içeriklerinin tamamına yakını FETÖ/PDY unsurlarına ait örgütsel temas ve faaliyetler içerdiği ve örgüte ait jargonla örtüştüğü görülmüştür. Yukarıda belirtilen ve daha önce MİT ve Yargıtay tarafından ayrıntılı bir şekilde kaydedilen diğer unsurları (bk. sırasıyla aşağıdaki 115.-116. ve 158.-160. paragraflar) dayanak olarak alan istinaf mahkemesi, örgüt üyelerinin de beyan ettiği üzere ByLock uygulamasının global bir uygulama görüntüsü altında münhasıran FETÖ/PDY silahlı terör örgüyü mensuplarının kullanımına sunulduğunu ve 2014 yılının başından itibaren örgüt üyeleri tarafından kullanıldığını tespit etmiştir. Bu amaçla Yargıtayın 26 Eylül 2017 tarihli emsal kararını (bk. aşağıdaki 160. paragraf) yineleyen istinaf mahkemesi, şu şekilde karar vermiştir:

“ByLock iletişim sisteminde bağlantı tarihinin, bağlantıyı yapan IP adresinin, hangi tarihler arasında kaç kez bağlantı yapıldığının, haberleşmelerin kimlerle gerçekleştirildiğinin ve içeriğinin tespiti mümkündür. Bu kapsamda, bağlantı tarihi ve bağlantıyı yapan IP adresiyle hangi tarihler arasında kaç kez bağlantı yapıldığının

belirlenmesi durumunda, somut olayın koşullarına göre kişinin bu özel iletişim sisteminin bir parçası olduğu kabul edilecektir.

ByLock iletişim sisteminin FETÖ/PDY silahlı terör örgütü mensuplarının kullanmaları amacıyla oluşturulan ve münhasıran bu terör örgütünün bir kısım mensupları tarafından kullanılan bir ağ olması nedeniyle; örgüt talimatı ile bu ağa dâhil olduğunun ve gizliliği sağlamak için haberleşme amacıyla kullanıldığının, her türlü şüpheden uzak, kesin kanaate ulaştıracak teknik verilerle tespiti, kişinin örgütle bağlantısını gösteren bir delil olacaktır.

88. Başvuranın davasının olay ve olguları hususunda istinaf mahkemesi aşağıdaki tespitlerde bulunmuştur:

“Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanlığı ve Emniyet Genel Müdürlüğü KOM Daire Başkanlığından , sanığın kullandığı 0 537 545 63 95 numaralı GSM hattıyla ilgili getirtilen kayıtlar ve tüm dosya içeriği gözetilerek Adli Bilişim Uzmanı bilirkişiye rapor düzenlettirilmiştir, 29/06/2017 tarihinde sunulan raporun, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanlığı tarafından hazırlanan HTS kayıtları, Emniyet Genel Müdürlüğü KOM Şube Daire Başkanlığı tarafından hazırlanan Bylock değerlendirme ve tespit tutanakları ile dosya kapsamına uygun, ayrıntılı, karşılaştırmalı ve denetime açık olması nedeniyle benimsenerek hükme esas alınmıştır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 26/09/2017 gün ve 2017/956-370 sayılı ilamı ile hukuka uygun bulunan, Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 24/04/2017 gün ve 2015/3-2017/3 sayılı kararında ayrıntılı biçimde açıklandığı üzere; ByLock uygulaması global bir uygulama görüntüsü altında münhasıran FETÖ/PDY silahlı terör örgütü mensuplarının kullanmaları amacıyla oluşturulan ve münhasıran bu suç örgütünün bir kısım mensupları tarafından kullanılan bir ağ olması nedeniyle, örgüt talimatı ile bu ağa dahil olduğu ve gizliliği sağlamak amacıyla kullanıldığının, her türlü şüpheden uzak, kesin kanaate ulaştıracak teknik verilerle tespiti halinde, kişinin örgütle bağlantısını gösteren delil olacağı kabul edilmiştir.

Soruşturma sürecini yansıtan tutanak ve belgeler, Dairemiz tarafından istinaf yasa yolu aşamasında yapılan işlemler ile icra edilen duruşmalar ve tüm dosya içeriğine göre; sanığın adına kayıtlı ve uzun süredir kendi kullanımında olduğunu belirttiği 537 545 63 95 nolu GSM hattı 408783 ByLock ID (kullanıcı kimlik numarası) ile ByLock iletişim sisteminde kayıtlı olduğu, sanığın ilk kez 03/10/2015 tarihinde 353684061644870 imei nolu cihazla ByLock sistemine dahil olup, 23/10/2015 tarihine kadar 6 farklı günde 380

kez ByLock sunucuları/sistemlerine ait 46.166.164.181 nolu IP numarası ile iletişim kurduğu, gerek Emniyet Genel Müdürlüğü KOM Dairesi Başkanlığı tarafından ve gerekse Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanlığı tarafından yapılan tespitlerle belirlendiği ve anılan tespitlere ilişkin kayıtlar üzerinde Adli Bilişim Uzmanı tarafından hazırlanan 29/06/2017 tarihli bilirkişi raporunda da yapılan bağlantılar ve gerçekleştirilen iletişimler ayrıntılı biçimde açıklandığı, belirtilen tarih aralığını kapsayan dönemde sanığın yakın akrabalarının kullandığı GSM numaraları ile sıklıkla görüşme yaptığı, 0 537 545 63 95 numaralı GSM hattının sanık dışında bir başkası tarafından kullanılma olanağının bulunmadığı da anlaşılmakla;

Eğitim düzeyi, yaptığı görev nedeniyle edindiği bilgi, tecrübe ve konumu itibarıyla örgütün nihai amacını, Devlet kurumlarında ve silahlı kuvvetlerdeki yapılanmasını ve burada devletin her türden silahını elinde bulunduran örgüt mensuplarının gerektiğinde bu gücü örgütün amacı doğrultusunda kullanacaklarını bilmesi beklenen sanığın, FETÖ/PDY silahlı terör örgütü üyesi olduğu konusunda şüphe bulunmadığı, teknik özellikleri, indirilme ve kullanma yöntemi, kullanıcıları ve muhtevası itibarıyla sadece FETÖ/PDY silahlı terör örgütü mensuplarının kullanması amacıyla oluşturulan ve münhasıran bu suç örgüt mensupları tarafından kullanıldığı tespit edilen ByLock iletişim sistemine bu özelliğini bilerek (kasten) dahil olan ve birçok kez kullanan sanığın, inkara dayanan savunmalarına itibar edilmeyerek dosya içerisinde bulunan diğer delillerle birlikte FETÖ/PDY silahlı terör örgütüne üye olduğu sonucuna ulaşan ilk derece mahkemesinin değerlendirme, kabul ve uygulamasında bir isabetsizlik bulunmadığından. istinaf isteğinin reddine dair aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur.”

İlk derece mahkemesinin değerlendirme ve tespitlerinde hata yapmadığına karar veren Ankara Bölge Adliye Mahkemesi başvuranın istinaf başvurusunu reddetmiştir.

3. Başvuranın Ankara Bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtay kararlarına itirazları

89. Başvuran Ankara Bölge Adliye Mahkemesi kararına yönelik itirazında, temel olarak, ilk derece mahkemesinin kararına karşı gerçekleştirdiği önceki itirazında yer alan görüşlerini detaylandırmıştır. Bu bağlamda başvuran, yasal veya yasa dışı olarak FETÖ/PDY’nin herhangi bir faaliyetinde yer almadığını iddia etmiş ve söz konusu örgüte üyeliğinin açık,

kesin ve net deliller temelinde tespit edilmediğini ileri sürmüştür. Mahkemeler ayrıca, isnat edilen suçun başvuranın özel koşullarında nasıl bireyselleştirildiğini açıklayamamış ve başvuranın örgüt içindeki varsayılan konumunun kendisini yasal anlamda bir "üye" haline getirecek nitelikte ve kapsamda olup olmadığı, örgütle nasıl "organik bir bağ" içinde olduğu ve örgütün hiyerarşisinde nerede yer aldığı sorularını cevapsız bırakmıştır. Alt mahkemelerin kararlarında, örgütün amaçlarını silah kullanarak gerçekleştirme ve suç teşkil eden eylemlerde bulunma kararlılığının tam anlamıyla bilincinde olarak silahlı bir terör örgütüne üye olma niyetinin ne şekilde tespit edildiği hususunda da herhangi bir yorum yapılmamıştır. Başvuran bu temelde yerel mahkemelerin tespitlerinin olgusal temellerini ortaya koyamadıklarını ve gerekçelerinde deliller ve verilen hüküm arasında bir bağlantı kurulamadığını iddia etmiştir.

90. Mahkûmiyetinin belirleyici ölçüde ByLock uygulamasını kullandığı iddiasına dayandığını kaydeden başvuran, bu uygulamanın Şubat 2016'ya kadar herhangi bir referans veya ön izin gerekmeksizin çeşitli uygulama mağazalarından indirilebildiğine ve kamuya açık kaynaklara göre yaklaşık 600.000 kişi tarafından indirildiğine dikkat çekmiştir. Ayrıca, ByLock'un "örgütsel" karakterinin kanıtı olarak belirtilen teknik özelliklerin çoğu aslında diğer popüler mesajlaşma uygulamalarında da bulunmaktaydı.. Bu koşullar kapsamında böyle bir uygulamanın sadece kullanılmasının, tek başına silahlı terör örgütüne üyeliğin ispatı anlamına gelebileceğine karar vermek suçun maddi ve manevi unsurlarını göz ardı etmekle eşdeğer olacaktır; zira, bu suç ilke olarak cebir ve şiddet kullanımı içeren somut deliller gerektirmektedir. Başvuran bu bağlamda, Yargıtay'ın yerleşik içtihadına göre, silahlı terör örgütüne üye olma suçunun ancak örgütün hiyerarşisine bilinçli olarak katılarak, örgütün nihai amaç ve faaliyetlerini benimseyerek işlenebileceğini ve örgütle sürekli, çeşitlendirilmiş ve kesintisiz bir bağın yanı sıra örgütün sürekliliğini sağlamaya yönelik somut eylemler gerektirdiğini vurgulamıştır. Başvuranın davasında bu hususların hiçbiri gerçekleşmemiştir.

91. Başvuran, ByLock'un basitçe kullanılmasının silahlı bir terör örgütüne üyeliğin delili olarak değerlendirilmek için yetersiz olmasının yanı sıra, MİT'in ByLock verilerini elde etme ve işleme prosedürünün hukuka aykırı ve gizli olduğunu iddia etmiştir. İkinci hususla ilgili olarak, uygulamayı indiren yaklaşık 600.000 kişi arasından neden sadece 115.000 ByLock kullanıcısının teşhis edilerek takip edildiğinin belirsizliğini koruduğunu ileri sürmüştür. Bu belirsizlik, MİT'in adli makamlarla farklı tarihlerde toplam üç kullanıcı listesi paylaşmış olması ve üç listedeki kullanıcıların isimlerinin eşleşmemesi ile daha da artmıştır. Bununla birlikte, ilk listede yer alan bazı kişilerin neden diğer listelerde yer almadığına dair teknik bir açıklama yapılmamıştır.

92. Başvurana göre, ceza yargılamalarında kullanılacak delillerin doğruluğu ve bütünlüğü ancak usule ilişkin güvencelerle sağlanabilir. Bu nedenle, ceza soruşturmalarında elektronik delillerin toplanması, kanun koyucu tarafından CMK'nın 134. maddesi (bk. aşağıdaki 142. paragraf) kapsamında, her biri veri toplama prosedürünün şeffaflığını sağlayan ve denetime ve itiraza açık hale getiren bir dizi güvenceye tabi tutulmuştur. Ancak ByLock ile ilgili dijital verilerin toplanması, CMK'nın 134. maddesi kapsamında öngörülen güvencelerin hiçbirine tabi olmayan bir istihbarat toplama eylemi olmuştur. Ankara Sulh Ceza Hakimliğinin daha sonra 9 Aralık 2016 tarihinde MİT tarafından teslim edilen materyallerin incelenmesi için izin vermiş olması, özellikle de başvuranın sulh ceza hakiminin kararından üç ay önce ByLock kullanmaktan tutuklandığı göz önünde bulundurulduğunda, alt mahkemelerin iddia ettiği gibi bu delilleri geriye dönük olarak "yasallaştırmamıştır".

93. Başvuran ayrıca, MİT'in ilgili ByLock verilerini nasıl elde ettiği ve analiz ettiğine ilişkin teknik ayrıntıların, sürecin gizliliğini korumak amacıyla MİT teknik analiz raporunda açıklanmadığını, ancak MİT'in ilgili verileri toplaması ve kullanmasına ilişkin bu belirsizliğin, bunların gerçekliğini doğrulamayı neredeyse imkansız hale getirdiğini ileri sürmüştür. Sonrasında,

kolluk kuvvetleri tarafından hazırlanan ByLock raporları (yukarıdaki 27., 32., 34., 55. ve 78 paragraflarda belirtilmiştir) da benzer şekilde önemli açılardan eksikti, zira bu raporların kim tarafından ve hangi yetki ve kriterlere dayanarak hazırlandığı ve doğruluklarının teyit edilip edilmediği belirsizdi. Bu raporlarda ayrıca başvuranın ByLock uygulaması üzerinden kimlerle iletişim kurduğuna ve neden "turuncu" kullanıcı olarak sınıflandırıldığına dair herhangi bir bilgi sunulmamıştır. Başvuranın ByLock kullandığı iddiasına ilişkin açık, anlaşılır ve teknik olarak yeterli raporlar olmadığından, başvuran savunma haklarını etkin bir şekilde kullanamamıştır.

94. Başvuran aleyhinde kullanılan diğer delillerle ilgili olarak, sendika üyeliğinin silahlı bir terör örgütüne üyeliğin kanıtı olarak kullanılmasının, özellikle sendikanın yasa dışı faaliyette bulunduğu dair herhangi bir kanıt olmadığı göz önüne alındığında, örgütlenme özgürlüğünün ihlali anlamına geldiğini ileri sürmüştür. Ayrıca, başvuran Bank Asya ile ilgili suçlamaların da benzer şekilde dayanaksız olduğunu ileri sürmüştür. Söz konusu banka 24 Ekim 1996 tarihinde kurulmuş ve 23 Temmuz 2016 tarihinde faaliyet ruhsatının iptal edilmesine kadar ilgili yasal çerçeveye uygun bir şekilde faaliyet göstermiştir. Bu 20 yıllık süre zarfında herhangi bir noktada bankacılık faaliyetleri kısıtlanmamış veya yasaklanmamıştır ve bu banka ile olan hiçbir ilişkisi suç işleme niyetiyle gerçekleştirilmemiştir.

95. FETÖ/PDY'nin bir terör örgütü olarak sınıflandırılması hususunda başvuran, bu örgüt tarafından kamuoyuyla paylaşılan ifade ve görüşlerin Terörle Mücadele Kanununun 1. maddesinde listelenen eylemlerden herhangi birini işlemeye teşvik içermediğini ileri sürmüştür (bk. aşağıdaki 149. paragraf). Örgütün gizlice bu tür eylemlerde bulunması halinde, bu hususların kararda belirtilmesi gerekirdi.

96. Başvuran son olarak Yargıtay'ın yapısı ve oluşumundaki son değişiklikler ve 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin hakimlik teminatına aykırı olduğunu iddia ettiği 3. maddesi uyarınca Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun kararıyla hâkimlerin görevden alınabilmesi

nedeniyle yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığının zedelendiğini ileri sürmüştür (bk. aşağıdaki 151. paragraf).

97. Başvuran, ilk derece ve istinaf mahkemeleri önündeki yargılamaların sadece şekli bakımdan yürütüldüğünü ve daha ileri inceleme ve değerlendirme için yaptığı itirazların kabul edilmediğini ileri sürerek; Yargıtay'dan, diğerlerinin yanı sıra, MİT tarafından ByLock sunucusundan elde edilen log kayıtlarını ve bu verilerin değiştirilip değiştirilemeyeceği veya değiştirilip değiştirilmediği hususları da dahil olmak üzere, bu kayıt ve verilerin bağımsız bir bilirkişi tarafından incelenmesini talep etmiştir. Başvuran ayrıca Yargıtay'dan, ByLock üzerinden gerçekleştirdiği iddia edilen faaliyetlerinin, örneğin bu uygulama aracılığıyla iletişim kurduğu kişilerin isimleri ve örgütsel statülerinin ve bu görüşmelerin içeriğinin; özellikle de MİT teknik analiz raporuna göre toplam 17 milyon mesajdan 15 milyon mesajın deşifre edildiği göz önüne alındığında, tespit edilmesini talep etmiştir. Ayrıca, terör örgütüne ne zaman üye olduğu, kime rapor verdiği ve örgüt hiyerarşisinden aldığı talimatlar doğrultusunda hangi eylemleri gerçekleştirdiğine ilişkin soruşturmaların yürütülmesini talep etmiştir.

98. Yargıtay, 30 Ekim 2018 tarihinde, başvuranın mahkûmiyet kararını onamış, ancak daha fazla açıklama veya işlem yapılması yönündeki talepleri hakkında yorum yapmamıştır. Temyiz aşamasında alınan bilirkişi raporu ve dava dosyasının geri kalan içeriği ışığında, Yargıtay yargılamalar sırasında gerçekleştirilen tüm usuli işlemlerin hukuka uygun olduğuna ve mahkûmiyete dayanak teşkil eden delillerin hukuka aykırılığına ilişkin iddiaların gerekli şekilde değerlendirildiğine karar vermiştir. Dolayısıyla, Yargıtaya göre başvuranla ilgili olarak yapılan tespitler geçerli ve tutarlı verilere dayanmaktadır. Ayrıca, ilgili eylemler doğru bir şekilde sınıflandırılmış ve kanun kapsamında belirtilen suça uymuştur; ayrıca hüküm ve ceza kişiselleştirilmiş bir şekilde belirlenmiştir. Yargıtay ayrıca, temyiz mahkemesi kararının ayrıntılı bir ByLock tespit ve değerlendirme raporunun sunulması beklenmeden verilmesinin sonucu etkilemediğini tespit etmiştir (7

Ekim 2020’de hazırlanan bu ayrıntılı tespit ve değerlendirme raporuna ilişkin olarak aşağıdaki 107. paragrafta bakınız).

4. Anayasa Mahkemesi önündeki süreç

99. 13 Aralık 2018 tarihinde Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruda bulunan başvuran, temel olarak ceza yargılamaları sırasında ileri sürdüğü argümanları ve Sözleşme’nin 6, 7, 8 ve 11. maddeleri kapsamında daha sonra Mahkeme önüne getirdiği şikâyetleri dile getirmiştir. Başvuran, bir kez daha, ByLock verilerinin toplanmasındaki ve ceza yargılamasında delil olarak kullanılmasındaki usulsüzlüklere dikkat çekmiştir; bu durum delillerin değerlendirilmesinde mahkemelerin takdir yetkisini keyfi olarak kullanma anlamına geldiğini ve çekişmeli yargılama hakkı, silahların eşitliği ve gerekçeli karar hakkı gibi bazı usuli hakların da ihlal edilmesine neden olduğunu ileri sürmüştür. Özellikle, mahkemelerin Bylock delillerine ilişkin değerlendirmesinin, maddi olgulara ters düştüğünü iddia etmiştir. Bu bağlamda, yalnızca Bylock kullanılması nedeniyle FETÖ/PDY üyeliğinden verilen mahkumiyet kararlarının, uygulamanın münhasıran söz konusu örgüt üyeleri tarafından kullanıldığı varsayımına dayandırıldığını kaydetmiştir. Ancak, kamuya açık rakamlarda, uygulamanın yaklaşık 600.000 kişi tarafından indirildiği ortaya konulmuş ve MİT teknik analiz raporunda ilk olarak 215.093 Bylock kullanıcısının tespit edildiği, ancak aynı MİT raporunda yer alan kullanıcı kimlik numaralarının 493.000’e kadar çıktığı belirtilmiştir. Başvuran “münhasıran kullanım” argümanının bu koşullar kapsamında savunulabilir olmadığını ileri sürmüştür.

100. Ayrıca mahkemeler başvuruları mahkum ederken, MİT, BTK ve emniyet gibi hükümetin yürütme organı kapsamında faaliyet gösteren makamlar tarafından hazırlanan raporlara, bu raporlarda yer alan tespitlerin doğru olup olmadığını doğrudan incelemeyen veya tartışmadan veya bunları tarafsız ve bağımsız bir uzman incelemesine tabi tutmadan, koşulsuz olarak dayanmışlardır. Savcılığın elindeki veriler de, CMK’nın 134. maddesi

kapsamındaki koşullar göz ardı edilerek kendisiyle paylaşılmamış ve bu durum savunma ile iddia makamı arasında bir eşitsizlik yaratmıştır. Başvuran, söz konusu verilere erişiminin, bu verilerin gerçekliği ve bütünlüğü hakkında yorum yapabilmesi ve mahkemelerin kararlarını etkilemek amacıyla "münhasıran kullanım" argümanına itiraz edebilmesi bakımından zorunlu olduğunu iddia etmiştir. Bu koşullar kapsamında, başvuranın masumiyetini kanıtlama imkanı kesin olarak elinden alınmıştır.

101. Başvuran ayrıca, mahkemelerin ByLock verilerinin ancak Ankara 4. Sulh Ceza Hakimliği tarafından 9 Aralık 2016 tarihinde verilen izin ardından adli makamlar tarafından kabul edildiği ve incelendiği anlayışıyla hareket etmelerine rağmen, gerçekte verilerin işlendiğini ve ByLock'un münhasıran FETÖ/PDY üyeleri tarafından kullanıldığı iddiasının ve verilerinin kanıt değerinin bu tarihten çok önce belirlendiğini vurgulamıştır. Bu bağlamda, başvuran dönemin Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Başkan Vekili tarafından 5 Ekim 2016 tarihinde yapılan basın açıklaması da dâhil olmak üzere, 9 Aralık 2016 tarihinden önceki iddianamelere ve resmi yazışmalara atıfta bulunmuştur. HSYK Başkan Vekili aşağıdaki açıklamalarda bulunmuştur: "ByLock örgütün haberleşme yazılımıdır ve en güçlü delilimizdir. ByLock'un örgüt üyeleri dışındaki kişiler tarafından kullanılacak bir program olmadığı açıktır...".

102. Başvuran ayrıca, 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 6 § 1 (d) maddesi ile getirilen kısıtlamaların bir sonucu olarak, avukatıyla yaptığı tüm görüşmelerin bir cezaevi görevlisinin huzurunda yapıldığını veya kayıt altına alındığını, bu durumun ise Sözleşme'nin 6 § 3 (c) maddesi anlamında avukat yardımından yararlanma hakkının özünü ortadan kaldırdığını ileri sürmüştür.

103. Başvuran ayrıca, genel olarak, özellikle de hakimlik teminatı ilkesinin sistematik olarak göz ardı edilmesi nedeniyle Türk mahkemelerinin bağımsızlık ve tarafsızlıktan yoksun olmasından şikâyetçi olmuştur.

104. Başvuran, Sözleşme'nin 7. maddesi anlamında mahkûmiyetinin hukuka aykırılığına ilişkin şikâyetleriyle ilgili olarak, daha önce yasal olan "Gülen hareketinin" yasa dışı silahlı terör örgütü "FETÖ/PDY" haline geldiğine dair gerekli "bilgiyi" ne zaman edindiğinin tespit edilmesinin önemini bir kez daha vurgulamıştır. Bu bağlamda, bu örgüte atfedilen ilk şiddet eyleminin 15 Temmuz 2016 tarihli darbe girişimi olduğunun altını çizmiş ve FETÖ/PDY'nin "terörist" niteliğine ilişkin bilgisinin mevcut olmamasının, silahlı terör örgütüne üyelik suçu için gereken özel kastın tespit edilmesini engelleyeceğini iddia etmiştir.

105. Başvuran son olarak, yukarıda belirtilen itiraz ve argümanlarının mahkemeler tarafından usulüne uygun gerekçeli kararlarda değerlendirilmediğini ve bu durumun da adil yargılanma hakkının ihlali anlamına geldiğini eklemiştir.

106. Anayasa Mahkemesi 26 Kasım 2019 tarihinde başvuranın bireysel başvurusunu özetle kabul edilemez olduğu gerekçesiyle reddetmiş, başvuranın şikâyetlerinin açıkça dayanaktan yoksun olduğunu ve diğer kabul edilebilirlik koşullarını karşılamadığını tespit etmiştir.

5. Daha sonraki gelişmeler

107. KOM 7 Ekim 2020 tarihinde, başvuranın ByLock kullanıcı profiline ilişkin olarak, kullanıcı kimlik numarası (408783), kullanıcı adı ve şifresi ile son bağlantı tarihini (31 Ocak 2016) içeren ayrıntılı "Tespit ve Değerlendirme Tutanağını" hazırlamıştır. Raporda yapılan değerlendirmede, 408783 kullanıcı numarasının ByLock uygulamasında altı bağlantısı olduğu, uygulama üzerinden 20 Haziran 2015 tarihinde bir öğretmene "Merhaba, ben Yüksel Yalçinkaya" şeklinde bir mesaj gönderdiği ve 18 Şubat 2016 tarihinde başka bir öğretmenden "Merhaba öğretmenim" şeklinde bir mesaj aldığı belirtilmiştir. Diğerlerinin yanı sıra, 408783 kullanıcı numarasına gönderilen ve çoğunlukla "Gülen hareketinin" karşılaştığı zorlukları öven ve bunlara atıfta bulunan, para (himmet) toplanmasını teşvik eden veya Peygamber

Muhammed'in sözlerine veya ahlaki veya dini anekdotlara atıfta bulunarak Hükümeti eleştiren bir dizi e-posta mesajı da rapora eklenmiştir.

III. TARAFLARCA İBRAZ EDİLEN DİĞER MATERYALLER

A. Milli Güvenlik Kurulu kararlarının ardından çıkarılan basın açıklamaları

108. Şubat 2014 ve Ekim 2015 tarihleri arasında gerçekleşen toplantıların sona ermesinin ardından çıkarılan basın açıklamalarında Milli Güvenlik Kurulu, FETÖ/PDY'nin Türkiye'nin ulusal güvenliğine yönelik tehditlerden birisi olduğunu not etmiştir ve bu örgüt için aşağıdaki ifadeleri kullanmıştır:

- “halkımızın huzurunu ve ulusal güvenliğimizi tehdit eden yapılanmalar” (26 Şubat ve 30 Nisan 2014);
- “devlet içindeki illegal yapılanmalar” (26 Haziran 2014);
- “milli güvenliğimizi tehdit eden ve kamu düzenini bozan iç ve dış legal görünüm altında illegal faaliyet yürüten paralel yapılanmalar ve illegal oluşumlar” (30 Ekim 2014);
- “paralel devlet yapılanması ve illegal oluşumlar” (30 Aralık 2014);
- “paralel devlet yapılanması ve legal görünüm altında faaliyet gösteren illegal oluşumlar” (26 Şubat 2015);
- “milli güvenliği tehdit eden paralel devlet yapılanması ve illegal oluşumlar” (29 Nisan ve 29 Haziran 2015);
- “paralel devlet yapılanması ... kanun dışı faaliyet gösteren” (2 Eylül 2015);
- “milli güvenliğimizi tehdit eden ve terör örgütleriyle iş birliği içerisinde hareket eden paralel devlet yapılanması” (21 Ekim 2015).

109. 18 Aralık 2015 tarihinde gerçekleştirilen toplantının ardından çıkarılan basın açıklamasında şu ifadelere yer verilmiştir:

“Paralel devlet yapılanmasıyla yurt içinde ve yurt dışında sürdürülmekte olan mücadelenin kararlılıkla devam ettirileceği teyit edilmiştir.

...

Dinî, mezhebî, etnik kavram ve hassasiyetleri istismar eden tüm terör örgütleri ve bunlara destek veren odaklarla ... ayrım gözetilmeksizin mücadeleye devam edileceği belirtilmiştir.

110. 27 Ocak 2016 tarihinde gerçekleştirilen toplantının ardından çıkarılan basın açıklamasında şu ifadeler yer verilmiştir:

“... Bu çerçevede; millî güvenliğimize yönelik iç ve dış tehditler ile bölücü terör örgütüne, paralel devlet yapılanmasına ve Deaş’e karşı yurt içinde ve yurt dışında sürdürülen mücadele etraflıca değerlendirilmiştir.

Kimden ve nereden kaynaklanırsa kaynaklansın, terörün her türü bertaraf edilene kadar, kararlı ve ilkeli şekilde mücadeleye devam edileceği belirtilmiştir.”

111. 24 Mart 2016 tarihinde gerçekleştirilen toplantının ardından çıkarılan basın açıklamasında şu ifadeler yer verilmiştir:

“... Bu çerçevede; millî güvenliğimize yönelen iç ve dış tehditler ile terör ve teröristle mücadele çalışmaları değerlendirilmiş, paralel devlet yapılanmasına karşı alınan tedbirlerin uygulanması üzerinde durulmuştur.”

112. Milli Güvenlik Kurulu, darbe girişiminden önceki son toplantısının ardından 26 Mayıs 2016 tarihinde yayınladığı bildiride aşağıdakilere yer vermiştir:

“Vatandaşlarımızın huzur ve güvenliği ile kamu düzeninin sağlanması amacıyla yürütülen faaliyetler, terör ve teröristle mücadelede geline aşama, millî güvenliğimizi tehdit eden ve bir terör örgütü olan paralel devlet yapılanmasına karşı alınan tedbirler görüşülmüştür.”

113. Darbe teşebbüsünün ardından 20 Temmuz 2016 tarihinde gerçekleşen ilk toplantısında Milli Güvenlik Kurulu, teşebbüsün Türk Silahlı Kuvvetlerinde görev yapan FETÖ/PDY üyeleri tarafından gerçekleştirildiğini ifade etmiştir.

B. ByLock bilirkişi raporları

1. Hükümet tarafından sunulan bilirkişi raporları

(a) MİT tarafından hazırlanan “Teknik Analiz Raporu”

114. Yukarıda 21. paragrafta bahsedildiği üzere, 2016 yılının başlarında MİT ByLock sunucularının veri tabanına erişim sağlamıştır. Sunuculardan elde edilen dijital verilerin analiz edilmesinin ardından MİT 88 sayfalık bir teknik analiz raporu hazırlamıştır ve 24 Ekim 2016 tarihinde bu raporu “ilgili kurumlarla” paylaşmıştır.

115. Rapora göre, ilgili materyale erişim sağladıktan sonra MİT uygulamanın teknik tasarımı, işleyişi, benzer fonksiyonları sağlayan diğer uygulamalarla benzerlikleri ve bunlardan farklılıkları ve şifreli kullanıcı profilleri gibi konularda hem mobil uygulamanın kendisi hem de uygulama sunucuları üzerinde teknik analizler gerçekleştirmiştir. Özetle, MİT’in ByLock uygulamasına ilişkin temel tespitleri aşağıdaki gibidir:

-ByLock ilk olarak, Google Play’de 2014 yılının başlarında kullanıma sunulmuş ve 2016 yılının ilk aylarına kadar çeşitli versiyonlarla burada kalmıştır ve bu süre boyunca 100.000’den fazla indirilmiştir.

- Uygulamada hepsi kriptolu olmak üzere anlık mesajlaşma, sesli görüşme, grup mesajlaşmaları, dosya paylaşımı ve e-posta iletimi özellikleri mevcuttur.

- İndirme işleminin ardından, bir kullanıcı adı/kullanıcı kodu ve kriptolu bir şifre oluşturulmaktadır; bu bilgiler, kullanıcının bilgilerini ve iletişim güvenliğini korumak amacıyla uygulamanın sunucularına kriptolu bir şekilde iletilmektedir;

- Sunucu üzerinde 215,092 adet kayıtlı kullanıcı tespit edilmiştir;

-ByLock kullanıcı hesabı oluşturulurken herhangi bir kişisel bilgi talep edilmemekte ve diğer global ve ticari uygulamalardan farklı olarak “SMS” mesajı ya da arama aracılığıyla yapılanlar gibi bir doğrulama sistemi bulunmamaktaydı, böylelikle anonimiteyi sağlamak ve kullanıcıların tespit edilmesini zorlaştırmak hedeflenmiştir;

- Diğer kullanıcılarla iletişime geçmek için sisteme kayıt olmak yeterli değildi ve kullanıcıları isimleriyle aratıp eklemek mümkün değildi; bireyler sadece birbirinin kullanıcı adlarını/kodlarını ekledikten sonra iletişime geçebilmekteydi, bu da uygulamanın sadece örgütün hücre tipi örgütlenme yapısına uyan iletişimlere müsaade edecek şekilde tasarlandığını göstermektedir.

- Benzer mesajlaşma uygulamalarında bulunan telefon rehberindeki kişilerin uygulamaya otomatik olarak eklenmesi özelliği ByLock'ta bulunmamaktadır.

- Uygulamanın Google Play ve Apple uygulama mağazalarından kaldırılmasının ardından ByLock hala APK⁴ indirme sitelerinden indirilebilmekteydi ve bu sitelerdeki verilere göre uygulama 500.000 - 1 milyon kez indirilmiştir; bu sayıların doğrulunu teyit etmek mümkün olmasa da (i) insanların uygulamayı silip tekrar yüklemiş olma ihtimali (ii) kullanıcı hesabı oluşturmadan uygulamayı indirmiş olma ihtimali ve (iii) uygulamayı birden çok cihaza indirmiş olma ihtimali göz önünde bulundurulduğunda söz konusu indirme sayıları uygulama sunucusu üzerinde tespit edilen 215.092 adet kullanıcı sayısı ile uyumsuz değildir.

- İstatistiksel olarak bakıldığında, darbe girişimi öncesinde uygulamanın kamu tarafından hatta alandaki uzmanlar tarafından çok bilinmemesine rağmen Türkiye'de ByLock'un kullanımına ilişkin sayılar diğer ülkelerin toplamından çok daha yüksekti ve bu durum da uygulamanın amacına yönelik olarak önemli bir bakış açısı kazandırmaktadır;

- Twitter'da 15 Temmuz 2016 tarihi öncesinde "ByLock" uygulamasına ilişkin paylaşımlarda bulunan kullanıcıların büyük çoğunluğunun FETÖ/PDY lehine paylaşımlarda bulunduğu görülmüştür ve bu durum, söz konusu kullanıcıların FETÖ/PDY'ye müzahir şahıslar olduklarını ve

4. "Android Paket Kiti" (Android Package Kit) olarak ifade edilen "APK", Android işletim sisteminde kullanılan uygulamaların dosya formatıdır.

kamuoyuna yansımından önce uygulamayı bildiklerini ve kullandıklarını göstermiştir; Ayrıca, ByLock'la ilgili olarak İnternet üzerinden yapılan yayınların çoğu FETÖ/PDY lehine yayınlar yapan sahte hesaplar üzerinden yapılmıştır;

- Uygulama ağırlıklı olarak "46.166.160.137" IP numaralı sunucu üzerinden hizmet verirken, kullanıcıların tespitini zorlaştırmak amacıyla sekiz ek IP adresi daha kiralanmıştır;

- Sistem yöneticisi tarafından 15 Kasım 2014 tarihinde uygulamanın web sitesinde yayınlanan bir duyurudan (İngilizce) anlaşıldığı üzere, tamamı Türkiye kaynaklı bazı IP aralıklarının erişimi engellenmiştir; Yönetici bu engelin kayıtlı kullanıcı sayısının çok yükselmesi (o aşamada bir milyona ulaştığı görülmekte) ve ilgili IP aralıklarından yapıldığı tespit edilen kötü niyetli bağlantılarla başa çıkmak için bir önlem olarak uygulandığını açıklarken MİT raporunda asıl amacın Türkiye'deki kullanıcıları VPN ("Sanal Özel Ağ") üzerinden bağlanmaya zorlayarak kimliklerinin tespit edilmesini engellemek olduğu iddia edilmiştir;

- ByLock ile ilgili "Google" aramalarının neredeyse tamamı Türkiye'deki kullanıcılar tarafından gerçekleştirilmiş ve Türk IP adreslerinin uygulamaya erişiminin engellenmesinin ardından Google arama motorunda "ByLock" aramaları önemli ölçüde artmıştır;

- Uygulamanın geliştiricisi ve yayıncısının önceki çalışmalarına ilişkin mesleki referansları bulunmamaktaydı ve benzer mesajlaşma uygulamalarının aksine, uygulama ticari olarak tanıtılmamış, kullanıcı tabanını artırmak veya ticari değer kazandırmak için herhangi bir çaba sarf edilmemiştir; ByLock'un amacı daha ziyade anonimliğe vurgu yaparak kullanıcı sayısını sınırlamaktır. Dahası, uygulamanın sürdürülmesi için yapılan ödemelerin - sunucu ve IP adreslerinin kiralanması gibi - anonim niteliği, arkasındaki girişimin kurumsal ve ticari nitelikte olmadığını doğrulamıştır;

- ByLock uygulamasının geliştiricisi, genellikle ticari mesajlaşma uygulamaları tarafından kullanılan otorite imzalı bir SSL sertifikasını⁵ tercih etmek yerine, iddiaya göre diğer tarafların kullanıcı bilgilerini ele geçirmesini önlemek için "David Keynes" adı altında oluşturulan self-signed bir SSL sertifikası kullanmıştır;

- Uygulama cihazlarda depolanan mesajları ve diğer içerikleri otomatik olarak silme özelliğine sahipti; bu da kullanıcı risk içeren herhangi bir iletişim içeriğini silmeyi ihmal etse bile iletişimin gizliliğini sağlamaktaydı;

- Tüm sunucu ve iletişim verilerinin uygulamanın veri tabanında şifrelenmiş biçimde saklanması, kullanıcı kimliğinin belirlenmesini önlemek ve iletişimi güvence altına almak için ek bir güvenlik katmanı eklemiştir;

- ByLock kullanıcıları kimliklerini gizlemek için uzun şifreler kullanmak, uygulamayı çeşitli uygulama mağazaları yerine manuel olarak indirmek ve mesajlarda ve kişi listelerinde örgütteki kod adlarını kullanmak gibi başka adımlar da atmışlardır;

- Diğer mesajlaşma uygulamaları günlük ve rutin iletişim için kullanılırken, ByLock üzerindeki iletişim ağının ve gönderilen mesajların içeriğinin incelenmesi, ByLock'un örgütsel amaçlarla kullanıldığını ortaya koymuştur: deşifre edilen içeriğin neredeyse tamamı - yani ele geçirilen 17 milyon mesajın yaklaşık 15 milyonu ve ele geçirilen 3 milyon e-postanın 2 milyonu - örgüte özgü jargonun kullanıldığı FETÖ/PDY ile ilgili örgütsel temas ve faaliyetlerle ilgilidir;

- Uygulamanın kaynak kodunda Türkçe bazı ifadeler yer almakta ve deşifre edilen kullanıcı adları, grup adları ve şifrelerin büyük çoğunluğunun ve deşifre edilen içeriğin neredeyse tamamının Türkçe olduğu tespit edilmiştir.

5. Dijital sertifikalar olarak da adlandırılan Secure Sockets Layer (SSL) sertifikaları, bilgisayar ve sunucu arasındaki bağlantıyı güçlü bir şifreleme kullanarak güvenli hale getirmek için kullanılır.

116. Rapor, bir bütün olarak ele alındığında, yukarıdaki faktörlerin ByLock'un küresel bir uygulama kisvesi altında FETÖ/PDY üyelerinin özel kullanımı için bir mesajlaşma sistemi olarak hizmet sunduğuna işaret ettiği sonucuna varmıştır ve bu sonuç, darbe girişiminden sonra yürütülen soruşturmalarda örgüt üyesi olduğu düşünülen birkaç kişiden alınan ifadelerle desteklenmiştir.

(b) KOM tarafından hazırlanan "Örgüt İçi Haberleşme Uygulaması Analiz Raporu"

117. 2 Nisan 2020 tarihli bu rapor, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının talebi üzerine KOM tarafından hazırlanmıştır. Raporda MİT raporundaki bulgular büyük ölçüde yinelenirken şu tespitlere de yer verilmiştir:

- Uygulamanın tüm sürümleri çeşitli uygulama mağazalarında ve web sitelerinde mevcut olmasına rağmen, örgüt üyelerinden ByLock uygulamasını USB belleklerden veya Bluetooth aracılığıyla indirmeleri istenmiş, böylece örgütsel gizliliğin sağlanması amaçlanmıştır;
- ByLock uygulaması, indirildiği cihazlarda daha yaygın kullanılan diğer uygulamaların simgelerinin kullanılmasıyla gizlenebilmekteydi;
- Uygulama ücretsiz olarak indirilebilse de, uygulamayı kullanabilmek için örgüt tarafından sağlanan ve örgüt dışında kimseyle paylaşılmayacak olan daha fazla operasyonel bilgi gerekmektedir; dolayısıyla, örgüte üye olmayan birinin ByLock uygulamasını kullanması fiziksel olarak imkansızdı;
- Uygulamanın 53'ü tespit edilmiş olan ilk 100 kullanıcısı üzerinde yapılan bir inceleme, uygulamanın örgüt üyeleri tarafından geliştirildiğini ve örgüt üyeleri için kullanıma sunulduğunu göstermiştir: örneğin ID 3 kullanıcısı Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumunda ("TÜBİTAK") çalışan bir bilgisayar mühendisiydi ve ByLock kullanımı dışındaki kanıtlar temelinde FETÖ/PDY üyesi olmakla suçlanmıştır; ID 49 kullanıcısı F. Gülen'in özel sekreteriydi; ve tespit edilen bu 53 kullanıcıdan 15'i yasadışı

telefon dinleme suçundan yargılanan, emniyet istihbarat servisinde çalışan eski polis memurlarıydı;

- ByLock içeriklerinin ve kullanıcı bilgilerinin incelenmesi sonucunda, FETÖ/PDY'nin üst düzey yöneticisi olduğu tespit edilen 175 kişinin, "Ergenekon" (bk., bu yargılamalara ilişkin daha fazla ayrıntı için, *Perinçek / İsviçre* [BD], no. 27510/08, § 27, AİHM 2015 (alıntılar), ve burada alıntılanan davalar, ve *Eminağaoğlu / Türkiye*, no. 76521/12, § 6, 9 Mart 2021), "Balyoz" ve "Askeri Casusluk" (bk. *Ahmet Hüsrev Altan / Türkiye*, no. 13252/17, §§ 5-8, 29 ve 56, 13 Nisan 2021, ve bu soruşturma ve yargılamalara ilişkin olarak burada alıntılanan davalar) olarak adlandırılan soruşturma ve kovuşturmalarda görev alan hâkimlerden 52'sinin, ve emniyet teşkilatı içindeki gizli yapılanmaya dâhil oldukları gerekçesiyle haklarında suçlamalar bulunan 8.723 kişiden 5.922'sinin ByLock kullanıcısı olduğu ortaya çıkmıştır;

- Uygulamadan örgüt hakkında elde edilen bilgiler diğer kaynaklardan toplanan bilgilerle tutarlıdır;

- ByLock kişilerinin aile üyeleri veya sosyal çevredeki tanıdıklardan ve arkadaş gruplarından ziyade kullanıcıların örgütsel ağlarından oluşması, uygulama üzerinden örgütsel hiyerarşinin tespit edildiğini göstermektedir.

118. Yukarıda belirtilenler ve mevcut diğer tüm bilgiler ışığında, raporda ByLock'un yalnızca FETÖ/PDY üyelerinin kullanımı için tasarlanmış bir iletişim aracı olduğu, kullanıcıların kimliğinin belirlenmesini önlemek için önlemler alındığı ve örgüt dışından kimsenin erişimine açık olmadığı sonucuna varılmıştır.

119. Ayrıca rapor ByLock kullanıcı listelerinin yetkililer tarafından nasıl hazırlandığına dair daha fazla bilgi sağlamıştır. İlk aşamada MİT, elde ettiği ham log verilerine dayanarak ByLock sunucusunun kullandığı dokuz farklı IP adresini tespit etmiştir ve bunların doğruluğu Emniyet Genel Müdürlüğü Siber Suçlarla Mücadele Daire Başkanlığı tarafından teyit edilmiştir.

CGNAT verileri⁶ olarak da adlandırılan ve ilgili yasal çerçeve uyarınca hizmet sağlayıcılar tarafından depolanan internet trafiği verileri, ByLock sunucusunun dokuz IP adresine Türkiye’den bağlanan IP adreslerini tespit etmek amacıyla incelenmiştir, ancak bu şekilde elde edilen kullanıcı bilgileri, VPN aracılığıyla bağlanma zorunluluğundan önce yapılan bağlantılarla veya VPN bağlantısının anlık olarak devre dışı bırakıldığı durumlarla sınırlı kalmıştır. Bu şekilde tespit edilen IP adresleri daha sonra ilgili GSM ve ADSL aboneleriyle eşleştirilmiştir. MİT 16 Aralık 2016 tarihinde Kullanıcı listesinin ilk versiyonunu Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına iletmıştır. Mevcut verilerin daha detaylı analiz edilmesinin ardından MİT güncellenmiş bir liste hazırlamıştır ve 24 Mart 2017 tarihinde yetkililerle paylaşmıştır. Daha sonra 129.862 kullanıcıya ait bilgileri içeren bu liste, BTK’nın 19 Nisan 2017 tarihi itibarıyla hizmet sağlayıcılardan temin ettiği CGNAT verileri kullanılarak doğrulanmış ve ByLock kullanıcı listesi hazırlanmıştır. Ardından, 28 Aralık 2017 tarihinde Mor Beyin olarak bilinen bir tuzak uygulaması aracılığıyla farkında olmadan ByLock sunucusuna yönlendirildiği tespit edilen 11.480 kişi ByLock kullanıcı listesinden çıkarılmıştır (*Mor Beyin* ile ilgili ayrıntılı bilgi için, bk. *Taner Kılıç / Türkiye* (no. 2), no. 208/18, § 36, 31 Mayıs 2022).

120. KOM yetkilileri, 22 Mayıs 2020 tarihinde hazırladıkları bir ek raporda, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yöneltilen bazı spesifik sorulara yanıt vermiştir. ByLock verilerinin bütünlüğünü sağlamak ve manipülasyonunu önlemek için alınan tedbirlere yönelik bir soruya cevap olarak ByLock verilerinin iki farklı kaynaktan elde edildiği tekrarlanmıştır: (i) MİT’in ByLock sunucusundan elde ettiği ham log verileri; ve (ii) ByLock IP’lerine Türkiye’den yapılan bağlantıları gösteren (İnternet trafik bilgilerini içeren) CGNAT verileri. İlk veri seti bir disk görüntüleme

6 "CGNAT" verileri, bir hedef IP adresine yapılan bağlantılar hakkında bağlantının tarihi, sıklığı ve bağlantının yapıldığı IP adresi gibi bilgiler sağlamaktadır.

işlemine tabi tutulmuş ve hash değeri hesaplanmıştır; veriler yargı makamları tarafından bir kasada tutulmaktadır ve bu nedenle değiştirilmeleri mümkün değildir. CGNAT verileri ise değiştirilemeyen veya bozulamayan uluslararası düzeyde kayıtlı verilerdir.

121. Bireysel bir ByLock kullanıcısına sadece kendisine ait dijital (ham) ByLock verilerinin verilip verilemeyeceğine ilişkin bir başka soruya yanıt olarak raporda ham verilerin işlenmeden kullanıcı kimliği temelinde ayıklanmasının mümkün olmadığı açıklanmıştır. Ham ByLock verileri bir veri tabanı üzerinde ayrı tablolar altında kategorize edilmiştir ve belirli bir bireye ait bilgiler bir arayüz kullanılarak bu tablolardan ilgili verilerin çıkarılmasının ardından elde edilmiştir. Bu şekilde elde edilen bilgiler, "ByLock Sonuçları ve Değerlendirme Raporu" şeklinde her bireyin dava dosyasına dâhil edilmiştir. Aksi takdirde, ham veriler birçok başka şüpheliyle ilgili bilgileri de içerdiğinden ham verileri bütünüyle herhangi bir şüpheliyle paylaşmak mümkün olmazdı.

122. Ayrıca bu ek raporda ByLock'un sadece indirilmesi gerekçesiyle herhangi bir kovuşturma yapılmadığı ve her davada ByLock'un fiilen kullanıldığına dair kanıt gerektiği ifade edilmiştir.

(c) Bağımsız siber güvenlik uzmanları tarafından hazırlanan "ByLock uygulamasına ilişkin Uzman Raporu"

123. Yetkililer tarafından görevlendirilen bir grup siber güvenlik uzmanı 10 Temmuz 2020 tarihinde açık kaynaklardan ve yukarıda atıfta bulunulan MİT ve KOM tarafından hazırlanan raporlardan elde edilen bilgilere dayanarak ByLock uygulaması hakkında bir bilirkişi raporu hazırlamıştır. Bilirkişi raporu temelde daha önceki raporlarda yer alan tespitleri tekrarlarlarken bazı kısımlarda gözlemlere de yer vermiştir (bu raporun daha ayrıntılı bir açıklaması için bk. yukarıda anılan Akgün, § 57).

124. Bu bağlamda, söz konusu raporda ByLock uygulamasının gelişmiş şifreleme yöntemleri kullandığı ve kolluk kuvvetleri tarafından tespit

edilebilecek dijital parmak izi bırakmadan haberleşmeye imkan tanıyan, anonimlik odaklı bir mesajlaşma uygulaması olduğu not edilmiştir. Tüm mesajların sunucuda şifreli bir şekilde saklanması ve kişi eklemek için özel bir prosedürün bulunması gibi bazı özellikleri ByLock’un diğer mesajlaşma uygulamalarından farklı olarak tasarlandığına ve kamuya değil, belirli bir amaca hizmet etmeyi hedeflediğine işaret etmiştir.

125. Raporda, ayrıca, ByLock sunucusuyla istemsiz bağlantılar kurmak için kullanılan bazı “tuzak” uygulamaların (yukarıda 119.paragrafta belirtildiği gibi) tespit edildiği belirtilmiştir. Teknik inceleme sonucunda, bu tür istemsiz bağlantılara ilişkin CGNAT verilerinin, ByLock sunucusuyla yapılan olağan bir bağlantının ardından oluşan verilerden ayırt edilebileceği görülmüştür.

126. Raporda, aynı zamanda, Google arama motorunda ByLock ile ilgili olarak yapılan aramalar hakkında Google Trends servisinden elde edilen bilgilere göre, Eylül 2014 ile Şubat 2016 tarihleri arasında neredeyse hiç arama yapılmadığı vurgulanmıştır. ByLock uygulamasının diğer mesajlaşma uygulamalarından çok farklı biçimde çalıştığı dikkate alındığında, çevrimiçi arama yapılmamış olmasının, söz konusu uygulamanın belirli bir grup tarafından kullanılmış olduğunu, bu gruptaki kişilerin uygulamanın nasıl çalıştığı konusunda ayrıntılı bilgi sahibi olduklarını ve bu bilgileri kullanıcı adaylarıyla paylaştıklarını gösterdiği belirtilmiştir.

127. Son olarak, raporda, ByLock uygulamasının kullanıcı sayısı ile ilgili olarak, MİT raporunda yer alan “215.092” sayısının gerçek kullanıcı sayısını değil, uygulamaya kayıt olan kişi sayısını gösterdiği hususu açıklanmıştır.

(d) IntaForensics tarafından hazırlanan “Teknik Rapor”

128. Merkezi Birleşik Krallık’ta bulunan adli bilişim ve siber güvenlik danışmanlık servisi IntaForensics, Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığının talebi üzerine, ByLock uygulamasıyla ilgili olarak 21 Ağustos 2020 tarihli bir

adli inceleme raporu ve teknik rapor hazırlamıştır (raporla ilgili daha fazla bilgi için, bk. yukarıda anılan *Akgün*, § 58).

129. İçerik açısından yukarıda özetlenen raporlarla son derece benzerlik taşıyan bu raporda, ByLock uygulaması, genel uygulama mağazalarında yayınlanmış olsa da, tüm niyet ve amaçlar bakımından bu uygulamaya olan ilginin Türkiye ile sınırlı olduğu belirtilmiştir. Ayrıca, raporda, diğer mesajlaşma uygulamalarından farklı özelliklere sahip olduğu dikkate alındığında, ByLock uygulaması için güvenlik kadar anonimlik hususunun da uygulamanın temel amaçlarından biri olduğunun görüldüğü ifade edilmiştir.

130. Raporda, uygulamanın 3 Nisan 2016 tarihinde Google Play mağazasından kaldırıldığı, ancak bu konuyla ilgili olarak kullanıcılara önceden herhangi bir duyuru yapılmadığı, sosyal medyada veya başka bir yerde uygulamanın neden haber verilmeksizin yayından kaldırıldığı konusunda kullanıcılardan herhangi bir şikâyet veya yorum alınmadığı gözlemlenmiştir. Raporu hazırlayanlara göre, bu durum, uygulamanın belirli bir grup tarafından kullanıldığını ve uygulamanın geliştiricisinin ticari kaygılarının bulunmadığını göstermektedir.

2. Başvuranın sunduğu raporlar

(a) Başvuran hakkındaki dijital verilerle ilgili uzman görüşü

131. Başvuranın avukatı, 5 Eylül 2021 tarihinde, başvuranın dava dosyasında yer alan CGNAT verileri ve HTS kayıtları ile birlikte KOM tarafından düzenlenen 7 Ekim 2020 tarihli “Tespit ve Değerlendirme Raporu”nu incelemek üzere Türkiye’de bulunan bir adli bilişim uzmanını görevlendirmiştir (bk. yukarıda 107.paragraf). 11 Ekim 2021 tarihli bir raporda, başvurana ait CGNAT verilerinde yer alan IP adreslerinin tümünün, sistem yöneticisi tarafından engellenen IP aralıkları içinde olduğu belirtilmiştir. Bilişim uzmanı, diğer hususların yanı sıra, ilgili veriler ByLock sunucusuyla bağlantının başvuranın cihazından kurulmuş olabileceğini

gösterse de, mevcut verilerin niteliğinin, bağlantıların ByLock uygulaması dışında bir yolla, yani istemsizce yapılmış olma ihtimalini ortadan kaldırmadığını tespit etmiştir.

(b) Başka ceza yargılamaları bağlamında aldırılan bilirkişi raporları

132. Başvuran ayrıca, ByLock kullanımına ilişkin olarak başka ceza yargılamaları bağlamında bağımsız bilirkişiler tarafından hazırlanan bazı bilirkişi raporlarını sunmuştur.

133. Hollanda merkezli bir bilişim şirketi tarafından 13 Eylül 2017 tarihinde hazırlanan ve esas olarak MİT teknik analiz raporunun incelemesinin yapıldığı bu raporlardan birinde, MİT raporunda, elde edilen verilerin bütünlüğünün doğrulanmasını sağlayacak hash değerleri veya denetim izi gibi hiçbir bilginin yer almadığı ve yapılan teknik analizin bir açıklamasının eklenmediği tespit edilmiştir. Bu nedenle, kullanılan analiz yöntemlerini incelemenin zor olduğu ifade edilmiştir.

134. Türkiye’de bulunan iki adli bilişim uzmanı tarafından hazırlanan 1 Eylül 2021 tarihli başka bir raporda, özellikle, ByLock uygulamasının “münhasıran” FETÖ/PDY üyeleri tarafından kullanıldığı yönündeki tespiti destekleyecek yeterli delilin bulunup bulunmadığı sorusu ele alınmıştır. Raporda, ilgili olduğu ölçüde, aşağıdaki tespitler yer almaktadır:

- Yaygın olarak kullanılan Whatsapp, Telegram, Skype ve Signal gibi tüm mobil iletişim uygulamaları, değişen seviyelerde kriptolu iletişim imkânı sağlamaktadır.

- ByLock uygulaması, herhangi bir referansa veya başka bir işleme ihtiyaç duyulmaksızın mobil uygulama mağazalarından ücretsiz olarak indirilebilmektedir.

- ByLock uygulamasının “münhasır” olmasına gerekçe olarak gösterilen özelliklerden bazıları, uygulama geliştiricilerinin tercihlerinden kaynaklıdır ve benzer özelliklere sahip çok sayıda iletişim uygulaması bulmak mümkündür.

- Örnek vermek gerekirse, telefon rehberine erişim, neredeyse tüm uygulamalarda tercihe bağlı bir özelliktir ve başka bir kullanıcıyla iletişim kurabilmek için ön onay alınması gerekliliği, Line başta olmak üzere tercihli olarak birçok iletişim uygulamasında mevcuttur. Mesajların otomatik olarak silinmesi özelliği Snapchat ve Telegram gibi birçok iletişim uygulamasında mevcuttur.

- Uygulamanın web sitesinin bulunmaması, kendi kendine imzalı sertifika kullanılması ve şifre kurtarma seçeneğinin olmaması, yaygın kullanılan uygulamalarda sık karşılaşılan bir durum olmamakla birlikte kullanıcı sayısı yüksek olmayan uygulamalar için olağan bir durumdur.

135. Raporda, yukarıda belirtilen hususlar çerçevesinde, ByLock uygulamasının münhasıran kullanıldığının kanıtı olarak yetkililerce belirtilen bazı özelliklerinin, uygulamanın teknik olarak herhangi bir şüpheye yer vermeyecek şekilde “münhasıran” kullanıldığını göstermediği tespit edilmiştir. Ayrıca, raporda, uygulamanın örgütsel olmayan herhangi bir iletişim içeriğinin bulunmasının, “münhasırlık” iddiasını ortadan kaldıracığı, zira, dava dosyalarında yer alan tutanaklara göre örgütsel olmayan çok sayıda içeriğin bulunduğu belirtilmiştir.

C. ByLock uygulamasının lisans sahibinin yakalanması

136. ByLock uygulamasının lisans sahibi olduğu tespit edilen (bk. yukarıda 115. paragrafta belirtilen MİT teknik analiz raporunda geçen ifade) hem Türk hem de Amerikan vatandaşı olan David Keynes, 9 Haziran 2021 tarihinde İstanbul Havalimanında yakalanmış ve gözaltına alınmıştır.

137. David Keynes, daha sonra polise, Cumhuriyet savcısına ve sulh ceza hâkimine verdiği ifadelerinde, bilgi paylaşımı karşılığında cezada indirim imkânı tanıyan Ceza Kanunu’nun 221. maddesinde öngörülen “etkin pişmanlık” hükmünden faydalananarak, ByLock uygulaması ve FETÖ/PDY hakkında bildiklerini Türk makamlarıyla paylaşmak amacıyla Amerika’dan

Türkiye'ye döndüğünü belirtmiştir. David Keynes, öğrenci olduğu dönemde, FETÖ/PDY'ye ait dershanelerde eğitim gördüğünü ve bu dersanlerde kısa süreli olarak çalıştığını ve ayrıca bu yapıya ait öğrenci evlerine sıklıkla gittiğini ifade etmiştir. 1997 yılında FETÖ/PDY ile olan tüm bağlantısını kestiğini ileri sürmüştür. 2002 yılında eğitim almak amacıyla Amerika'ya gitmiş, bundan kısa süre sonra, Amerika'da bilgisayar mühendisliği bölümünde okuyan ve FETÖ/PDY ile aktif bağlarını sürdüren A.C. isimli şahısla arkadaş olduğunu belirtmiştir. David Keynes, Aralık 2013'te, A.C. ile İstanbul'da görüşmüştür. A.C., kendisine, bazı mobil uygulamalar geliştirmekte olduğundan ancak, ödemedi kaynaklı nedenlerle, bu uygulamaları uygulama mağazalarına yükleme konusunda sorunlar yaşadığından bahsetmiştir. A.C., David Keynes'in kartını kullanmak istediğini belirtmiş ve ayrıca yükleme sürecini tamamlamak için iletişim ve kimlik bilgilerini de almıştır. Mart 2014'te gerçekleştirdikleri bir sonraki görüşmede, A.C., David Keynes'e, kendisinin kredi kartı, kimlik ve iletişim bilgilerini kullanarak uygulama mağazalarına yüklemiş olduğu ByLock uygulamasından bahsetmiştir.

138. Ağustos 2015'te tekrar görüştüklerinde, A.C., indirme sayısının azaldığını söyleyerek David Keynes'ten alan adı ödemelerini durdurmasını istemiştir. David Keynes, bu nedenle Ekim 2015'te ödemeyi durdurduğunu, ancak alan adının Şubat 2016 tarihine kadar açık kaldığını bildiğini ifade etmiştir. A.C.'nin alan adı ödemelerini Ağustos 2015'te neden durdurmak istediği hususunda bilgisi olup olmadığı polis tarafından sorulduğunda, David Keynes, Temmuz 2015 tarihli darbe teşebbüsünden sonra öğrendiği kadarıyla, Bylock programının MİT tarafından Temmuz 2015'te deşifre edildiğini ve A.C.'nin de muhtemelen bundan dolayı söz konusu tarihte ByLock üzerinden bilgi akışını durdurmak istediğini belirtmiştir.

139. David Keynes, gizliliğe önem verecek şekilde tasarlanmış olan uygulamanın yapısı ve kullanışsızlığı ile birlikte A.C.'nin örgütle olan bağlantısını da göz önünde bulundurarak, ByLock uygulamasının

FETÖ/PDY tarafından kullanılmak üzere geliştirildiğine sonradan kanaat getirdiğini ifade etmiştir.

140. David Keynes, 14 Haziran 2021 tarihinde, silahlı terör örgütü üyeliği şüphesiyle tutuklanmıştır. Başvuranın ibraz ettiği ve Hükümetin de aksini belirtmediği bir habere göre, David Keynes, toplanan deliller ışığında, kaçma riskinin bulunmaması ve etkin pişmanlık hükmünün uygulanabilecek olması nedeniyle 3 Kasım 2021 tarihinde serbest bırakılmıştır. Taraflar, söz konusu şahıs hakkındaki yargılamanın sonucuyla ilgili olarak Mahkemeye başka bir bilgi sunmamışlardır.

İLGİLİ HUKUKİ ÇERÇEVE VE UYGULAMASI

I. İÇ HUKUK VE UYGULAMASI

A. İç Hukuk

1. Anayasa,

141. Somut olayda Anayasa'nın ilgili hükümleri aşağıdaki gibidir:

Madde 15:

“Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.

Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler (...) dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.”

Madde 36:

“Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir (...)”

Madde 38:

“Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

(...)

Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.

Ceza sorumluluğu şahsidir.”

Madde 90 § 5

“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.”

2. Elektronik nitelikteki delillerin toplanmasını, iletişimlerin dinlenmesini ve delil unsurlarının değerlendirilmesini düzenleyen ilgili iç hukuk

(a) Türk Ceza Muhakemesi Kanunu (4 Aralık 2004 tarihli ve 5271 sayılı Kanun)

142. Olay tarihinde yürürlükte olduğu gibi Türk Ceza Muhakemesi Kanunu’nun ilgili hükümleri aşağıdaki gibidir:

Madde 134

Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve el koyma

“1) Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada, somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması halinde, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde

YÜKSEL YALÇINKAYA / TÜRKİYE KARARI

arama yapılmasına, bilgisayar kayıtlarından kopya çıkarılmasına, bu kayıtların çözülerek metin hâline getirilmesine karar verilir.

2) Bilgisayar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütüklerine şifrenin çözülememesinden dolayı girilememesi veya gizlenmiş bilgilere ulaşılamaması ya da işlemin uzun sürecektir olması halinde çözümün yapılabilmesi ve gerekli kopyaların alınabilmesi için, bu araç ve gereçlere el konulabilir. Şifrenin çözümünün yapılması ve gerekli kopyaların alınması halinde, el konulan cihazlar gecikme olmaksızın iade edilir.

3) Bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine el koyma işlemi sırasında, sistemdeki bütün verilerin yedeklemesi yapılır.

4) Üçüncü fıkraya göre alınan yedekten bir kopya çıkarılarak şüpheliye veya vekiline verilir ve bu husus tutanağa geçirilerek imza altına alınır.

5) Bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine el koymaksızın da, sistemdeki verilerin tamamının veya bir kısmının kopyası alınabilir. Kopyası alınan veriler kâğıda yazdırılarak, bu husus tutanağa kaydedilir ve ilgililer tarafından imza altına alınır. “

Madde 135

İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması

“ 1) Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir. Cumhuriyet savcısı kararını derhâl hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi hâlinde tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl kaldırılır.

(...)

4) Birinci fıkra hükmüne göre verilen kararda, yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespiti imkân veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresi belirtilir.

(...)

Şüpheli ve sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişiminin tespiti, soruşturma aşamasında hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma aşamasında mahkeme kararına istinaden yapılır. Kararda, yüklenen suçun

YÜKSEL YALÇINKAYA / TÜRKİYE KARARI

türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespiti imkân veren kodu ve tedbirin süresi belirtilir. Cumhuriyet savcısı kararını yirmi dört saat içinde hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi hâlinde kayıtlar derhâl imha edilir.

(...)

Bu madde kapsamında dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir:

a) (...)

16. Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar ([Türk Ceza Kanunu’nun 309, 311, 312, 313, 314, 315, 316. maddeleri).

(...)”

Madde 206

Delillerin ortaya konulması ve reddi

“(…)

2) Ortaya konulması istenilen bir delil aşağıda yazılı hâllerde reddolunur:

a) Delil, kanuna aykırı olarak elde edilmişse (...)”

Madde 217

Delilleri takdir yetkisi

“1) Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hâkimin vicdanî kanaatiyle serbestçe takdir edilir.

2) Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.”

(b) Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu (1 Kasım 1983 tarihli ve 2937 sayılı Kanun)

143. Bu Kanunu’nun 4. maddesinin 1. fıkrasının ilgili kısımları aşağıdaki gibidir:

“Milli İstihbarat Teşkilatının görevleri:

a) Türkiye Cumhuriyetinin ülkesi ve milleti ile bütünlüğüne, varlığına, bağımsızlığına, güvenliğine, Anayasal düzenine ve milli gücünü meydana getiren bütün unsurlarına karşı içten ve dıştan yöneltilen mevcut ve muhtemel faaliyetler hakkında milli güvenlik istihbaratını Devlet çapında oluşturmak ve bu istihbaratı Cumhurbaşkanı (...) Genelkurmay Başkanı, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreteri ile gerekli kuruluşlara ulaştırmak;

(...)

b) Dış istihbarat, millî savunma, terörle mücadele ve uluslararası suçlar ile siber güvenlik konularında her türlü teknik istihbarat ve insan istihbaratı usul, araç ve sistemlerini kullanmak suretiyle bilgi, belge, haber ve veri toplamak, kaydetmek, analiz etmek ve üretilen istihbaratı gerekli kuruluşlara ulaştırmak.”

144. Aynı Kanunu’nun 6. maddesinin 1. ve 2. fıkralarının ilgili kısımları aşağıdaki gibidir:

“1) Milli İstihbarat Teşkilatı bu Kanun kapsamındaki görevlerini yerine getirirken aşağıdaki yetkileri kullanır:

(...)

b) Kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlardan bilgi, belge, veri ve kayıtları alabilir, bunlara ait arşivlerden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim alt yapısından yararlanabilir ve bunlarla irtibat kurabilir. Bu kapsamda talepte bulunulanlar, kendi mevzuatlarındaki hükümleri gerekçe göstermek suretiyle talebin yerine getirilmesinden kaçınamazlar.

(...)

d) Görevlerini yerine getirirken gizli çalışma usul, prensip ve tekniklerini kullanabilir.

(...)

g) Telekomünikasyon kanallarından geçen dış istihbarat, millî savunma, terörizm ve uluslararası suçlar ile siber güvenlikle ilgili verileri toplayabilir.

(...)

Bu Kanunun 4 üncü maddesinde sayılan görevlerin yerine getirilmesi amacıyla Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen temel niteliklere ve demokratik hukuk devletine yönelik ciddi bir tehlikenin varlığı halinde Devlet güvenliğinin sağlanması, casusluk faaliyetlerinin ortaya çıkarılması, Devlet sırrının ifşasının tespiti ve terörist faaliyetlerin önlenmesine ilişkin olarak, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Teşkilat Başkanı veya yardımcısının yazılı emriyle telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emir, yirmidört saat içinde yetkili ve görevli hâkimin onayına sunulur (...)"

145. Aynı Kanunu'nun Ek 1. maddesinin ilgili kısımları aşağıdaki gibidir:

"Millî İstihbarat Teşkilatı uhdesindeki istihbari nitelikteki bilgi, belge, veri ve kayıtlar ile yapılan analizler, Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Yedinci Bölümünde yer alan suçlar hariç olmak üzere, adli mercilerce istenemez."

3. *Organize suç ve teröre ilişkin ilgili iç hukuk*

(a) **Türk Ceza Kanunu (26 Eylül 2004 tarihli ve 5237 sayılı Kanun)**

146. Suç işlemek amacı ile örgüt kurma suçuna ilişkin Türk Ceza Kanunu'nun 220. maddesinin ilgili kısımları aşağıdaki gibidir:

"1) Kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kuranlar veya yönetenler, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması halinde, dört yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişi olması gerekir.

2) Suç işlemek amacıyla kurulmuş olan örgüte üye olanlar, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

3) Örgütün silahlı olması halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza dörtte birinden yarısına kadar artırılır."

147. Türk Ceza Kanunu'nun 314. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında silahlı bir örgüte üye olma suçunun aşağıdaki cezalarla cezalandırıldığı öngörülmektedir:

YÜKSEL YALÇINKAYA / TÜRKİYE KARARI

“1) Bu kısmın dördüncü ve beşinci bölümlerinde yer alan suçları işlemek amacıyla, silahlı örgüt kuran veya yöneten kişi, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

2) Birinci fıkrada tanımlanan örgüte üye olanlara, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir.”

TCK’nın 314. maddenin 1. fıkrasına atıfta bulunulan aynı kısmın 4. ve 5. bölümleri, Devletin güvenliği, anayasal düzen ve bu düzenin işleyişi hakkında bir suç listesi düzenlemektedir.

148. Türk Ceza Kanunu’nun 30. maddesi aşağıdaki gibidir:

Hata

Madde 30:

“1) Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır.”

(b) Terörle Mücadele Kanunu (12 Nisan 1991 tarihli ve 3713 sayılı Kanun)

149. Terörle Mücadele Kanunu’nun ilgili kısımları aşağıdaki gibidir:

Terör kavramının tanımı

Madde 1

(15 Temmuz 2003 tarihli ve 4928 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önce yürürlüğe girdiği şekliyle)

“1) Terör; cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte üye kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir.”

Madde 1

(15 Temmuz 2003 tarihli ve 4928 sayılı Kanun ile değiştirildiği şekliyle)

“1) Terör; cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasi, hukuki, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte üye kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir.”

Terör suçlusu

Madde 2

Birinci maddede belirlenen amaçlara ulaşmak için meydana getirilmiş örgütlerin mensubu olup da, bu amaçlar doğrultusunda diğerleri ile beraber veya tek başına suç işleyen veya amaçlanan suçu işlemese dahi örgütlerin mensubu olan kişi terör suçlusudur.”

Terör suçları

Madde 3

“26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 302, 307, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 320 nci maddeleri ile 310 uncu maddesinin birinci fıkrasında yazılı suçlar, terör suçlarıdır.”

Terör örgütleri

Madde 7

“1) Cebir ve şiddet kullanılarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemleriyle, 1 inci maddede belirtilen amaçlara yönelik olarak suç işlemek üzere, terör örgütü kuranlar, yönetenler ile bu örgüte üye olanlar Türk Ceza Kanununun 314 üncü maddesi hükümlerine göre cezalandırılır. Örgütün faaliyetini düzenleyenler de örgütün yöneticisi olarak cezalandırılır.”

4. Yargı yetkisine ilişkin ilgili iç hukuk

(a) 1 Temmuz 2016 tarih ve 6723 sayılı Danıştayın Kuruluş Kanunu ile Diğer Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun

150. Türkiye Büyük Millet Meclisi, 1 Temmuz 2016 tarihinde, Yargıtaya ilişkin kanun değişiklikleri dâhil olmak üzere, bazı kanunlarda değişiklikler yapan 6723 sayılı Kanunu kabul etmiştir. 23 Temmuz 2016 tarihinde yürürlüğe giren 6723 sayılı Kanun'un 22. maddesinde, 2797 sayılı Kanuna geçici bir madde eklemiştir. Bu maddenin temel amacı, yürürlüğe girdiği tarihte Yargıtay üyelerinin bazı istisnalar dışında görevlerine son vermek ve yeniden seçilecek toplam üye sayısını azaltmaktır. Bu madde ayrıca Yargıtay üyeliğine yeniden seçilmeyen hâkimlerin, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından kategori ve derecelerine uygun başka kadrolara atanacağı da belirtilmekteydi.

(b) 667 ve 685 sayılı Kanun Hükmünde Kararname hükümleri

151. Olağanüstü hale ilişkin tedbirler bağlamında, 23 Temmuz 2016 tarihinde yürürlüğe giren 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 3. maddesinin 1. fıkrasına göre, terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilen Anayasa Mahkemesi üyeleri hakkında Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunun salt çoğunluğunca; Yargıtay daire başkanı ve üyeleri hakkında Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulunca; Danıştay daire başkanı ve üyeleri hakkında Danıştay Başkanlık Kurulunca; hâkim ve savcılar hakkında Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Genel Kurulunca ve Sayıştay meslek üyeleri hakkında Sayıştay Başkanının başkanlığında, başkan yardımcıları ile Sayıştay Başkanı tarafından belirlenecek bir daire başkanı ve bir üyeden oluşan komisyonca meslekte kalmalarının uygun olmadığına ve meslekten çıkarılmalarına karar verilir.

152. Türkiye Büyük Millet Meclisi, 18 Ekim 2016 tarihinde, 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin onaylanmasına ilişkin 6749 sayılı Kanunu kabul etmiştir (29 Ekim 2016 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanmıştır). Böylelikle 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 3. maddesinin 1. fıkrası, 6749 sayılı Kanun'un 3. maddesinin 1. fıkrasına dâhil olmuştur.

153. 2 Ocak 2017 tarihinde kabul edilen 685 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 11. maddesine göre, 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin ve 6749 sayılı Kanun'un 3. maddesinin 1. fıkrası gereğince, meslekten çıkarılmalarına karar verilenler, ilk derece mahkemesi olarak Danıştaya dava açabilir.

5. Diğer ilgili iç hukuk

154. 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının d) bendi, Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitap Dördüncü Kısımında belirtilen millet veya devlete karşı bazı suçlara ilişkin olarak tutuklu bulunan kişilerin bir avukat yardımı alma hakkına olağanüstü hal boyunca uygulanabilir bazı kısıtlamalar koymaktadır (314. maddede tanımlanan silahlı yasa dışı bir örgüte üye olma suçu, Terörle Mücadele Kanunu'nun uygulama alanına giren suçlar ve toplu işlenen suçlar dâhil). 6. maddenin 1. fıkrasının d) bendine göre, tutuklu olanların avukatları ile görüşmelerinde, toplumun ve ceza infaz kurumunun güvenliğinin tehlikeye düşürülmesi, terör örgütü veya diğer suç örgütlerinin yönlendirilmesi, bunlara emir ve tâlimat verilmesi veya yorumlarıyla gizli, açık ya da şifreli mesajlar iletilmesi ihtimalinin varlığı halinde, Cumhuriyet savcısının kararıyla, görüşmeler teknik cihazla sesli veya görüntülü olarak kaydedilebilir, tutuklu ile avukatın yaptığı görüşmeleri izlemek amacıyla görevli hazır bulundurulabilir, tutuklunun avukatına veya avukatın tutukluya verdiği belge veya belge örnekleri, dosyalar ve aralarındaki konuşmalara ilişkin tutukları kayıtlara el konulabilir. Bu kanun, 18 Ekim 2016 tarihinde kabul edilen 6749 sayılı

Kanun'un 6. maddesinin 1. fıkrasının d) bendine dâhil edilmiş ve 29 Ekim 2016 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanmıştır (yukarıdaki 152. paragraf).

B. Ulusal uygulama

1. Yargıtay İçtihatları

(a) 24 Nisan 2017 ve 26 Eylül 2017 tarihli kararlar

155. Yargıtay 16. Ceza Dairesi ("16. Ceza Dairesi), 24 Nisan 2017 tarihinde, ilk derece mahkemesi olarak FETÖ/PDY örgütüne üye olma ve görevi kötüye kullanma suçlarından iki hâkim olan M.Ö. ve M.B. hakkında mahkumiyet kararı vermiştir (E.2015/3, K.2017/3). Bu karar, Yargıtayın FETÖ/PDY örgütünü bir "terör örgütü" olarak nitelendirdiği ilk karar olmuştur. Bu karara varmak için, Yüksek Mahkeme suçlanan hâkimler tarafından ByLock haberleşme sisteminin kullanılmasına, ilgililerin FETÖ/PDY örgütüne bağlı internet sitesinde yayımlanan F. Gülen'in şifreli talimatı uyarınca, FETÖ/PDY örgütüne bağlı suçlamalar nedeniyle, özellikle tutuklu bulunan altmış üç şüphelinin serbest bırakılmasına hükmeden mahkeme kararı verdiklerini kanıtlayan delil unsurlarına dayanmıştır (bu iki hâkim hakkında istinat edilen suçlamalar konusunda daha ayrıntılı bilgi için bk. *Başer ve Özçelik/ Türkiye*, no. 30694/15 ve 30803/15, 13 Eylül 2022). Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 26 Eylül 2017 tarihinde, bu kararı onamıştır (E. 2017/16-956, K. 2017/370).

156. Yargıtay, ByLock kullanımını konu edinen ve daha sonraki bütün ceza yargılamalarının gidişatını belirleyen bu iki kararda (bundan böyle "emsal kararlar" olarak anılacaktır), ByLock verilerinin toplanmasını düzenleyen yasal çerçeveye, bu uygulamanın niteliği ve özelliklerine, kullanımının delil değerine ve FETÖ/PDY örgütünün yapısına ilişkin olarak önemli tespitlerde bulunmuştur.

(i) ByLock verilerinin toplanmasını düzenleyen yasal çerçeveye ilişkin tespitler

157. Yargıtay bu iki kararda öncelikle Türk CMK'nın 217. maddesinin 2. fıkrası gereğince (yukarıda 142. paragraf), mahkemelerin suçluluğun tespit edilmesi amacıyla, yasal olarak elde edilmiş olması koşuluyla, gerek fiziksel gerekse elektronik olsun, her türlü delile dayanabileceğini hatırlatmıştır. Yargıtay öte yandan, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi tarafından daha sonra yeniden ele alınan gerekçelerle (bk. yukarıda 85. paragraf), ByLock verilerinin toplanmasının ve işlenmesinin geçerli yasal çerçeveye uygun olarak gerçekleştirildiğini değerlendirmiştir.

(ii) ByLock uygulamasının özelliklerine ve kullanımının delil değerine ilişkin sonuçlar

158. Yargıtay ardından, ByLock uygulamasının niteliğini ve ticari bir uygulama mı yoksa münhasıran FETÖ/PDY tarafından mı kullanıldığının tespiti açısından ilgili olduğu kanaatine vardığı unsurları incelemiştir. Yargıtay bu incelemesinde, MİT tarafından ortaya konulan tespitleri geniş ölçüde yeniden ele almıştır (yukarıda 114.-116. paragraflar; bk. ayrıca *Akgün/Türkiye*, no. 19699/18, §§ 68-81, 20 Temmuz 2021). Bu tespitler, ilgili verilerin adli makamlara iletilmesinin ardından KOM tarafından doğrulanmıştır. Bu bağlamda, Yargıtay ByLock uygulamasının 2014 yılı başında çevrimiçi uygulama mağazalarında serbestçe erişilebilir ve herkese açık olduğunu ancak uygulama mağzalarından kaldırıldıktan sonra, örgüt üyelerinin bu uygulamayı harici sabit disklerden veya hafıza kartlarından ya da Bluetooth aracılığıyla indirmiş olduklarını kaydetmiştir. Zira, bu durum, farklı soruşturma dosyalarında yer alan ifadeler, mesajlar ve e-postalardan tarafından da ortaya konmuştur.

159. Yargıtay ayrıca, ByLock üzerinden yapılan görüşmelerin deşifre edilen içeriklerinin neredeyse tamamının, örgütsel bağlantılar ve faaliyetlerle ilgili olduğunu tespit etmiş ve görüşme konularından bazılarını şu şekilde sıralamıştır: toplantı yerlerindeki değişiklikler; yaklaşan operasyonların

önceden bildirilmesi; üyeler için saklanma yeri sağlanması; yurt dışına kaçmanın planlanması; meslekten uzaklaştırılan veya meslekten çıkarılan örgüt üyelerine himmet toplamak ve maddi destek sağlamak amacıyla yapılan toplantılar; F. Gülen’in talimat ve görüşlerinin aktarımı; Türkiye’yi terörü destekleyen bir ülke olarak göstermek için tasarlanmış internet sitelerinin belirtilmesi; FETÖ/PDY örgütüne yönelik soruşturma ve kovuşturmalar çerçevesinde, şüpheli veya sanık olan kişilerin bazı hâkim ve savcılar tarafından serbest bırakılmasının düzenlenmesi; örgüt üyelerine yardım sağlayacak avukatların atanması; yaklaşacak operasyonlardan etkilenebilecek bölgeler hakkında bilgi iletilmesi ve sahadaki önemli dijital verilerin silinmesi gerektiğine dair uyarılar gönderilmesi; üyelere, bu uygulamanın kullanıldığının açığa çıkması durumunda, ByLock uygulamasını kullanmayı bırakmaları ve daha sonra Eagle, Dingdong veya Tango gibi diğer uygulamaları kullanmaları yönünde talimatlar gönderilmesi; örgüt üyelerinin savunmasında kullanılmak üzere hukuki metinlerin hazırlanması.

160. Yargıtay, uygulamanın teknik özelliklerine ve kullanımı için gerekli özel yöntemlere, kullanıcıların profiline ve deşifre edilmiş mesajların içeriğine atıfta bulunarak, bu iki kararında ByLock uygulamasının evrensel mesajlaşma uygulaması görünümü altında gerçekte FETÖ/PDY silahlı terör örgütü üyelerinin özel kullanımına sunulmuş bir iletişim sistemi olduğu ve bu amaçla kullanıldığı tespitinde bulunmuştur. Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından verilen kararın ilgili kısımları aşağıdaki gibidir:

“ByLock iletişim sisteminde bağlantı tarihinin, bağlantıyı yapan IP adresinin, hangi tarihler arasında kaç kez bağlantı yapıldığının, haberleşmelerin kimlerle gerçekleştirildiğinin ve içeriğinin tespiti mümkündür. Bu kapsamda, bağlantı tarihi ve bağlantıyı yapan IP adresi ile hangi tarihler arasında kaç kez bağlantı yapıldığının belirlenmesi durumunda, somut olayın koşullarına göre kişinin bu özel iletişim sisteminin bir parçası olduğu kabul edilecek, ayrıca bu ağa dahil olan kişilerin ağ içinde başka kişi ya da kişilerle yaptıkları görüşme içeriklerinin olması da aranmayacaktır. Haberleşmelerin kimlerle yapıldığının ve içeriklerinin tespiti ise, kişinin terör örgütü

içindeki hiyerarşik konumunun (örgüt yöneticisi/örgüt üyesi) belirlenmesinde yol gösterici olacaktır.

ByLock iletişim sisteminin FETÖ/PDY silahlı terör örgütü mensuplarının kullanmaları amacıyla oluşturulan ve münhasıran bu terör örgütünün bir kısım mensupları tarafından kullanılan bir ağ olması nedeniyle; örgüt talimatı ile bu ağa dahil olduğunun ve gizliliği sağlamak için haberleşme amacıyla kullanıldığının, her türlü şüpheden uzak, kesin kanaate ulaştıracak teknik verilerle tespiti, kişinin örgütle bağlantısını gösteren bir delil olacaktır.”

(iii) FETÖ/PDY örgütüne ilişkin tespitler

161. Yargıtay, bu iki kararında, Türk Ceza Kanunu ve Terörle Mücadele Kanunu’nun ilgili hükümleri kapsamında terör, suç örgütü ve terör örgütü kavramlarının genel bir tanımını yapmıştır. Yargıtay ayrıca, Türk Ceza Kanunu’nun 314. maddesinde tanımlanan ve organize suçun belirli bir şekliyle ilgili olduğunu değerlendirdiği silahlı terör örgütü kurma veya yönetme ve böyle bir örgüte üye olma suçlarının da incelemesini yapmıştır (yukarıda 146.-149. paragraflar). Yargıtay, bir yapının silahlı terör örgütü olarak nitelendirilebilmesi için yalnızca Türk Ceza Kanunu’nun suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna ilişkin olarak 220. maddesinde belirtilen özellikleri taşımasının yeterli olmadığını ve Terörle Mücadele Kanunu’nun 1. ve 7. maddelerinde belirtilen amaçları hedeflemesi ve yöntemleri kullanması gerektiğini belirtmiştir. Yargıtay, Terörle Mücadele Kanunu’nun 7. maddesinde düzenlenen cebir ve şiddet kullanma koşulunun, mutlaka etkin bir güç ve şiddet kullanılması anlamına gelmediğinin ve ayrıca güç ve şiddet kullanma riskinin varlığının yeterli olabileceğinin altını çizmiştir. Yargıtay, örgütün amaçlarına ulaşabilmesi için yeterli silaha sahip olması veya bu silahlara erişim imkânına sahip olması gerektiğini ve Türk Ceza Kanunu’nun 314. maddesinde tanımlanan suçun niteliği için bu silahların yasaya aykırı olarak elde edilmiş olup olmaması ya da Devlet mülkiyeti olup olmamasının bir önemi olmadığını eklemiştir.

162. Yargıtay ardından, “*sui generis (kendine özgü)* terör örgütü” olarak tanımladığı FETÖ/PDY örgütünün tarihçesini, niteliğini ve özelliklerini incelemiştir. Yargıtayın bu bağlamda tespitleri Ceza Genel Kurulunda verdiği kararda belirtilmektedir. Karardaki ifadeler aşağıdaki gibidir:

“FETÖ/PDY silahlı terör örgütü, paravan olarak kullandığı dini, din dışı dünyevi emellerine ulaşma aracı haline getiren; siyasi, ekonomik ve toplumsal yeni bir düzen kurma tasavvuruna sahip örgüt liderinden aldığı talimatlar doğrultusunda hareket eden; bu amaçla öncelikle güç kaynaklarına sahip olmayı hedefleyip güçlü olmak ve yeni bir düzen kurmak için şeffaflık ve açıklık yerine büyük bir gizlilik içerisinde olmayı şiar edinen; bir istihbarat örgütü gibi kod isimler, özel haberleşme kanalları, kaynağı bilinmeyen paralar kullanıp böyle bir örgütlenmenin olmadığına herkesi inandırmaya çalışarak ve bunda başarılı olduğu ölçüde büyüyüp güçlenen, bir yandan da kendi mensubu olmayanları düşman olarak görüp mensuplarını motive eden; "Altın Nesil" adını verdiği kadrolarla sistemle çatışmak yerine sisteme sahip olma ilkesiyle devlete tabandan tavana sızan; bu kadroların sağladığı avantajlarla devlet içerisinde belli bir güce ulaştıktan sonra hasımlarını çeşitli hukuki görünümlü hukuk dışı yöntemlerle tasfiye eden; böylece devlet aygıtının bütün alt bileşenlerini ünite ünite kontrol altına almayı ve sisteme sahip olmayı planlayıp ele geçirdiği kamu gücünü de kullanarak toplumsal dönüşümü sağlamayı amaçlayan; casusluk faaliyetlerini de bünyesinde barındıran atipik/suigeneris bir terör örgütüdür.

İstişare kurulu, ülke, bölge, il, ilçe, semt, ev imamları gibi hiyerarşik bir yapı içeren insan gücünü ve finans kaynaklarını örgütsel menfaat ve ideolojisi çerçevesinde kullanıp Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin tüm anayasal kurumlarını ele geçirme amacı taşıyan FETÖ/PDY silahlı terör örgütü “gizli yaşamak, her zaman korkmak, doğruyu söylememek, gerçeği inkâr etmek” üzerine kuruludur.

Örgütün lideri Fetullah Gülen, (...) örgüt üyelerine, örgüt bünyesinde gizliliğe verilen aşırı önemi gösteren şu talimatı vermiştir:

“Esnek olun. [Sivrilmeden] can damarları içinde dolanın!; Bütün güç merkezlerine ulaşınca kadar hiç kimse varlığını fark etmeden sistemin ana damarlarında ilerleyin!”

“Adliye, mülkiye veya başka hayati bir müessesede bizim arkadaşlarımızın mevcudiyeti öyle ferdi mevcudiyetler şeklinde ele alınıp değerlendirilmemelidir. Yani

bunlar gelecek adına bizim o ünitelerde garantimizdir Bir ölçüde onlar bizim varlığımızın teminatıdır.”

“Zaman henüz uygun değil. Bütün dünyayı omuzlayıp taşıyabileceğimiz zamana dek, tamam olacağınız ve koşulların uygun olacağı zamana dek beklemelisiniz! Bilhassa, haber alma hususunda her zaman hasım cephenin çok önünde olunmalıdır.”

“ (...) Yani siz hâkim değilsiniz (...) başka kuvvetler var. Bu ülkede değişik kuvvetleri hesap edecek dengeli, dikkatli, tedbirli, temkinli yürümekte yarar var ki geriye adım atmayalım (...)”

“Türkiye’deki devlet yapısı ölçüsüne göre bütün anayasal müesseselerdeki güç ve kuvveti cephemize çekeceğimiz ana kadar her adım erken sayılır. (...) [sırrınız] sizin sırrınızdır. Söylerseniz siz esir olursunuz.”

(...)

Bir gün bana Ankara’da bin evimiz olduğunu söyleyin, devletin paçasından şöyle bir tutacağım, devlet uyandığında yapacağı hiçbir şey kalmayacak.”

(...)

Örgütün hiyerarşik yapılanması tabaka-kat sistemine dayanır. Katlar arasında geçişler mümkün ise de, dördüncü kattan sonrasındaki geçişleri önder belirlemektedir. Katlar şu şekildedir:

a) Birinci Kat (Halk Tabakası). Örgüte iman ve gönül bağıyla bağlı olanlar, fiili ve maddi destek sağlayanlardan oluşur. Bunların birçoğu örgütün hiyerarşik yapısına dâhil olmayan bilinçli veya bilinçsiz hizmet ettirilen kesimdir.

b) İkinci Kat (Sadık Tabaka). Okul, dersane, yurt, banka, gazete, vakıf ve kurum görevlilerinden oluşan sadık gruptur. Bunlar örgüt sohbetlerine katılan, düzenli aidat ödeyen, az veya çok örgüt ideolojisini bilen kişilerdir. Bunlar örgüt sohbetlerine katılan, düzenli aidat ödeyen, az veya çok örgüt ideolojisini bilen kişilerdir.

c) Üçüncü Kat (İdeolojik Örgütlenme Tabakası) Gayri resmi faaliyetlerde görev alan, örgüt ideolojisini benimseyen ve ona bağlı çevresine propaganda yapan kişilerdir.

d) Dördüncü Kat (Teftiş Kontrol Tabakası). Bütün hizmeti (legal ve illegal) denetler. Bağlılık ve itaatte dereceye girenler buraya yükselebilir. Bu sınıf [üyeleri] örgüte genç yaşta katılmış kişilerdir. Bu tabakaya girenler örgütte çocuk yaşta kazandırılanlardan seçilir.

e) Beşinci Kat (Organize Eden ve Yürüten Tabaka). Üst düzey gizlilik gerektirir. Birbirlerini çok az tanırlar. Örgüt lideri tarafından atanan ve devletteki yapıyı organize edip yürüten kişilerdir.

f) Altıncı Kat (Has Tabaka) Örgüt lideri Fethullah Gülen tarafından bizzat atanan ve lider ile alt tabakaların irtibatını sağlayan, örgüt içi görev değişiklikleri yapıp azillere bakan kişilerdir.

g) Yedinci Kat (Kurmay Tabaka) Örgüt lideri tarafından doğrudan seçilen ve on yedi kişiden oluşan örgütün en seçkin kesimidir.

Örgütün deşifre olmaması ve Devletin örgüt yapısını çözmekte zorlanması için örgüt hücre tipinde yatay yapılanmaya özen göstermiştir (...)

(...)

FETÖ/PDY'nin Türk Silahlı Kuvvetlerine, Emniyet Teşkilatına ve MİT'e sızan militanları, şeklen kamu görevlisi gibi gözükse de, bu kişilerin örgüt aidiyetleri diğer tüm aidiyetlerinden önce gelmektedir. FETÖ/PDY'nin devletin tasarrufunda bulunması gereken kamu gücünü, kendi örgütsel çıkarları lehine kullanmakta olduğu anlaşılmaktadır. Çeşitli aşamalardan geçirildikten sonra güçlü örgütsel bağlarla bağlandığı FETÖ/PDY'nin bir neferi olarak TSK, Emniyet Teşkilatı ve Milli İstihbarat Teşkilatında meslek hayatlarına başlayan örgüt mensupları, sahip oldukları silah ve zor kullanma yetkilerini FETÖ/PDY'deki hiyerarşik üstünden gelen emir doğrultusunda seferber etmeye hazır olacak şekilde bir ideolojik eğitimden geçirilmektedir (...)

Emniyet Genel Müdürlüğü kadrolarının etkin birimlerinde ve TSK'da yapılanan FETÖ/PDY, Emniyet ve TSK birimlerinin doğasında var olan cebir ve şiddet kullanma yetkisinin verdiği baskı ve korkutuculuğu kullanmaktadır. Örgüt mensuplarının silahlar üzerinde gerektiğinde tasarruf imkânının bulunması, silahlı terör örgütü suçunun oluşması için gerekli ve yeterli olmakla birlikte; 15.07.2016 tarihinde meydana gelen kalkışma esnasında TSK içerisinde yapılanıp görünürde TSK mensubu olan ve ancak örgüt liderinin emir ve talimatlarıyla hareket eden örgüt mensuplarınca silah kullanılmış, birçok sivil vatandaş ve kamu görevlisi şehit edilmiştir.

(...)”

Yargıtay, yukarıda belirtilenler ışığında ve özellikle örgütün bazı üyelerinin silah kullanma yetkisine sahip devlet organlarında çalıştığını ve örgüt hiyerarşisi tarafından kendilerine talimat verilmiş olsaydı bu silahları

kullanmakta tereddüt etmeyeceklerini dikkate alarak, FETÖ/PDY örgütünün Türk Ceza Kanunu'nun 314. maddesi kapsamında silahlı terör örgütü olduğunun açık olduğuna karar vermiştir.

163. Genel kurul daha sonra, bu silahlı terör örgütünün üyesi olduğu iddia edilen bir kişinin, savunması için Türk Ceza Kanunu'nun 30. maddesinde düzenlenen hata hükümlerini ileri sürerek sorumluluğunun reddedilebileceği koşulları incelemiştir (bk. yukarıda 148. paragraf). İlgili kısımlarda Genel Kurulun vardığı sonuçlar aşağıdaki şekildedir:

“Bir suç örgütü, (...) suç işlemek üzere kurulmuş illegal bir yapı olabilir. Legal olarak faaliyet göstermekte olan bir sivil toplum örgütünün sonradan bir suç örgütüne, hatta terör örgütüne dönüşmesi de mümkündür. Bu kapsamda, önceden var olan ancak varlığını kabul eden mahkeme kararı bulunmadığı için kamuoyunun bilgisi olmadan örgütün hukuki varlık kazanması mahkemeler tarafından verilecek karara bağlı ise de örgütün kurucusu, yöneticileri ya da üyeleri; örgütün kuruluşundan veya meşru amaçların izlenmesi için kurulmuşsa suç örgütüne dönüştüğü tarihten itibaren cezai olarak sorumlu tutulabilirler.

Silahlı terör örgütüne üye olma suçunun doğrudan kastla işlenebildiği gözetilerek, yasal olarak faaliyet gösteren ve nihai amacını gizli tutması nedeniyle açıkça bilinmeyen yapılara dâhil olan bir yapı mensubunun, söz konusu yapının bir terör örgütü olduğunu bilmediklerini iddia etmeleri durumunda, hataya ilişkin TCK'nın 30. maddesinin birinci fıkrasının hükümleri açısından bir değerlendirme yapılması gerekir.

(...)

Kast, suçun hukuki tanımında belirtilen unsurları bilerek ve isteyerek gerçekleştirmeyi amaçlarken, bu unsurlara ilişkin bilgisizlik, eksik ya da hatalı bilgi, maddi unsurlara ilişkin bir hatayı nitelendirir. Bu hatanın kastın varlığını engel olacak düzeyde bulunması halinde sanığa ceza verilmesine gerek yoktur (...)

(...)

FETÖ/PDY terör örgütünün, Devletin Anayasal düzenini cebir ve şiddet kullanarak değiştirmek olan nihai amacını gerçekleştirmek için “mahrem alan” şeklinde örgütlenmesi ve devletin silahlı kuvvetlerinde varlığı dikkate alındığında terör örgütü olarak nitelendirilebilecek gerekli ve yeterli örgütsel güce sahip olduğu hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Örgütün bu amaç ve yöntemlerini bilen örgüt mensuplarının

örgütteki konumları gözetilerek cezalandırılacağı da açıktır. Örgütün piramit yapısı göz önünde bulundurulduğunda, beş, altı ve yedinci kat ve ilke olarak üç ve dördüncü katlarda bulunan örgüt mensuplarının bu kategoride olduklarının kabulü gerekmektedir. Aksine, dini bir kült, ardından da terör örgütü haline dönüşmeden önce FETÖ/PDY örgütünün, başlangıçta bir ahlak ve eğitim hareketi olarak ortaya çıkması ve genellikle böyle algılanması, örgütün yasaya aykırı amaçlarını gizleyip alenen kriminalize olmamaya çalışması ve (...) daha önce Fethullah Gülen hakkında Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesince verilen beraat kararına konu edilmesi karşısında, özellikle örgütün sözde meşruiyet vitrini olarak kullanılan diğer katlardaki örgüt mensupları tarafından bilinip bilinmediğinin olaysal olarak TCK'nın 30. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bu değerlendirme amaçları doğrultusunda, ülke çapında FETÖ/PDY ile ilgili yürütülen soruşturma ve kovuşturmalar, FETÖ/PDY ile ilgili dava dosyalarında yer alan EGM'nin raporları ve diğer belgeler, mahkemelerce karara bağlanan davalar, bu davalarda dinlenen itirafçı sanıkların savunmaları, tanık beyanları ve (...) örgütün nihai amacının açıkça ortaya konularak, (...) sansasyonel olayların kamuoyunun gündemini uzunca bir süre meşgul edip yoğun bir şekilde tartışılması hususları gözden kaçırılmamalıdır. Bu olaylar arasında, 7 Şubat 2012 tarihli MİT krizi, (...) 17/25 Aralık 2013 tarihli operasyonlar ile 1 Ocak ve 19 Ocak 2014 tarihli MİT tırlarının durdurulması hadiselerini saymak mümkündür.

Ayrıca, Milli Güvenlik Kurulunun 30.10.2014 ve (...) kamuoyuyla paylaşılan kararlarda; FETÖ/PDY'nin, milli güvenliği tehdit eden ve kamu düzenini bozan, devlet içerisinde legal görünüm altında illegal faaliyetler yürüten, illegal ekonomik boyutu bulunan ve diğer terör örgütleriyle işbirliği yapan bir terör örgütü olduğuna dair değerlendirildiği kaydedilmesi gerekir. Bu terör örgütüyle devletin tüm kurum ve birimleri birlikte etkin bir mücadele edilmesine dair kararların alınması ve bu kararlarda ve açıklamalarda devlet ve hükümet yetkililerince de en üst düzeyde benimsenip kamuoyuyla paylaşıldığı yeniden ele alınmıştır.”

164. Yargıtay 16. Ceza Dairesi, M.Ö. ve M.B.nin örgüt yapılanmasında yer alan hâkimlerin sahip oldukları özel statüyü (silahlı kuvvetler ve kolluk kuvvetleri üyelerinin yanı sıra, örgütün “mahrem” kısmına mensubiyeti olduğu değerlendirilmiştir), eğitim düzeylerinin ve mesleklerini icra ederek edindikleri bilgi ve enformasyonları dikkate alarak, ilgililerin örgütün nihai

amacını, silahlı kuvvetler bünyesindeki yapısını ve bu nedenle silahlı bir terör örgütü söz konusu olduğunu bilebilecek konumda olduklarına karar vermiştir. Dolayısıyla, hataya ilişkin Türk Ceza Kanunu'nun ilgili hükmünü söz konusu davada uygulanmamıştır. Buna göre diğerlerinin yanı sıra sanıklar FETÖ/PDY üyelerinin münhasıran kullanımı için oluşturulan ByLock uygulamasını kullanmaları, FETÖ/PDY üyesi olduklarından şüphelenilen kişileri FETÖ/PDY tarafından verilen talimatlara uyarak toplu olarak serbest bırakmaları ve bu kararın yalnızca örgüte kendini adanmış üyeleri tarafından alınabileceği kanaatine varılması dolayısıyla silahlı terör örgütüne üye olma suçundan mahkûm edilmişlerdir.

165. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, silahlı terör örgütüne üye olma suçundan verilen mahkûmiyet kararlarını onama kararında, M.Ö. ve M.B. tarafından ByLock kullanılmasının, FETÖ/PDY'nin hiyerarşik yapısına üye olduklarının kanıtını teşkil ettiğini vurgulamıştır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, suçun işlendiği tarihte FETÖ/PDY'yi terör örgütü nitelendiren nihai mahkeme kararının bulunmamasının, söz konusu eylemleri bilerek ve isteyerek işleyen sanıkların cezai sorumluluklarının oluşmasını engellemediğini eklemiştir.

b) Yargıtayın İlgili Diğer Kararları

166. Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından 27 Haziran 2019 tarihinde verilen karar (E.2018/16-418, K.2019/513), yetkili makamlarının ByLock sunucusundan elde edilen ham verileri ve CGNAT verilerini, bir kişinin ByLock uygulamasını kullanıp kullanmadığını belirlemek amacıyla nasıl incelediğine ilişkin ek bilgiler vermiştir. Söz konusu kararın ilgili paragrafı aşağıdaki gibidir:

ByLock sunucusuna ait 9 adet IP adresinden birine Türkiye IP'lerinden bağlanan abonelerin bu bağlantılarına dair internet trafik kayıtlarını içeren ve operatörler tarafından tutulan CGNAT (...) kayıtları ise bir çeşit üst veridir. Bu veriler; aboneye ait IP adresinin ByLock sunucusuna ait IP adreslerine bağlandığını belirlediğinden, kişinin

ByLock sistemine dâhil olmuş olabileceği konusunda önemli bir emare olmakla birlikte, (...) ilgili aboneye (...) ID numarası atanıp atanmadığını belirlemeye imkân veren herhangi bir bilgi içermemektedir.”

167. Yargıtaya göre, CGNAT verilerinin bir kişinin ByLock IP adreslerine bağlandığını göstermesi ancak ByLock kimlik numarasının tespit edilmemesi durumunda olası iki yorum yapılabilir: ya KOM’un ByLock sunucusundan elde edilen veriler üzerinde yaptığı inceleme henüz tamamlanmamıştır (veya ilgili verilerin toplanması veya yazıya geçirilmesi mümkün olmamıştır); ya da söz konusu kişilerin çoğunlukla dini içerikli uygulamaların kullanıcılarını bir ByLock sunucusuna yönlendirmek amacıyla kasıtlı olarak geliştirildiği ve kullanıldığı iddia edilen *Mor Beyin* adı altında olarak bilindiği şekliyle tuzak uygulamalar tarafından yönlendirildikten sonra istemeyerek ByLock sunucusuna bağlanmıştır (yukarıda 119. paragraf).

168. Aynı şekilde, Yargıtay 16. Ceza Dairesi, 29 Nisan 2019 tarihli bir kararda (E.2019/98, K.2019/3057), kimlik numarasının bulunmasının, kişinin Bylock sunucusuna yeniden yönlendirmeye konu olmaksızın doğrudan bağlandığını gösterdiğinin iddia edildiği ve bu bağlamda ayrıntılı bir değerlendirme ve tespit raporunun, gerçek kullanıcının kimliğine, örgütteki konumu ve faaliyetlerine ilişkin bilgi edinilmesine imkân verdiğinin iddia edildiği kanaatine varmıştır. Bu davada, Yargıtay 16. Ceza Dairesi, CGNAT verilerinin bulunmasına ve KOM tarafından söz konusu ByLock kullanıcısı hakkında ByLock kullanımına ilişkin “önemli emareler” içeren bir rapor düzenlenmesine rağmen, söz konusu kişinin kullanıcı numarası belirlenmediği ve bu nedenle kasıtsız bağlantı varsayımı reddedilemediği gerekçesiyle mahkûmiyeti iptal etmiştir.

2. Anayasa Mahkemesinin İctihadı

169. Anayasa Mahkemesi, askeri darbe girişiminin ertesi günü başlatılan ceza yargılamaları bağlamında birçok nihai karar vermiştir. Avrupa

Mahkemesi, aralarında *Baş/Türkiye* (no. 66448/17, §§ 91-97, 3 Mart 2020), *Ahmet Hüsrev Altan* (yukarıda anılan §§ 88 ve 89) ve *Akgün*'ün de (yukarıda anılan §§ 83-101) bulunduğu bu kararların birçoğuna, özellikle *Aydın Yavuz ve diğerleri* (başvuru no. 2016/22169, 20 Haziran 2017) ve *M.T.* (başvuru no. 2018/10424, 4 Haziran 2020) olmak üzere bir dizi karara ayrıntılı olarak atıfta bulunmuştur. Bundan sonra, Anayasa Mahkemesinin mevcut davanın amaçları doğrultusunda özellikle ilgili olan diğer kararlarının bir özeti bulunmaktadır.

(a) 4 Haziran 2020 Tarihli *Ferhat Kara* Kararı (Başvuru No. 2018/15231)

170. Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu 4 Haziran 2020 tarihinde *Ferhat Kara* davasında karar vermiştir. Bu davada, başvuran, ByLock kullanımına ilişkin verilerin yasaya aykırı bir şekilde elde edildiğini, FETÖ/PDY örgütüne üye olması nedeniyle mahkûmiyetinin yalnızca veya belirleyici ölçüde bu delil unsuruna dayandığını ve ilgili dijital verilerin karar veren mahkeme önünde sunulmadığını ileri sürmüştür. Başvuran, ayrıca adil yargılanma hakkının ihlalden edildiğini öne sürmüştür.

171. Bu davada, Anayasa Mahkemesi, incelemesine, FETÖ/PDY'nin ve ByLock uygulamasının genel bir tanımını yaparak ve olay ve olgularına ilişkin bir özet ile başlamıştır. Anayasa Mahkemesi, uygulamanın teknik özelliklerini ve bununla ilgili verilerin çeşitli yetkili makamlar tarafından nasıl elde edildiği ve işlendiğini bu kısımda ele almıştır. Anayasa Mahkemesi, daha sonra Kara'nın şikâyetlerinin kabul edilebilirliğini ve esasını incelemiştir.

(i) *Anayasa Mahkemesinin Davanın Olay ve Olguları ile İlgili Vardığı Sonuçlar*

172. Anayasa Mahkemesi, FETÖ/PDY'nin yasal faaliyetler yürütmüş olsa bile yasa dışı bir yapılanma olduğuna karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi, FETÖ/PDY'nin eylemleri ve faaliyetlerinin uzun süre boyunca toplumsal bir tartışmaya konu olduğunu tespit etmiştir. Anayasa Mahkemesi, amacına

hizmet etmek amacıyla, bu örgütün üyelerinin özellikle delil unsurlarını yok ettikleri, kamu kurumlarının ve üst düzey Devlet memurlarının telefon hatlarını dinledikleri ve Devlet tarafından yürütülen istihbarat faaliyetlerini ifşa ettikleri ve sınavlar yapılmadan önce kamu kurumlarına yönelik işe alım ve terfi ile ilgili sınavların sorularını örgüt içinde yaymak amacıyla topladıkları kanaatine varmıştır. Anayasa Mahkemesi, FETÖ/PDY'nin faaliyetlerinin bu nedenle özellikle 2013 yılından sonra çok sayıda soruşturma ve kovuşturmayla tabi olduğunu tespit etmiştir. Anayasa Mahkemesi, örgütün yasa dışı faaliyetlerini sıralamaya şu şekilde devam etmiştir:

“14. Bu bağlamda, “Şemdinli”, “Ergenekon”, “Balyoz”, “Askerî Casusluk”, “Devrimci Karargâh”, “Oda TV” ve “Şike” davaları gibi kamuoyunda yoğun tartışmalara neden olan birçok davanın, FETÖ/PDY tarafından başta TSK olmak üzere farklı kamu kurum ve kuruluşlarındaki örgüt mensubu olmayan kamu görevlilerini tasfiye etmek ve farklı sivil çevrelerde örgütün çıkarlarına aykırı davrandığını düşündüğü kişileri etkisizleştirmek amacıyla kullanıldığı ileri sürülmüştür (...)

15. Yine FETÖ/PDY ile bağlantılı oldukları belirtilen savcı ve hâkimler ile kolluk görevlileri tarafından bazı siyasiler ve bunların yakınları ile (...) bir kısım iş adamı hakkında yolsuzluk yaptıkları iddiasıyla soruşturma başlatılmış ve 2013 yılının sonunda gerçekleştirilen operasyonlarda bu kişilerle ilgili bazı koruma tedbirlerinin uygulanmasına çalışılmıştır. Kamuoyunda 17-25 Aralık soruşturmaları olarak bilinen bu operasyonlar, kamu makamları ile soruşturma mercileri ve yargı organları tarafından FETÖ/PDY'nin Hükümeti devirmeye yönelik örgütsel bir faaliyeti olarak değerlendirilmiş; sonrasında bu operasyonlarda görev alan yargı mensupları ve kolluk görevlileri hakkında idari/adli tedbir ve yaptırımlara başvurulmuştur (...)

16. Millî İstihbarat Teşkilatına (MİT) ait yüklerin bulunduğu tırlar FETÖ/PDY ile bağlantılı oldukları belirtilen savcılar tarafından verilen talimatlar doğrultusunda FETÖ/PDY'ye mensup oldukları ifade edilen kolluk görevlileri tarafından sırasıyla 1 Ocak 2014 tarihinde ve (...) 19 Ocak 2014 tarihinde durdurulmuş ve tırlarda arama faaliyeti gerçekleştirilmiştir. MİT tırlarının durdurulması ve aranması eylemleri de kamu makamları, soruşturma mercileri ve yargı organları tarafından (...) Türkiye Cumhuriyeti devletinin terör örgütlerine yardım ettiği imajını vermek ve Hükümet

üyeleri hakkında kovuşturma başlatmaya imkân vermek amacıyla örgütsel bir faaliyet olarak değerlendirilmiş, sonrasında bu operasyonlarda görev alan yargı mensupları ve kolluk görevlileri hakkında idari/adli tedbir ve yaptırımlara başvurulmuştur.

17. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca 6/6/2016 tarihinde belirtilen iddianameyle Fetullah Gülen'in de aralarında olduğu yetmiş üç örgüt yöneticisi hakkında silahlı terör örgütü kurdukları ve Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ortadan kaldırmaya veya görevini yapmasını engellemeye teşebbüs ettikleri iddiasıyla (...) kamu davası açılmıştır.

18. FETÖ/PDY'nin ulusal düzeyde oluşturduğu tehdit devletin güvenlik birimlerinin karar, açıklama ve uygulamalarına da konu olmuştur. Bu bağlamda, kamu görevlileri söz konusu yapılanmanın ülke güvenliği için bir tehdit oluşturduğunu açıklamışlardır. Benzer incelemeler, Millî Güvenlik Kurulu (...) kararlarında da ifade edilmiştir. Jandarma Genel Komutanlığı ise 8/1/2016 tarihinde FETÖ/PDY'yi terör örgütleri listesine (...) dâhil etmiştir.

19. Diğer yandan, başta yargı mensupları ve polisler olmak üzere çok sayıda kamu görevlisinin, FETÖ/PDY ile bağlantıları nedeniyle disiplin soruşturmaları yürütmüşlerdir ve birçok kamu görevlisi hakkında kamu görevinden çıkarma da dâhil olmak üzere çeşitli idari veya disiplin yaptırımları uygulanmıştır. FETÖ/PDY ile irtibatlı olduğu değerlendirilen bazı meslek kuruluşlara, finans kuruluşlarına ve medya organlarına yönelik çeşitli idari tedbirlere başvurulmuştur.

(...)

21. Mahkeme kararlarının birçoğunda, FETÖ/PDY'nin devletin anayasal kurumlarını ele geçirmeyi ve devleti, toplumu ve fertleri kendi ideolojisi doğrultusunda yeniden şekillendirmeyi, (...) mevcut idari sisteme paralel bir yapıda örgütlendiği kabul edilmiştir.”

173. Anayasa Mahkemesi, FETÖ/PDY'nin gizliliğe dayalı bir örgüt olduğunu ve bu nedenle yüz yüze görüşmelerin mümkün olmadığı durumlarda ByLock gibi şifreli uygulamalarla iletişimi tercih ettiğini vurgulamıştır. Anayasa Mahkemesi daha sonra, ByLock uygulamasının nasıl tespit edildiğine, yetkili adli makamlara nasıl bildirildiğine ve söz konusu makamlar tarafından nasıl incelendiğine ilişkin kronolojik bir özet sunmuştur.

174. Bu bağlamda, MİT, ele geçirdiği ByLock uygulamasına ilişkin dijital verilerin yer aldığı hard disk ile uygulamaya bağlanan ByLock kullanıcılarının listesini içeren USB belleğini ve düzenlediği teknik raporunu Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına teslim etmiştir. Ankara 4. Sulh Ceza Hâkimliğinin, CMK'nın 134. maddesine dayanarak ilgili verilerin incelenmesini talep eden kararının ardından, Cumhuriyet savcılığı, gerekli incelemelerin yapılması için KOM'u görevlendirmiştir. Dolayısıyla KOM, alınan verileri incelemek amacıyla kendi personelinin üyelerinin yanı sıra Terörle Mücadele Daire Başkanlığı ile İstihbarat ve Siber Güvenlik Daire Başkanlıkları tarafından atanan görevlilerden oluşan bir çalışma grubu oluşturmuştur. Bu bağlamda, ByLock'tan verilerin çıkarılması bir arayüz yardımıyla gerçekleştirilmiştir. Cumhuriyet savcılığı aynı zamanda, BTK'dan MİT tarafından sunulan kullanıcı listesinde yer alan kişilerin ByLock IP adresleri (CGNAT verileri) ile kurdukları bağlantı sayısını gösteren bilgilerin sağlanmasını talep etmiştir.

175. MİT tarafından detaylı bir inceleme yoluyla güncellenen abone listesinin yeni versiyonu bu sırada Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmiş ve yetkili adli makamlarca aynı incelemeye tabi tutulmuş ve sonuç olarak 123.111 kullanıcının güncellenmiş bir listesi ortaya konmuştur. Anayasa Mahkemesi, VPN yoluyla kurulan bağlantıların Türkiye'de bulunan IP adresleriyle ilişkilendirilmemesi nedeniyle bunlara ilişkin CGNAT verilerine erişmenin mümkün olmadığını açıklamıştır. Anayasa Mahkemesi açıklamalarına şu şekilde devam etmiştir:

“Erişilebilen CGNAT verileri, Türkiye'de bulunan ve VPN'siz IP adreslerinden ByLock sunucusunun hedef IP adresleri ile kurulan veya Türkiye'den bağlantı sırasında VPN'nin devre dışı bırakılması nedeniyle (...) belirlenebilen bağlantılarla ilgilidir.”

Anayasa Mahkemesi aynı zamanda, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının, FETÖ/PDY tarafından ByLock uygulamasının gerçek kullanıcılarının kimliklerinin tespit edilmesini engellemek ve ByLock ile hiçbir bağlantısı

olmayan kişileri bu uygulamaya yönlendirerek ByLock ile ilgili delil unsurlarının güvenilirliğini azaltmak amacıyla geliştirilen *Mor Beyin* isimli bir yazılım yoluyla, aslında ByLock kullanıcıları olmayan bazı kişilerin, ByLock'un IP adresine istemeden bağlandıkları iddiaları hakkında bir soruşturma açtığını vurgulamıştır.

176. Anayasa Mahkemesi, özellikle yetkili soruşturma makamlarının hazırladığı raporlara ve daha önce Yargıtay tarafından verilen kararlara dayanarak, ByLock uygulamasının kurulumu ve kullanımına ilişkin bilgileri ve onu diğer mesajlaşma uygulamalarından ayıran özellikleri sunmuştur. Anayasa Mahkemesi, bu uygulamanın FETÖ/PDY üyeleri tarafından kullanıldığını daha net ortaya konulması amacıyla, bazı şüpheliler tarafından FETÖ/PDY ile ilgili soruşturma bağlamında yapılan açıklamalara da atıfta bulunmuştur. Söz konusu açıklamaların bazılarında ilgili kısımları aşağıda bulunmaktadır:

“2014 yılının Mart ya da Nisan ayında artık görevli şahısların ByLock isimli yazışma programını kullanılması istenildi. Bu talimatı bize Bölge ED’si [Eğitim Danışmanı] ilettili. Ve yapılan bölge ED toplantısında bu programı internetten ya da blueto[oth] yoluyla benim telefonuma kurdu (...) İl birim sorumluları bu programı kuruyordu ve herkes bir alt kademesindeki görevlilere bu programı kurdu ve iletişim ağı genişledi. ByLock programı bütün herkese kurulmadı daha çok üst kademedeki görevlilere kuruluyordu. Zamanla birbirinden gören alt kademedeki görevliler de bu programı kullanmaya başladılar. Bildiğim kadarıyla bu programı öncelikle hususi birimler tarafından kullanılıyordu ve sonradan bölge birimlerine dağıtıldı. Bu program karşılıklı birbirlerini ekleyen şahıslar tarafından kullanılıyordu (...)”

(...)

“Son üç yıl içerisinde süreç kriz ortamına girdikçe cemaat tedbir konusunda baskısını artırmaya başladı (...) 2015 yılından bu yana Gaziantep Bölge Toplantıları tedbir amacıyla yoğun katılımlı yapılmadığı için bu toplantılara giden İl ED’leri (...) ByLock kullanımı konusunda talimatlandırılmıştır. bu talimatlardan dolayı İl ED’si (...) programın kurulu olduğu hafıza kartını başka bir ED’ye (...) vermiştir. O da bana bölgenin talimatı olduğunu,, ByLock programını yüklemem gerektiğini söyledi; (...) Bylock programı ile birlikte telefon sıfırlama programı ve şifreli not tutma programı

telefonuma yüklendi. Bu program ile (...) polis operasyonunda herhangi bir doküman bulunamayacağı söyleniyordu (...) [ByLock] Program kurulduğu zaman kurulan telefona bir İD verir. Bir kişi eklemek istenirse Ekleme sekmesi açılır, kaydedilecek kişinin İd'sinin girilmesi istenir, eklenecek kişinin 6 haneli rakamlardan oluşan İd'si yazılır, alttaki satırda 'ekleyeceğiniz kişinin adı' bölmesine hatırlayıcı isim yazılır, cemaat kod isim kullandığı için genelde bu sistemde kişinin kod adı girilir. Bir alttaki satırda da 'ekleyeceğiniz kişiyle aranızdaki anahtar kelime' ibaresi yazılı haneye müşterek bir rakam yazılması isteniyor. Öyle ki bize bu rakam ne kadar uzun tutulursa sistemin çözülme ihtimalinin o kadar zor olacağı söyleniyordu. Bu rakam da girildikten sonra en alt butonda 'davet et' butonuna basınca eklenecek olan kişinin telefonuna mesaj ulaşıyor. Mesaj açılınca 'doğrulama gir' butonu ile anahtar kelimenin girilmesi isteniyor. Anahtar kelime de müşterek belirlendiği için program eklenecek olan telefona anahtar kelime girilerek eklenmiş olunuyor.

ByLock programı öğrendiğim kadarıyla daha önce özel hizmet birimleri tarafından yani askeri personel, emniyet personeli, hakim ve savcı ya da adliye personeli tarafından kullanılıyormuş, sivillere geçişi bir yıl kadar önce olmuş. Bu program telefonumuza kurulurken cemaat bize 'bizim abilerin geliştirdiği bir program, güvenli' dedi. (...). Telefonunda ByLock programı olan kişinin cemaat içerisinde belli bir konumda olması, yani üst görevde olması gerekir. (...) Bir de şimdi hatırladım ByLock yüklenen flashta bir program daha vardı, o da VPN yazılı bir programdı, onu da telefona yükleyince ByLock'a girilmeden önce bu programı açınca telefonun ekran üst kısmında bir anahtar resmi çıkıyor, o programın çalıştığını gösteriyor, sonra hangi ülke ismi girilirse, internete o ülkeden girilmiş gibi gösteriliyor. (...)”

“(...) Hatırladığım kadarıyla 2015 yılı Mart - Nisan ayında (...) bize ByLock'un deşifre olduğun[u] ve güvenli olmadığını söyleyip, telefonlarımızdan Bylock'u sildirdi (...) ByLock o dönem cemaate mensup herkese yüklendi.”

17/25 Aralıktan sonra sohbetlerin azaltılması üzerine üyeleri motive etmek ve kopmalarını engellemek için BYLOCK isimli bir program ortaya atıldı (...) (...) bize güvendiğiniz kişilere bunu yükleyiniz dediler”

“(...) Bu program normal [Wh]atsap[p] programından farklıydı dışa kapalıydı sadece özel olarak yükleyen kişiler görüşürdü.”

Cemaat yapılanması içerisinde bulunan şahıslar ilk etapta Line, Coco, Whatsapp kullanıyordu. Son zamanlarda Cemaat içerisindeki bazı şahıslarda BYLOCK programı vardı(...)”

“Bu programı indirmemizi [M.Ö.] katıldığımız bir sohbette (...) deşifre olmamak adına ByLock isimli programı kullanmamız gerektiğini söyledi.”

“(...) ByLock programı telefonun ekranı üzerinde ‘[G]mail’ olarak gözükiyordu (...)”

Cemaat içerisinde önemli üst düzey görev yapan kişiler, eyalet imamları, büyük bölge imamları, rehberlik servisinde görev yapan kişiler BYLOCK programını kullanırlardı. Benim gibi alt kademede bulunan Bölge İmamları ile normal telefon ile görüşürlerdi. Ancak bir ara [H.Y.] tüm Bölge İmamlarına telefonlarına BYLOCK programını yüklemelerini söyledi.”

“(...) özellikle üst düzey olan kişiler tarafından telefonlarında iki ayrı BYLOCK programı yüklü idi. Biri içerisinde açıklayabileceği tanıdığı örgütle alakası olabilecek ancak açıklayabileceği kişiler bulunur. İkinci BYLOCK programında ise görevi ve görev [i]le ilgili kişilerin bulunduğu ikinci bir program yüklüdür. Polis yakaladığı zaman birinci programı gösterir. (...)”

[B]en ByLock programını (...) 2014 yılı yaz aylarında Google play store dan indirdim, (...) o dönemde böyle bir program kullanıldığını cemaatten arkadaşlardan duydum.”

Bu programdan sohbet konuları ve toplanma bilgileri yazılırdı. (...) Sohbet konuları F. GÜLEN kitapları, F. GÜLEN videoları ve dini konulardı (...)”

“Konuşma içeriklerini gelecek olursak; gözüktüne alınan (...) şahıslar ile ilgili bilgileri [ByLock üzerinden] paylaşıyorduk ve gözüktüne alınma durumunda nasıl hareket edeceğimiz konusunda ortak bir fikir alışverişinde bulunuyorduk.”

“Bu programı kurmam gerektiği bana şöyle anlatılmıştı. Hizmete o dönem ismiyle söylüyorum hizmet hareketine düşman olup, yok etmek isteyen devlet içi bazı güçler olduğu, kullandığımız dijital ortamlarda, internette veya telefonumuzda herhangi bir manipilasyonla suçlu duruma düşürülme riski olduğu, bu programı kullanarak bundan korunmamız gerektiği ifade edilerek [B]yLock programını yüklemem söylendi. ... [B]u program üzerinden doğal ve dini içerikli mesajlar gelirdi. Ayrıca genelde yaşanan bu çatışma süreciyle alakalı motive edici mesajlar gelirdi. Yani mesele az kaldı, bitecek, inşallah daha rahat olacaz tarzında mesajlar gelirdi. Bu şekilde motive edici mesajlar gelirdi. (...)”

Anayasa Mahkemesi ayrıca, deşifre edilen ByLock uygulamasında yapılan haberleşmelerinin içeriğinin örgüt ile bağlantılı olduğunu ve bunun Yargıtay kararlarında belirtildiğini hatırlatmıştır (bk. yukarıda 159. paragraf). Anayasa Mahkemesi aynı zamanda, örgütün bazı yöneticileri arasında,

Hükümetin yasaya aykırı olarak nasıl devrilebileceği ve örgütle bağlantılı yetkili adli makamının ve güvenlik servislerinin üyelerinin bu amaca nasıl katkıda bulunabileceğine ilişkin görüşmeleri tespit etmiştir.

177. Anayasa Mahkemesi, ByLock ile FETÖ/PDY arasındaki bağlantılara ilişkin çeşitli raporlarda ve Yargıtay kararlarında dile getirilen sonuçları ve bu uygulamanın kendisini örgüte bağlayan özelliklere sahip olduğunu (bk. yukarıda 114.-122. ve 158.-160. paragraflar) yineledikten sonra, bir kişinin ByLock kullanıp kullanmadığını belirlemek için yetkili makamların dayandığı farklı veri kaynaklarını, bu verilerin tabi tutulduğu işlem ve gerçek kullanıcılarla nasıl ilişkilendirildiğini incelemiştir. Anayasa Mahkemesi öncelikle, ByLock verilerinin esasen iki kaynaktan geldiğini belirtmiştir: İlk olarak, ByLock kullanıcıları, kullanıcıların kimlikleri, mesajlar, e-postalar ve sesli aramalar ve bu unsurlara ilişkin geçmiş kayıtlar hakkında bilgiler içeren MİT tarafından toplanan geçmiş ham veriler; ikinci olarak, Türkiye’den ByLock IP adresleriyle kurulan bağlantıları gösteren İnternet trafik bilgilerine ilişkin CGNAT verileri. Anayasa Mahkemesi, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edilen ham verilerin, hash kodla kilitlenmiş bir disk imajının oluşturulduğunu ve bunun, verilerde daha sonra olası değişikliklere karşı bir güvence teşkil edeceğini hatırlatmıştır. Anayasa Mahkemesi, bir nüshanın incelenmesi için KOM’a gönderilirken diğer nüshanın ise delil dairesi tarafından çelik bir kasada saklandığını eklemiştir. CGNAT verileri ile ilgili olarak, Anayasa Mahkemesi, adli hizmetlerin bu verilerin değiştirilemeyeceğini, bozulamayacağını ve diğer kaynaklarla çapraz kontrolle doğrulanabileceğini açıklamıştır.

178. Anayasa Mahkemesi ayrıca, yetkili soruşturma makamları tarafından düzenlenen raporlara göre, MİT tarafından Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına iletilen ham verilerin mevcut haliyle deşifre edilemediğini ve bu nedenle veriler ile ilgili istişare edilmesine ve farklı kullanıcıların kimlikleriyle ilişkilendirilmesine imkân vermek için bir arayüz geliştirildiğini kaydetmiştir.

(ii) Anayasa Mahkemesinin Kara'nın şikâyetlerine ilişkin vardığı sonuçlar

179. Davanın olgusal ve hukuki bağlamına ilişkin açıklamalarda bulunduktan sonra Anayasa Mahkemesi, Kara'nın şikâyetlerini incelemeye başlamıştır.

180. Anayasa Mahkemesi ilk olarak, Kara'nın MİT'in ve ardından adli makamların ByLock'un dijital verilerinin elde edilmesine ve işlenmesine ilişkin yasaları göz ardı ettiği ve bu nedenle mahkûmiyetinin hukuka aykırı delillere dayandığı iddiasını ele almıştır. Mahkeme, MİT tarafından, ByLock'un Litvanya'daki sunucusundan elde edilen verilerle ilgili olarak, soruşturma makamlarının ve Devlet güvenlik hizmetlerinin FETÖ/PDY'nin ulusal güvenlik için oluşturduğu tehdidin farkına varmaya başladığı dönemde, MİT'in de, Devlet İstihbarat Hizmetleri Kanunu'nun 4 ve 6. maddeleri gereğince üzerine düşen görevleri kapsamında, FETÖ/PDY'nin faaliyetlerine ilişkin soruşturmalar yürüttüğünü hatırlatmıştır. Anayasa Mahkemesi bu soruşturmaların MİT'in söz konusu ByLock verilerini elde etmesine yol açtığını ve bu verileri, suç teşkil eden unsurlar içerip içermediklerini kontrol edebilmeleri amacıyla soruşturma makamlarıyla usulüne uygun şekilde paylaştığını kaydetmiştir. Mahkeme MİT'in, yasal olarak ortaya çıkarılan ve kendi görev alanına (terörle mücadele) giren somut verileri (kulaktan dolma bilgilere dayanan soyut nitelikteki bilgileri değil) yetkili adli makamlara iletmekten ibaret olan eyleminin, delil unsurları toplamaya yönelik bir kolluk faaliyeti olarak değerlendirilemeyeceği kanaatine varmıştır. Anayasa Mahkemesi adli makamların kendilerine iletilen dijital unsurların gerçekliğini ve güvenilirliğini sınamalarının her zaman yapılabilir olduğunu ve mevcut davada CMK'nın 134. maddesinde öngörülen usule göre bunu yaptıklarını eklemiştir. Ayrıca, silahların eşitliği ilkesi ile çekişmeli yargılama ilkesinin gerektirdiği şekilde, savunma tarafına,

bu dijital verilerin doğruluğuna ve kullanımına itiraz etme imkânı verildiği gözlemlenmiştir.

181. Anayasa Mahkemesi daha sonra, mahkemelerin, mahkûmiyet kararı verirken için ByLock verilerine münhasıran veya belirleyici olarak dayanmış olmalarının, adil yargılamanın usuli güvencelerini her türlü etkiden yoksun bırakıp bırakmadığını ve açık bir keyfilik durumu teşkil edip etmediğini incelemiştir. Anayasa Mahkemesi, esas olarak Yargıtay Ceza Genel Kurulunun kararında ifade edildiği şekilde (26 Eylül 2017 tarihli karar, bk. yukarıda 158.-160. paragraflar) ByLock uygulamasının farklı özelliklerini hatırlatarak, ByLock ile ilgili yapılan tespit ve değerlendirmelerin, özellikle “münhasıran” FETÖ/PDY üyeleri tarafından kullanılmasını ve bu kullanımı gösteren unsurların ispat değerinin, olgusal temelden yoksun olduğunun söylenemeyeceğine karar vermiştir. Özellikle, Mahkeme, ByLock’un kullanıldığına dair tespitin tek bir veri grubundan kaynaklanmadığını, bu verilerin diğer kaynaklardan elde edilen bilgi, belge, kayıt ve verilerle çapraz kontrol yapılarak doğrulanmasına dayandığını vurgulamıştır. Anayasa Mahkemesi, bu koşullar altında ve silahlı terör örgütüne üye olma suçunun işlendiği sonucuna varabilmek için tek bir delil unsurunun yeterli olup olmadığını değerlendirmenin öncelikle yargılamayı yürüten mahkemenin görevi olduğunu göz önünde bulundurarak, ilgili kişinin, ByLock verilerine dayanılarak mahkûm edilmiş olmasının somut olayda usuli güvenceleri etkisiz kılmadığını ve açık bir keyfilik teşkil etmediğini değerlendirmiştir..

b) 15 Nisan 2021 tarihli Adnan Şen kararı (Başvuru no. 2018/8903)

182. Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu, 15 Nisan 2021 tarihinde, ByLock kullanması nedeniyle FETÖ/PDY üyeliğinden mahkûm edilen bir kişi hakkında başka bir karar vermiştir. Bu kararda, Anayasa Mahkemesi esas olarak suç ve cezada kanunilik ilkesinin (*kanunsuz suç ve ceza olmaz*) (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) ihlal edildiği iddialarını incelemiştir. Başvuran, mahkemelerce, silahlı terör örgütüne üye olma suçuna ilişkin

yapılan yorumun öngörülebilir olmadığını ve mahkûmiyetinin suç teşkil etmeyen eylemlere dayandığını ileri sürmüştür. Başvuran, özellikle, daha önce “Gülen hareketi” olarak bilinen yapının, Milli Güvenlik Kurulunun 26 Mayıs 2016 tarihli kararıyla terör örgütü olarak nitelendirildiğini, bu organın önceki kararlarının hiçbir şekilde bu niteliği atfetmediğini ve söz konusu yapının bir terör örgütü olduğunu gösterebilecek şiddet eylemlerinin bu tarihten önce işlendiğine dair hiçbir unsur bulunmadığını iddia etmiştir.

183. Anayasa Mahkemesi, *Ferhat Kara* davasında benimsediği yaklaşıma benzer bir yaklaşım izleyerek, öncelikle FETÖ/PDY’nin özelliklerini ve faaliyetlerini incelemiştir. Bu örgütün gizli faaliyetlerinin 2013 yılından bu yana soruşturulduğunu ve kovuşturulduğunu hatırlatarak, daha önce *Ferhat Kara* kararında bahsedilen ve örgütün nihai amaçlarını ortaya koyan olayları sıralamıştır (yukarıda 172. paragraf), Ayrıca, darbe girişiminden önce FETÖ/PDY mensubu olduğundan şüphelenilen kişilere karşı açılan diğer ceza davalarına da atıfta bulunmuştur: 2015 yılında, Hrant Dink suikast planından haberdar olmalarına rağmen bunu engellemek için hiçbir tedbir almamakla suçlanan polis memurları hakkında, bu kişilerin eylemsizliklerinin, örgütün hedeflerine ulaşma amacı taşıdığı varsayıldığından, açılan dava; Başbakan’ın konutu ve ofislerinin yanı sıra gizli üst düzey toplantıların yapıldığı yerlere mikrofonlar koydukları ve üst düzey devlet görevlilerinin kriptolu telefonlarını dinledikleri şüphesiyle 2014 ve 2015 yıllarında bazı kamu görevlilerine karşı casusluk nedeniyle başlatılan kovuşturmalar; ve örgüt üyelerine, kamu hizmetine giriş ve terfi sınavının sorularının verildiği iddialarıyla ilgili olarak açılan çok sayıda soruşturma.

184. Anayasa Mahkemesi daha sonra silahlı terör örgütüne üye olma suçuna ilişkin iç hukuku ve uygulamayı incelemiştir. Yargıtayın yerleşik içtihadına göre, bir kişinin bu suçtan ancak mahkemenin i) kişinin faaliyetlerinin sürekliliği, çeşitliliği ve yoğunluğu temelinde, bu kişi ile örgüt arasında organik bağın varlığını tespit edebilmesi ve ii) bu kişinin, örgütün hiyerarşik yapısı kapsamında bilerek ve isteyerek hareket ettiğini

gösterebilmesi halinde suçlu bulunabileceğini kaydetmiştir. Anayasa Mahkemesi, Yargıtayın birçok kararı arasından, 16. Ceza Dairesinin bir kararına (E.2019/521, K.2019/4679, 5 Temmuz 2019) atıfta bulunmuştur. Bu kararın ilgili kısımları aşağıdaki şekildedir:

“Örgüt üyesi, örgütün hedeflerini benimseyen, örgütün hiyerarşik yapısına bağlı olan ve [kendisine] verilecek görevleri yerine getirmeye hazır olmak üzere örgütün iradesine boyun eğen kişidir (...) Bir kişinin, bir örgütün üyesi olarak kabul edilebilmesi için, örgütle organik bir bağının olması ve örgütün faaliyetlerine katılması gerekir. [Yasaklanmış bir örgüte] üyelik suçunun en önemli kurucu unsuru olan organik bağ dinamik, geçişli ve aktif bir bağdır: İlgili kişiyi, örgütün emir ve talimatlarını yerine getirmek üzere örgütün kullanımına verir ve [kişinin] hiyerarşik konumunu belirler. [Bir örgüte yardım etme [suçu] ve örgüt adına işlenen suçlar, failin [örgütten] emir ve talimat aldığı [da] varsayar. Ancak, [yasaklanmış] bir örgüte üye olma suçunun ayırt edici kriteri, üyenin, örgütün hiyerarşisinden gelen tüm emir ve talimatları sorgulamadan, tam bir teslimiyetle yerine getirmeye hazır olmasıdır.

(...)

Bir kişinin] bir terör örgütüne mensup olmaktan dolayı cezalandırılabilmesi için, bu örgütün faaliyetleriyle bağlantılı ve örgütün amaçlarını gerçekleştirmeye yönelik bir suç işlemiş olması gerekli olmamasına rağmen, örgütün varlığına veya gelişimine maddi veya fikri olarak somut bir katkıda bulunmuş olması gerekmektedir (...)

(...)

Yerleşik yargı uygulamasına göre, (...) silahlı örgüt üyeliği suçunun oluşabilmesi için, söz konusu kişinin, örgütle organik bir bağının olması ve genel kural olarak, belirli bir süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk arz eden eylem ve faaliyetlerin faili olması gerekmektedir. Ancak, bu “süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk” koşulunun karşılanmadığı durumlarda dahi, niteliği, işleniş biçimi, yol açtığı zarar ve tehlikenin boyutu ve örgütün amaçlarına ulaşmasına katkısı (...) göz önünde bulundurulduğunda, yalnızca örgüt üyeleri tarafından işlenebilecek eylemlerin faileri de örgüt üyesi olarak kabul edilecektir. (...)

(...)

Manevi unsur: Suçun manevi unsuru, doğrudan kast ve “suç işleme amacı veya hedefidir”. Bir kişinin örgüt mensubu olarak kabul edilebilmesi için, o örgütün suç işlediğini [veya] suç işleme amacının olduğunu bilmesi gerekir.

(...)”

Anayasa Mahkemesi ayrıca, sohbetlere katılma (özellikle 2013 yılından önce), bir bölge imamıyla veya örgüt üyesi olduğundan şüphelenilen diğer kişilerle (telefonla) iletişim kurma, örgüt tarafından yayımlanan gazetelere abone olma ve çocukları, örgüte bağlı okullara kaydettirme gibi fiillerin, FETÖ/PDY ile organik bağın varlığını veya hiyerarşik yapısına mensubiyeti düşündürmediği için FETÖ/PDY’ye sempati duymanın ve iltisaklı olmanın ötesine geçmediği kabul edilen çeşitli Yargıtay kararlarına da atıfta bulunmuştur.

185. Anayasa Mahkemesi, “terör” ve “terörizm” kavramlarının evrensel olarak kabul edilmiş bir tanımı olmadığını kaydetmiştir. Bununla birlikte, terör suçları hakkında karar verirken, mahkemelerin, iç hukuku, suç ve cezaların kanuniliği ilkesini anlamsız kılmayacak şekilde öngörülebilir bir şekilde yorumlamaları gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme, bu ilke açısından mevcut davadaki esas meselenin, darbe girişiminden önce FETÖ/PDY ile bağlantılı olarak işlenen fiillerin, FETÖ/PDY’nin suç teşkil eden faaliyetlerinin o dönemde henüz kamuoyu tarafından bilinmediği göz önüne alındığında, bu örgüte üyeliğin delil unsuru olarak kabul edilip edilemeyeceği olduğunu gözlemlemiştir.

186. Bu bağlamda, Türk hukukunda, terör örgütü olarak nitelendirmenin ancak bir mahkeme kararıyla mümkün olabileceğini kabul etmiştir. Bununla birlikte, FETÖ/PDY’nin bir mahkeme kararıyla terör örgütü olarak nitelendirilmesinden önce bile, bu örgütün oluşturduğu tehdidin Milli Güvenlik Kurulu kararlarında ve 2014 yılı Milli Güvenlik Siyaset Belgesi’nde kabul edildiğini ve darbe girişiminden önce FETÖ/PDY’ye üye olma şüphesiyle çok sayıda soruşturma açıldığını hatırlatmıştır.

187. Anayasa Mahkemesi ayrıca, bir örgütü “terörist” ilan eden bir mahkeme kararı bulunmamasının, söz konusu örgütün üyelerinin cezai olarak sorumlu tutulmasını engellemediğini; zira aksi bir muhakemenin, örgütün, terörist olarak nitelendirildiği mahkeme kararından önceki dönem için tüm üyelerinin cezasız kalması sonucunu doğuracağını vurgulamıştır. Bununla birlikte, mahkemelerin, bir bireyin FETÖ/PDY’ye mensup olup olmadığını belirlerken, uzun yıllar boyunca, nüfusun önemli bir kısmının bu örgütü, özellikle eğitim alanında, toplumun iyiliği için faaliyetler yürüten dini bir grup olarak tanıdığını ve yasa dışı doğasının farkında olmadan bu bağlamda desteklediğini göz önünde bulundurmaları gerektiğini belirtmiştir. Bu nedenle Mahkeme, bir sanığın FETÖ/PDY’nin gerçek doğasından habersiz olduğunu iddia ettiğinde, bu iddianın, söz konusu kişinin örgütteki pozisyonu ve kendisine atfedilen eylemlerin niteliği gibi unsurları göz önünde bulundurarak, Türk Ceza Kanunu’nun, hata ile ilgili 30. maddesi açısından incelenmesinin uygun olduğunu belirtmiştir (yukarıda 148. paragraf). Anayasa Mahkemesi adli makamların, FETÖ/PDY’nin faaliyetlerinin, Devletin farklı kademelerinde ve toplumda suçlamalara konu olmaya başlamadan önce işlenen eylemlerin, nitelikleri ve içerikleri göz önüne alındığında, somut olay ve olgular ile unsurlar, bu eylemlerin terör örgütüne hizmet etmek için gerçekleştirildiğini göstermedikçe, örgütün suç faaliyetleri kapsamına girdiği şeklinde değerlendirmemesi gerektiğini eklemiştir. Başka bir ifadeyle, mahkemeler, somut delil unsurlarına dayanarak, söz konusu eylemlerin, örgütün amaçlarının gerçekleşmesine katkıda bulunmak için ve örgütle bir ilişki kapsamında işlenip işlenmediğini belirlemeye çalışmalıdır.

188. Anayasa Mahkemesi daha sonra davanın olay ve olgularına dönerek, başvuran Adnan Şen’in, ByLock kullanması dolayısıyla değil ByLock kullanmasının FETÖ/PDY üyeliğinin kanıtı olarak görülmesi nedeniyle mahkûm edildiğine karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi, FETÖ/PDY üyelerinin 2014 yılının başından itibaren ByLock’u, örgüt içinde gizli kalarak iletişimi sağlamak için kullandıkları tespitine dayanarak, davayı gören

mahkemelerin, ilgili kişinin örgütle bağlantılı bu uygulamayı örgüte özgü amaçlara hizmet etmek için kullandığına ve bu nedenle örgütün suç teşkil eden niyetleri hakkında tam bilgi sahibi olarak hareket ettiğine karar verdiklerini kaydetmiştir. Bu nedenle, gerekli süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk koşullarının karşılandığını ve ayrıca, başvuranın, olaylar sırasında silahlı terör örgütüne üye olma suçunun unsurları hakkında bilgi sahibi olacak durumda olduğunu kaydetmiştir. Son olarak, Anayasa Mahkemesi başvuran hakkındaki davayı gören mahkemelerin, söz konusu suçun kapsamını, suç ve cezaların kanuniliği ilkesini ihlal edecek şekilde gereksiz yere genişletmediğini ve bu nedenle söz konusu tespitlerin öngörülebilir olduğunu vurgulamıştır.

3. 1999 yılında F. Gülen'e karşı açılan ceza davası

189. 1999 yılında açılan bir soruşturmanın ardından, Ankara Başsavcılığı, 31 Ağustos 2000 tarihinde, F. Gülen hakkında terör örgütü kurma ve yönetme nedeniyle bir iddianame hazırlamıştır. Savcı, esas olarak söz konusu grubun örgütlenmesine, stratejisine ve faaliyetlerine atıfta bulunarak, sanığın, görünüşte rasyonalizmi, bilimi ve teknolojiyi desteklemesine rağmen, sinsice, demokratik, laik ve sosyal hukuk devletini yıkma ve yerine kendi dünya görüşüne uygun olarak şeriata dayalı bir rejim getirme amacını güden bir yapı kurduğunu ileri sürmüştür. İddianamede, söz konusu örgütün, amaçlarına ulaşmak için cebir, şiddet, korkutma ya da tehdit kullandığına dair herhangi bir ifade yer almamaktaydı.

190. Ankara 2. Devlet Güvenlik Mahkemesi, 10 Mart 2003 tarihli bir kararla, 23 Nisan 1999 tarihinden önce işlenen bazı suçlar için erteleme imkânı öngören 4616 sayılı Kanun'un 4. maddesi uyarınca, davanın esasına ilişkin nihai kararların verilmesinin ertelenmesine karar vermiştir (*Urat/Türkiye*, no. 53561/09 ve 13952/11, § 38, 27 Kasım 2018).

191. Terörle Mücadele Kanunu'nun 1. maddesinin 15 Temmuz 2003 tarihinde değiştirilmesinin ardından (yukarıda 149. paragraf) sanık, kendisine

isnat edilen fiillerin, bu Kanun kapsamında artık bir suç teşkil etmediğini ileri sürerek, dosyanın yeniden incelenmesini ve erteleme kararının incelenmesini talep etmiştir.

192. İlgilinin yeniden inceleme talebi kabul edilmiş ve Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesi 5 Mayıs 2006 tarihinde, başvuranın beraatine karar vermiştir. Terörle Mücadele Kanunu’nun 1. maddesinin değiştirilmesinden itibaren, terör kavramının, anayasal düzeni değiştirmek amacıyla en az iki kişi tarafından “cebir ve şiddet kullanılarak” işlenen “suç” niteliğindeki eylemlerle sınırlandırıldığına karar vermiştir. Ağır Ceza Mahkemesi, dosyadaki delil unsurlarına dayanarak, sanığın, anayasal düzeni değiştirme amacı taşıdığının tespit edilmediği ve böyle bir amacının olduğu yönündeki iddiaların tahmin ve varsayıma dayandığı kanaatine varmıştır. Böyle bir amaç güttüğünü varsayılsa bile, sanığın veya onunla bağlantılı örgütlerin cebir ve şiddet kullanmayı benimsediklerini, buna fiilen başvurduklarını veya başka bir suç teşkil eden eylemlerde bulunduklarını düşündürecek hiçbir delil unsuru bulunmadığı değerlendirilmiştir. Ayrıca, Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesi, Terörle Mücadele Kanunu uyarınca, bir “örgütün” en az iki kişiden oluşması gerekirken, önündeki davada sadece bir sanık olduğunu da gözlemlemiştir. Bu nedenle, Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesi, Terörle Mücadele Kanunu’nun 1. maddesi kapsamında bir “terör eylemi” ve “terör örgütü” varlığının tespit edilmemesi halinde, sanığın, bu Kanun’un 7. maddesinin 1. fıkrası anlamında “örgüt kurmak veya yönetmekle” suçlanamayacağı sonucuna varmıştır.

193. Yargıtay, 5 Mart 2008 tarihinde, Ağır Ceza Mahkemesinin kararını onamıştır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 24 Haziran 2008 tarihinde, Yargıtay Başsavcısı tarafından yapılan itirazı reddetmiş ve karar kesinleşmiştir.

II. ULUSLARARASI HUKUK KURALLARI VE UYGULAMASI

A. Birleşmiş Milletler

194. 1966 tarihli Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin (ICCPR) 15. maddesi aşağıdaki şekildedir:

Madde 15

“1. Hiç kimse, işlendiği zamanda ulusal ya da uluslararası hukuk kapsamında suç sayılmayan bir fiil veya ihmal yüzünden suçlu sayılamaz. Suç sayılan bir fiile, işlendiği zaman yürürlükte olan bir cezadan daha ağır ceza verilemez. (...)”

195. BM İnsan Hakları Komitesi, 15 Mart ve 2 Nisan 2004 tarihlerinde yapılan 80. oturumunda kabul ettiği *Nicholas/Avustralya* (İHK, BM, resmi belgeler, CCPR/C/80/D/1080/2002) kararında, cezai bir suçtan mahkûmiyet kararı verilebilmesi için, iddia makamının, bu suçun her bir kurucu unsurunun yeterince ikna edici şekilde ortaya konduğunu göstermesi gerektiğini belirtmiştir:

“(7.5) (...) [Komite], 15. maddenin 1. fıkrasında, bir kişinin suçlu bulunduğu “fiillerin veya ihmallerin” “cezai bir suç” teşkil etmesini gerektirdiğini kaydetmektedir. Belirli bir fiil veya ihmalin cezai bir suçtan mahkûmiyete yol açıp açmadığı soyut olarak belirlenemez; bu mesele ancak suçun kurucu unsurlarının varlığını göstermeye yönelik delillerin yeterince ikna edici bir şekilde ortaya konduğu bir yargılamanın sonunda karara bağlanabilir. Suçun gerekli kurucu unsurunun varlığının, ulusal (veya uluslararası) metinlerin hükümlerine uygun olarak, gerektiği şekilde ispatlanmasının mümkün olmaması halinde, bir kişinin söz konusu fiil veya ihmalden dolayı mahkûm edilmesi, *kanunsuz suç ve ceza olmaz (nulle crimen sine lege)* özdeyişiyle özetlenen ilkenin ve 15. maddenin 1. fıkrasında yer alan hukuki güvenlik ilkesinin ihlali anlamına gelir.”

196. Birleşmiş Milletler Keyfi Tutuklamalar Çalışma Grubu (“WGAD”), 20 - 24 Ağustos 2018 tarihleri arasında gerçekleştirilen 82. toplantısında, özellikle ByLock uygulamasını kullandığı iddiasına dayanılarak FETÖ/PDY'ye üye olduğuna dair hakkında şüphelenilmesi nedeniyle

tutuklanan bir kişiye ilişkin olarak bir görüş (no. 42/2018) kabul etmiştir. WGAD’ın mevcut davaya ilişkin vardığı sonuçlar aşağıdaki gibidir (dipnotlar çıkarılmıştır):

“87. Çalışma Grubu aynı zamanda, Hükümetin Yayman’ın ByLock gibi sıradan bir bir mesajlaşma uygulamasını kullanmasının nasıl suç faaliyeti teşkil ettiğini gösteremediğini saptamaktadır. (...)

88. Çalışma Grubu, Yayman’ın ByLock uygulamasını kullanması halinde bile -ki kendisi bunu reddetmektedir-, bu durumun yalnızca düşünce özgürlüğü ve ifade özgürlüğü hakkının kullanılması kapsamına girebileceği kanısına varmaktadır. (...)

(...)

107. Çalışma Grubu, davanın sadece, son on sekiz ay boyunca kendisine sunulan, Gülen hareketiyle olan bağlantılarını sürdürmekle suçlanan kişilere ilişkin davalardan biri olduğunu saptamaktadır. Bu davalardan hiçbirisi gerçekte, bu hareketin üyesi olan veya bunun suç faaliyetlerini aktif olarak destekleyen kişilerle ilgili değildir. İlgililer daha ziyade, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri tarafından kullanılan ifadeler yeniden ele alındığında, bu hareketin şiddet kullanmaya hazır olduğunu göz ardı edebilecek, harekete bağlı olan ve yasal olarak oluşturulan kuruluşların sempatizan, partizan veya üyeleridirler. Çalışma Grubu, her defasında, tutukluluğun keyfi olduğu ve bu durumun söz konusu hareketle bağlantıları bulunan kişilerin hiçbir zaman bu hareketin aktif üyeleri olmamalarına ve bu hareketin suç faaliyetlerini desteklememelerine rağmen, sistematik olarak hedef alındıklarını gösterdiği sonucuna varmıştır. (...) ”

197. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi (“İHK”), 27 Haziran - 27 Temmuz 2022 tarihleri arasında gerçekleştirilen 135. toplantısında, özellikle ByLock’un kullanılmasına ve Bank Asyada işlemlerin gerçekleştirilmesine dayanılarak, FETÖ/PDY’e üye olmak suçundan verilen bir mahkûmiyet kararıyla ilgili olan, *Alakuş/Türkiye* bildirimine (CCPR/C/135/D/3736/2020) ilişkin tespitlerini kabul etmiştir. Bu mahkûmiyet kararının suç olarak tanımlanmayan ya da iç hukukun hükümleri tarafından yasaklanmayan eylemlere dayandırılması nedeniyle, MSHUS’un 15. maddesinin 1. fıkrasını ihlal etmesine ilişkin şikâyetle ilgili olarak, Komitenin mevcut davaya ilişkin

vardığı sonuçlar aşağıdaki gibidir (Yazı İşleri Müdürlüğünün çevirisi, dipnotlar çıkarılmıştır):

“10.6 Komite, cezai konularda, hukukun üstünlüğünün temel ilkelerinden biri olan yasallık ilkesinin hem cezai sorumluluğu hem de öngörülen cezanın söz konusu eylem ya da ihmalin gerçekleştirildiği tarihte yürürlükte olan hukukun açık ve kesin hükümleriyle sınırlı olmasını gerektirdiğini hatırlatmaktadır. Böylelikle Komite, kendi incelemesi bağlamında yalnızca, ilgilinin eylemlerinin, gerçekleştirildiği tarihte, Türk Ceza Kanunu ya da uluslararası hukukta yeterince tanımlanan suçları teşkil edip etmedikleri hususuna yoğunlaşmaktadır. (...) Komite, ilke olarak, sadece şifreli bir iletişim aracının kullanılması veya yüklenmesi ya da bir banka hesabına sahip olunmasının kendiliğinden, konuşma kayıtları gibi diğer unsurlarla desteklenmediği sürece, yasa dışı silahlı örgüte üyeliğin bir delilini teşkil edemeyeceği kanısına varmaktadır. Taraf Devletin belgelere dayanan bir delil sunmaması nedeniyle, Komite, bu koşullarda, 15. maddenin 1. fıkrası ile korunan ilgilinin haklarının ihlal edildiği sonucuna varmaktadır.”

B. Avrupa Konseyi

1. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri

198. İnsan Hakları Komiseri Nils Muižnieks, 27 - 29 Eylül 2016 tarihleri arasında Türkiye’ye düzenlenen ziyaretin sonunda, 7 Ekim 2016 tarihinde, bu ülkede olağanüstü hal sırasında alınan tedbirlerin insan haklarına saygı üzerindeki etkilerine yer veren bir memorandum (CommDH (2016)35) yayımlamıştır. Bu memorandumun ilgili kısımları aşağıdaki gibidir (Yazı İşleri Müdürlüğünün çevirisi, dipnotlar çıkarılmıştır):

“13. Komiser, insan haklarını veya bilhassa masumiyet karinesi, cezai sorumluluğun kişisel niteliği ve cezaların bireyselleştirilmesi, cezaların yasallığı, Türk Ceza Kanunu’nun geriye yürümezliği, hukuki güvenlik, savunma hakkı ve silahların eşitliği gibi hukukun genel ilkelerini hiçbir zaman kısıtlamaksızın, bu mücadeleyi yürütmenin Türk makamlarının yararına olduğu konusunda ikna olmuştur. (...)

(...)

19. Yetkili makamlar, Komisere, Hükümet ve toplumun bilhassa 17-25 Aralık 2013 tarihli olaylar sırasında, [darbe girişimi] öncesinden itibaren söz konusu örgütün oluşturduğu tehlikeyi algıladığını belirtmişlerdir. Komiser aynı zamanda, Milli Güvenlik Kurulunun 2015 yılından itibaren FETÖ/PDY'yi terör örgütü olarak nitelendirdiği yönündeki bilgiyi dikkate almıştır. Bununla birlikte Komiser, bu kuruluş tarafından sunulan görüşlerin topluma yönelik değil, Bakanlar Kuruluna yönelik olduğunu tespit etmektedir.

20. Bu nedenle, Komiser aynı zamanda, bu örgütün, terörün tanımına ilişkin zorunlu bir kriter olan, şiddete başvurmaya hazır olmasına rağmen, Türk toplumunun bir bütün olarak yalnızca darbe girişiminden itibaren bu durumun farkına vardığını dikkate almalıdır. Ayrıca, Türk makamlarına göre, bu türden bir mahkeme kararının verilmesinin ulusal hukuk düzeninde bir örgütün terörist niteliğinin kabul edilmesi konusunda temel bir eylemi teşkil etmesine rağmen, bu örgüt halen Yargıtayın kesinleşmiş kararıyla bir terör örgütü olarak kabul edilmemiştir. Fethullah [sic] Gülen hareketinin gerekçeleri ve işleyişinin Türk toplumunun farklı kesimlerinde yol açtığı büyük güvensizliğe rağmen, bu hareketin onlarca yıl boyunca başarılı olduğu ve yakın bir tarihe kadar, Türk toplumunun bütün kesimlerinde, özellikle dini kuruluşlarda, eğitimde, sivil toplum ve sendikalarda, basın organlarında, mali işler ve ticaretle saygınlığını genişletmek ve düzenlemek için önemli bir özgürlükten yararlandığı anlaşılmaktadır. Ayrıca 15 Temmuz tarihinden sonra dağıtılan, bu harekete bağlı birçok örgütün yasal olarak oluşturulduğu ve bu tarihe kadar yasal bir şekilde faaliyet gösterdiği konusunda herhangi bir şüphe bulunmamaktadır. Bu hareketle herhangi bir şekilde iletişim halinde olmayan veya bağlantılı olmayan çok az sayıda Türk vatandaşının bulunduğu genel olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır.

21. Komiser, bu değerlendirmeler bağlamında FETÖ/PDY'nin niteliği veya gerekçeleri hakkında herhangi bir ön yargıya varılmadığı hususu üzerinde durmakta, ancak bir yandan, yasaya aykırı faaliyetlerde bulunan kişiler ile diğer yandan, yalnızca sempatzan veya partizan ya da FETÖ/PDY'nin şiddet kullanmaya hazır olduğunu bilmeksizin, yasal olarak oluşturulan kuruluşların üyeleri olan, ancak bu hareketle iltisak bağı bulunan kişiler arasında bu örgüte üye olma veya bu örgütü destekleme suçlarının cezalandırılması bağlamında ayırım yapma gerekliliğini vurgulamaktadır. (...)

22. Dolayısıyla Komiser, yetkili makamları, bir yandan, yalnızca kanuna saygı çerçevesinde oluşturulan ve hareket eden bir örgütün Fethullah [sic] Gülen hareketine bağlı olmasına rağmen, bu örgüte üye olunması ya da bağlı olunmasının kişiye cezai

sorumluluk yüklemek için yeterli olmadığını çok açık bir şekilde bildirerek, bu korkuları dağıtmaya ve diğer yandan, 15 Temmuz tarihinden önce yasal olan eylemlerin geriye dönük terör suçlamalarına konu edilmemesini güvence altına alma konusunda teşvik etmektedir.

(...)

28. Ayrıca, olağanüstü hal sırasından alınan tedbirlerin, yalnızca ilgili koşulların gerektirdiği bir ölçüde, AİH Sözleşmesi'ne aykırı olabileceğini ve dolayısıyla, izlenen amaçla orantılı olması gerektiğini göz önünde bulundurmak gerekmektedir. Türkiye tarafından AİH Sözleşmesi'nin askıya alınması kapsamında, bu amaç, ulusun hayatına yönelik bir tehdit oluşturan ve “darbe girişimi ve bunun sonuçları ile diğer terör eylemlerinin” teşkil ettiği, kamu güvenliği ve düzeni açısından ciddi tehlikeleri önlemektir. Ayrıca kamu kesimine ilişkin olarak, asker, istihbarat servisi görevlisi, polis memuru veya hâkim gibi, Devletin egemenliğine ilişkin görevlerin yerine getirilmesine katılan kamu görevlisinin teşkil ettiği tehdit, öğretmen, öğretim görevlisi ya da niteliksiz bir işçinin oluşturduğu tehditle karşılaştırılmaz. (...) ”

199. İnsan Hakları Komiseri Dunja Mijatović, 1 - 5 Temmuz 2019 tarihleri arasında düzenlenen bir ziyaret için Türkiye'ye gitmiştir. 19 Şubat 2020 tarihinde yayımlanan, bu ziyarete ilişkin raporun (CommDH(2020)1) ilgili kısımları aşağıdaki gibidir (Yazı İşleri Müdürlüğü'nün çevirisi, dipnotlar çıkarılmıştır):

1.2.1 Türk Ceza Hukuku ve Uygulaması Hakkında Genel Görüşler

“36. (...) Özellikle, Komiserliğin Türkiye ile ilgili çalışması birçok defa, birkaç yıldan beri meydana gelen pek çok gelişmeye rağmen, Türk yargı sisteminde terör veya silahlı bir suç örgütüne üyelik kavramlarının çok geniş bir şekilde yorumlanmasının kabul edildiğinin gözlemlenmesini sağlamıştır.

(...)

43. (...) Olağanüstü hâl ve FETÖ/PDY'ye üyelikle ilgili suçlara ilişkin ceza kovuşturmalarının [hukuki güvenlik üzerinde] bilhassa olumsuz sonuçlara yol açtığı ortaya çıkmaktadır: Davaların birçoğunda, FETÖ/PDY'ye üyelik esasen, “ByLock” isimli telefon uygulamasının kullanılması, Bank Asyaya para yatırılması ve Fethullah [sic] Gülen'e bağlı okul ya da hastane kuruluşlarına sık sık gidilmesi veya bunlarla bağlantıların sürdürülmesi gibi eylemlere dayanılarak belirlenmiştir. Bu türden bir yaklaşım, 2016 yılının Temmuz ayında gerçekleştirilen darbe girişimine kadar bu

kuruluşların Devletin yetkili makamları tarafından verilen izinler gereğince faaliyetlerini sürdürdükleri hususunu göz ardı etmekte ve böylelikle, ilgili kişilerin bu izinlere güvenmemeleri ve bu kuruluşlarla ilişkilerine son vermeleri gerektiğini varsaymaktadır. (...)

44. Komiser, bu yaklaşımın sonuçlarının hukuki güvenlik ilkesi ve suçların öngörülebilirliği ilkesi ve genel olarak hukukun üstünlüğüyle ilgili olarak endişe verici olduğu, zira herkesin söz konusu olayların ardından uzun bir süre sonra bile, geriye dönük bir şekilde suç örgütünün üyesi olarak kabul edilebileceği kanaatine varmaktadır.

(...)

48. Mahkeme nezdinde [*Kavala/Türkiye*, no. 28749/18, 10 Aralık 2019] davasına ilişkin müdahil taraf olması bağlamında, Komiser aynı zamanda, Türkiye’de ceza yargısının durumu hakkında daha genel görüşler dile getirmiştir. Komiser bilhassa, bu türden diğer davalarda olduğu gibi bu davada da Cumhuriyet savcıları ve mahkemelerin öncelikle delilleri toplamadan veya bunları incelemeden önce bile, suçluluğu kanıtlamak için delil unsurlarıyla hareket etmek yerine, iddia edilen bir niyeti veya suç saığını şüpheliye atfettiklerini tespit etmiştir. Bu yöntem, ceza yargılamasının bütün aşamalarında, özellikle soruşturma, yakalama ve tutuklamalar kapsamında gözlemlenmektedir, ancak davalar sırasında ve verilen karar ve hükümlerde daha açık olarak gözlemlenmektedir. Bu durum, demokratik bir toplumda yasal olarak değerlendirilmesi gereken eylemler, özellikle AİH Sözleşmesi ile korunan açıklama ve davranışların özel bir önem taşıyan suçların işlenmesine yönelik suç kastına delil teşkil eden dolaylı unsurlar olarak yeniden yorumlandığı bir duruma katkıda bulunmaktadır. Bu türden bir durum, hukuki güvenliği zayıflatmakta ve yine Türk toplumunun bütün kesimlerinde gözlemlenen yıldırmanın güçlü etkisini artırmaktadır. Komiser nazarında, kastla ilgili davaların sonuçlanması yönünde açık bir risk bulunmaktadır ve bu risk kapsamında, herhangi bir maddi unsur bundan böyle sanığın masumiyetinin kanıtlanmasına imkân vermemektedir. ”

2. Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu)

200. Venedik Komisyonu tarafından 71. genel toplantısında (Venedik, 1-2 Haziran 2007) sırasında kabul edilen ve 102. genel toplantısında (Venedik, 20-21 Mart 2015) güncelleştirilen (CDL-AD(2015)010), güvenlik

hizmetlerinin demokratik denetimine ilişkin raporun ilgili kısımları aşağıdaki gibidir:

“1. Devletin iç ve dış güvenliğinin korunması, Devletin diğer değer ve menfaatlerinin korunması için hayati niteliktedir. Bir Devlet, ulusal güvenliğe karşı tehditleri tahmin etmek, önlemek ve bunlardan korunmak için, istihbarat ve etkili güvenlik hizmetlerine ihtiyaç duymaktadır: İstihbarat, modern hükümetler için kaçınılmaz bir gerekliliktir.

(...)

3. (...) İstihbarat, terörle mücadele etmek için Devletin elinde bulunan temel silahlardan biridir (...)”

201. Venedik Komisyonu, 106. genel toplantısında, 11 ve 12 Mart 2016 tarihlerinde, Türk Ceza Kanunu’nun 216, 299, 301 ve 314. maddeleri hakkında bir görüş kabul etmiştir (CDL-AD(2016)002). Bu görüşün ilgili kısımları aşağıdaki gibidir (dipnotlar çıkarılmıştır):

“1. Silahlı Bir Örgüte Üye Olma (Madde 314)

(...)

100. Yargıtay, zengin bir içtihat geliştirmiş ve bu içtihat bağlamında, silahlı bir örgüte “üye olma” kavramını açıklamaktadır. Yargıtay, çeşitli şüphelilerin çeşitli eylemlerini inceleyerek, bunların şüphelinin örgütle “organik bir bağ” sürdürdüğünü kanıtlayıp kanıtlamadıklarını veya bu eylemlerin örgütün “hiyerarşik yapısı” içinde bilerek ve kasten işlendiğinin kabul edilip edilemeyeceğini belirlemek için “bunların sürekliliği, çeşitliliği ve yoğunluğunu” dikkate almıştır. (...)

101. Örgütle olan bu “organik bağın” davalıya atfedilen eylemler bakımından kanıtlanamaması halinde -bu eylemler süreklilik, çeşitlilik veya yoğunluk taşımazlar-, silahlı bir örgüte yardım ve destek veya silahlı bir örgüt adına suçun işlenmesi ile ilgili 220. maddenin fıkraları uygulanabilmektedir. (...)

102. Hükümet dışı kaynaklara göre, 314. maddenin uygulanması bağlamında, ulusal mahkemeler, çok zayıf delil unsurları bakımından bir kişinin silahlı örgüte üye olup olmadığını sıklıkla belirlemektedirler ve bu durum, bu maddenin uygulanmasının “öngörülebilirliğine” ilişkin sorunları ortaya koymaktadır. (...)

(...)

105. (...) Komisyon, 314. maddenin uygulanması kapsamında, çok zayıf delil unsurlarına dayanan mahkûmiyet kararlarının Sözleşme'nin 7. maddesiyle bağdaşmayabileceğini, zira bu hükmün diğerlerinin yanı sıra, ceza hukukunun örnek olarak, kıyaslarda bulunarak, bir sanığın aleyhine çok geniş bir şekilde yorumlanmaması gerektiği yönündeki ilkeye yer verdiğini yeniden belirtmektedir. (...) Silahlı bir örgüte üyeliğe ilişkin her türlü iddia, makul şüphe kriterine karşı koyan, ikna edici unsurlara dayanmalıdır.

106. Sonuç olarak, Venedik Komisyonu öncelikle, Yargıtayın içtihadında düzenlenen kriterlerin katı bir şekilde uygulanmasını tavsiye etmektedir ve bu kriterlere göre, bir davalıya atfedilen eylemlerin “bunların sürekliliği, çeşitliliği ve yoğunluğu” bağlamında, davalının örgütle sürdürdüğü “organik bağı” göstermeli veya davalının örgütün “hiyerarşik yapısında” bilerek ve kasten hareket ettiğini kanıtlamalıdır. Bu kriterlerin esnek bir şekilde uygulanması, özellikle Sözleşme'nin 7. maddesi anlamında yasallık ilkesiyle bağdaşmazlığa yol açabilmektedir.

(...)”

202. Venedik Komisyonu tarafından 66. genel toplantısında (Venedik, 17-18 Mart 2006) kabul edilen, acil durumlarda insan haklarının korunmasına ilişkin görüşün mevcut davayla ilgili kısımları aşağıdaki gibidir (dipnotlar çıkarılmıştır):

“8. Bir yandan, ulusal güvenlik ve kamu güvenliği ve diğer yandan, temel hak ve özgürlüklerin kullanılması arasında adil dengenin bulunmasına imkân veren bir matematik formülü ya da önceden belirlenmiş bir ölçek mevcut değildir. (...) Söz konusu durum ve somut koşullar açısından, kamusal ve özel menfaatlerin dengelenmesinin adil ve orantılı niteliğinin tanımlanması gerekmektedir. (...) Bununla birlikte aşılmaması gereken sınır, bu kısıtlamaların söz konusu hak veya özgürlüğün özüne zarar vermemesini gerektirmektedir. Bu ilke, ulusal güvenlik veya kamu güvenliğine karşı suçları işleyen ya da işlediğine dair hakkında şüphelenilen kişilerin hak ve özgürlükleri hakkında da uygulanmaktadır.

(...)

13. Acil durumun gerçek olması halinde bile, hukukun üstünlüğü ilkesi ağır basmalıdır. (...)”

3. *Avrupa Konseyi Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi'ne Ek Protokol*

203. 1 Temmuz 2017 tarihinde yürürlüğe giren ve Türkiye tarafından 13 Şubat 2018 tarihinde onaylanan, Avrupa Konseyi Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi'ne Ek Protokol'ün 2. maddesi (STE no. 217) (Türkiye ile ilgili olarak 1 Haziran 2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir) aşağıdaki gibidir:

“Madde 2 - Terör amacıyla bir derneğe ya da gruba katılmak

1. Mevcut Protokol uyarınca, “terör amacıyla bir dernek ya da gruba katılmak” ifadesiyle, dernek veya grup tarafından bir ya da birkaç terör suçunu işlemek veya bu suçun işlenmesine katkıda bulunmak amacıyla bir dernek ya da grubun faaliyetlerine katılma hususu anlaşılmaktadır.

2. Her bir taraf, 1. fıkrada tanımlandığı şekliyle, suçun yasaya aykırı olarak ve kasten işlenmesi durumunda, “terör amacıyla bir dernek ya da gruba katılma” hususunu, bu tarafların iç hukuku uyarınca, bir suç olarak tanımlamak için gerekli olduğu ortaya çıkan tedbirleri almaktadır.”

Bu ek Protokol'ün açıklayıcı raporu, “kasten” ifadesinin anlamının iç hukukun buna ilişkin getirdiği yorumlamaya bırakılması gerektiğini belirterek, bir kişiye cezai sorumluluk yüklenmesi için, 2. maddesinde tanımlanan suçun kasten ve yasaya aykırı olarak işlenmiş olması gerektiğini belirtmektedir. Ayrıca, bu suçun nitelendirilmesi “terörün amaçlarının” ek bir öznal unsurun varlığını gerektirmektedir ve bu durum, söz konusu faaliyetlerin dernek veya grup tarafından bir veya birkaç terör suçunun işlenmesine katkıda bulunulmasını veya dernek ya da grup adına bu türden bir veya birkaç suçun işlenmesini amaçlaması gerektiği anlamına gelmektedir. Açıklayıcı rapora göre, 2. madde, dernek veya grubun kesin niteliğini tanımlamamaktadır, zira suçlama resmi olarak bildirilen faaliyetlerden ayrı olarak, dernek ya da grup tarafından terör suçlarının işlenmesine bağlıdır. Protokol'e taraf olanlar, iç hukuklarında “kaldırılan” örgüt ya da grup anlamında “dernek veya grup” ifadelerini yorumlayarak da dâhil olmak üzere, 2. madde anlamında dernek ya da grupları nitelendirebilmekte veya tanımlayabilmektedir.

4. Reykjavik Zirvesi ve Deklarasyonu

204. Avrupa Konseyi Devlet ve Hükümet Başkanları 4. Zirvesi, 16 ve 17 Mayıs 2023 tarihlerinde, Reykjavik’te yapılmıştır. Bu zirve sırasında kabul edilen Bildiri’nin IV. Ekinin ilgili kısımları aşağıdaki gibidir:

“Avrupa Konseyinde insan haklarının korunmasının temel taşı olan, Sözleşme sistemine yeniden bağlılık duyulması

Biz, Devlet ve Hükümet Başkanları,

(...)

İkincilik ilkesine uygun olarak Sözleşme’de tanımlanan hak ve özgürlükleri kendi yargılama yetkileri kapsamına giren herkese tanıma yönünde öncelikle bütün Yüksek Sözleşmeci Taraflar’a ait olan yükümlülüğü ve Sözleşme’nin tam olarak yürürlüğe konulmasını sağlayacak bir şekilde Mahkemenin içtihadının dikkate alınmasının önemini ve bu Devletlerin taraf oldukları davalarda Mahkemenin kesinleşmiş kararlarına uyma yönündeki mutlak yükümlülüklerini vurgulayarak;

(...)

Sonuç olarak, şu hususları taahhüt etmekteyiz:

(...)

Mahkeme tarafından tanımlanan, insan hakları konusunda sistemik ve yapısal sorunları çözmeye ve ayrıca kararların icrasında ulusal meclislerin dâhil edilmesinin önemini hatırlatarak, Sözleşme uyarınca Yüksek Sözleşmeci Taraflar’ın yükümlülükleri ve bunların bağlayıcı niteliğini dikkate alarak, Mahkemenin kesinleşmiş kararlarının tam, etkin ve ivedi bir şekilde icrasını sağlamayı taahhüt etmek;

(...)”

III. TÜRKİYE’NİN DEROGASYON BİLDİRİMİ

205. Avrupa Konseyi nezdinde Türkiye Daimi Temsilcisi, 21 Temmuz 2016 tarihinde, Avrupa Konseyi Genel Sekreterine, Sözleşme’nin askıya alınmasına ilişkin şu bildirimi iletmıştır:

“Türkiye Cumhuriyeti Hükümetinin aşağıda yer alan bildirimini iletmekteyim.

Türkiye Cumhuriyeti’nde, 15 Temmuz 2016 tarihinde, demokratik yolla seçilmiş Hükümeti ve anayasal düzeni ortadan kaldırmak için geniş çaplı bir darbe girişimi düzenlenmiştir. Bu alçak darbe girişimi, Türk Devleti ve birlik ve dayanışma içinde hareket eden kişiler tarafından başarısızlığa uğratılmıştır. Darbe girişimi ve sonuçları ile diğer terör eylemleri, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması’na İlişkin Sözleşme’nin 15. maddesi anlamında ulusun hayatına yönelik tehdit oluşturarak, güvenlik ve kamu düzeni açısından ciddi tehlikeler yaratmıştır.

Türkiye Cumhuriyeti, ulusal mevzuata ve uluslararası yükümlülüklerine uygun olarak, kanun ile öngörülen gerekli tedbirleri almaktadır. Bu bağlamda, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti, 20 Temmuz 2016 tarihinde, Anayasa (120. madde) ve 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu (3. maddenin 1. fıkrasının b) bendi) uyarınca, üç aylık bir süreyle olağanüstü hal ilan etmiştir. (...)

Karar, 21 Temmuz 2016 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanmış ve Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından onaylanmıştır. Böylelikle, olağanüstü hal bu tarihten itibaren yürürlüğe girmiştir. Bu süreç boyunca, alınan tedbirler Sözleşme’nin 15. maddesinde kabul edilebilir olan, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması’na İlişkin Sözleşme’den doğan yükümlülüklerin askıya alınmasını kapsayabilmektedir.

Dolayısıyla, bu yazının Sözleşme’nin 15. maddesi uyarınca bir bilgi teşkil ettiğini vurgulamak isterim. Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti, Sayın Genel Sekreter, sizi, bu amaçla alınan tedbirlerle ilgili olarak tamamen bilgilendirecektir. Hükümet, tedbirlerin uygulanmasına son verilmesi halinde sizi bu durumdan haberdar edecektir.

(...)”

206. Sözleşme’nin askıya alınmasına ilişkin bildirim, olağanüstü halin sona ermesinin ardından 8 Ağustos 2018 tarihinde geri çekilmiştir.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME

I. TÜRKİYE TARAFINDAN YAPILAN DEROGASYON BİLDİRİMİNE İLİŞKİN ÖN SORUN

207. Hükümet, ilk olarak, başvuranın Sözleşme'nin 6, 8 ve 11. madde kapsamındaki şikâyetleri incelenirken, Sözleşme'nin 15. maddesine istinaden 21 Temmuz 2016 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterine bildirilen derogasyonun göz önünde bulundurulması gerektiğini vurgulamıştır. 15. madde aşağıdaki gibidir:

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

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

3. Aykırı tedbirler alma hakkını kullanan her Yüksek Sözleşmeci Taraf, alınan tedbirler ve bunları gerektiren nedenler hakkında Avrupa Konseyi Genel Sekreteri’ne tam bilgi verir. Bu Yüksek Sözleşmeci Taraf, sözü geçen tedbirlerin yürürlükten kalktığı ve Sözleşme hükümlerinin tekrar tamamen geçerli olduğu tarihi de Avrupa Konseyi Genel Sekreteri’ne bildirir.”

A. Tarafların beyanları

208. Hükümet, Mahkemenin de birçok kararında kabul ettiği üzere, darbe teşebbüsünün sebep olduğu riskler nedeniyle, ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlikeye maruz kaldığını ifade etmiştir. Hükümet, FETÖ/PDY’den kaynaklı tehdidin uzun süre boyunca devam ettiğini, bu tehlike karşısında ve terörle mücadele bağlamında ulusal makamlar tarafından alınan tedbirlerin durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla, Hükümet, 15. maddeye istinaden derogasyon hakkından faydalanan

Türkiye'nin Sözleşme hükümlerini ihlal etmediğini ileri sürmüştür. OHAL döneminde çıkarılan kanun hükmünde kararnameler kapsamında alınan tedbirlerden bahseden Hükümet, aynı zamanda, Türkiye'nin, söz konusu dönem boyunca, uluslararası insan hakları yükümlülüklerini yerine getirerek, gereklilik, orantılılık ve yasallık ilkelerini gözettiğini ileri sürmüştür. Bu nedenle, Hükümet, Mahkemeyi, başvuranın Sözleşme'nin 6, 8 ve 11. maddeleri kapsamındaki şikâyetlerini, Sözleşme'nin 15. maddesi yönünden incelemeye davet etmiştir.

209. Hükümet, özellikle başvuranın Sözleşme'nin 6 § 3 (c) maddesi kapsamındaki şikâyetiyle ilgili olarak (bk. aşağıda 358. ve 366. paragraflar), 667 sayılı KHK'nın 6 § 1 (d) maddesi ile bazı suçlardan tutuklu bulunan kişiler yönünden müdafî yardımından faydalanma hakkına getirilen kısıtlamaların (bk. yukarıda 154. paragraf), olağanüstü hal koşullarıyla meşru kılındığını ve olağanüstü dönemin koşullarında durumun gerektirdiği ölçüde olduğunu ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi, söz konusu kısıtlamalarla ilgili olarak, adil yargılanma hakkı da dahil olmak üzere, kapsamlı bir inceleme gerçekleştirmiş ve birçok kararında, bu kısıtlamaların olağanüstü hal koşullarıyla orantılı olduğu sonucuna varmıştır. Anayasa Mahkemesinin tespitlerini tekrarlayan Hükümet, FETÖ/PDY'nin gizlilik, hücre tipi yapılanma ve tüm kamu kurumlarında örgütlenmiş olma gibi özelliklerinin bulunduğunu ve bu yapının darbe teşebbüsünden sonra da tehlike arz etmeye devam ettiği hususları dikkate alındığında, darbe teşebbüsüyle veya FETÖ/PDY ile bağlantılı suçlardan tutuklanan kişilerin tutukluluk sürecinde de örgütsel faaliyetlerine devam etme ve örgütsel haberleşmelerinin avukatları ile yaptıkları görüşmeler vasıtasıyla gerçekleştirilmesi riskinin bulunduğunu ileri sürmüştür. Hükümet, bu nedenle, 667 sayılı KHK'nın 6 § 1 (d) maddesi kapsamında alınan tedbirlerin makul olduğunu ve bu tedbirlerin, ilgili ceza yargılamasının bir bütün olarak adilliğine halel getirecek nitelikte olmadığını belirtmiştir. Hükümet, ayrıca, OHAL uygulaması devam ederken başvuranın Kayseri Ağır Ceza Mahkemesinin 21

Mart 2017 tarihli kararıyla tahliye edilmesinin, “OHAL uygulamasının yargı makamlarının kararlarında belirleyici olmadığını ve yargısal faaliyetlerin kendi ilke ve kuralları dâhilinde yürütüldüğünü” gösterdiğini ifade etmiştir.

210. Başvuran, karşı beyanlarında, darbe teşebbüsü sonrasında Hükümet tarafından, binlerce kişinin görevden alınması, tutuklanması ve mahkûm edilmesi gibi geniş kapsamlı tedbirlerin, Gülen hareketinin destekçilerine yönelik keyfi bir cadı avı niteliği taşıdığını ve bu nedenle “durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde” olmadığını ileri sürmüştür. Başvuran, ayrıca, OHAL döneminde dahi, hukukun üstünlüğü temel ilkesinin üstün tutulması gerektiğini belirtmiştir. Başvuran, bundan dolayı, demokratik bir toplumda, herhangi bir suç işlememiş bir kişi hakkında, kriptolu bir mesajlaşma uygulaması kullandığı, yasal olarak faaliyet gösteren bir bankaya para yatırdığı ve kanuna uygun olarak kurulan ve faaliyet gösteren bir sendika ve derneğe üye olduğu iddiasıyla, tümü temel haklar kapsamına giren bu eylemler nedeniyle soruşturma ve kovuşturma yürütmenin ve mahkûmiyet kararı vermenin hukukun üstünlüğü ilkesine uygun olmadığını öne sürmüştür. Başvuran, ayrıca, OHAL döneminde kabul edilen pek çok kanun hükmünde kararnamede kişilerin haklarına önemli kısıtlamalar getirilmiş olsa da, hakkındaki suçlamanın dayanağı Ceza Kanunu’nun 314. maddesinde söz konusu dönemde herhangi bir değişiklik yapılmadığını belirtmiştir.

B. Mahkemenin değerlendirmesi

211. Mahkeme, darbe teşebbüsünden ve başka terör eylemlerinden kaynaklı ciddi tehlikeler nedeniyle ulusun varlığına yönelen tehditle mücadele etmek amacıyla olağanüstü hal ilan edildiğinin belirtildiği Türkiye’nin derogasyon bildiriminde, Sözleşme’nin hangi maddelerinin derogasyona konu edileceğinin açıkça belirtilmediğini ifade eder. Bunun yerine, söz konusu bildirimde, genel bir ifadeyle, “alınan tedbirlerin

Sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerin askıya alınmasını gerektirebileceği” beyan edilmiştir.

212. Mahkeme, aynı zamanda, *Mehmet Hasan Altan/Türkiye* (no. 13237/17, § 93, 20 Mart 2018) ve *Şahin Alpay/Türkiye* (no. 16538/17, § 77, 20 Mart 2018) kararlarında ve daha sonra verdiği birçok kararda (bk. örn; *Alparslan Altan/Türkiye*, no. 12778/17, § 74, 16 Nisan 2019; *Pişkin/Türkiye*, no. 33399/18, § 59, 15 Aralık 2020; ve *Ahmet Hüsrev Altan/Türkiye*, no. 13252/17, § 102, 13 Nisan 2021), askeri darbe teşebbüsünün Sözleşme’nin anlamı dâhilinde “ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlike” teşkil ettiği ve Sözleşme’nin 15 § 3 maddesinin gerektirdiği formalitelere uyulduğu yönünde tespitte bulunduğunu belirtir.

213. Mahkeme, somut davada söz konusu tespitten ayrılmayı gerektirecek herhangi bir neden bulunmadığı kanısındadır. Başvuran hakkında gerçekleştirilen belirli işlemlerin durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde olup olmadığı ve davalı Devletin uluslararası hukuk kapsamındaki diğer yükümlülükleriyle uyumlu olup olmadığı hususları, ilgili şikâyetlerin esası hakkında yapılacak inceleme kapsamında değerlendirmeye alınacaktır (bk. yukarıda anılan *Mehmet Hasan Altan*, § 94; ayrıca bk. aşağıda 347-355 ve 398.-401. paragraflar).

II. SÖZLEŞME’NİN 7. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

214. Başvuran, hakkında verilen mahkûmiyet kararında esas alınan eylemlerin, işlendiği sırada yasal olduğunu ve bu eylemler nedeniyle cezai olarak sorumlu tutulmasının, ilgili kanunların geniş ve keyfi bir şekilde yorumlanmasına dayandığını belirtmiş ve bu durumun Sözleşme’nin 7. maddesi kapsamında kanunsuz suç olmaz ilkesine aykırılık teşkil ettiğinden şikâyetçi olmuştur.

215. Başvuran, ayrıca, Sözleşme'nin 6 § 2 maddesine dayanarak, kendisine atfedilen eylemlerin işlendiği veya daha sonra hakkında suç isnadında bulunulduğu sırada FETÖ/PDY'yi terör örgütü ilan eden herhangi bir mahkeme kararı olmamasına rağmen, bu yapının yürütme organı tarafından yasa dışı bir silahlı terör örgütü olarak ilan edildiği ve üyelerinin de silahlı terör örgütüne üye olmakla suçlandıkları konusunda şikâyetle bulunmuştur.

216. Başvuran, son olarak, Sözleşme'ye Ek 7 No.lu Protokol'ün 4. maddesi kapsamında, FETÖ/PDY'nin 1966 yılına kadar uzanan eylemlere dayanılarak terör örgütü ilan edilmesinin, aynı suçtan dolayı iki kere yargılanmama ilkesinin ihlaline neden olduğunu, zira 1999 yılında F. Gülen hakkında açılan ceza davası bağlamında Yargıtay tarafından verilen 2008 tarihli kararda bu eylemlerin suç teşkil etmediği kanaatine varıldığını belirtmiştir.

217. Dava konusu olayların hukuki nitelendirmesini en iyi şekilde yapacak konumda olan Mahkeme, içtihadını ve başvuranın şikâyetlerinin niteliğini göz önünde bulundurarak (bk. örn; *Molla Sali /Yunanistan* [BD], no. 20452/14, § 85, 19 Aralık 2018, ve *S.M./Hırvatistan* [BD], no. 60561/14, §§ 241-43, 25 Haziran 2020), başvuranın şikâyetlerinin sadece Sözleşme'nin 7. maddesi yönünden incelenmesi gerektiği, zira bu şikâyetlerin tümünün esas olarak başvuranın silahlı terör örgütü üyeliği suçundan mahkumiyetinin öngörülebilir olup olmadığına ilişkin olduğu ve bundan dolayı aslında birbiriyle bağlantılı olduğu kanaatine varmıştır (bk. diğer kararlar arasında, *Del Río Prada/İspanya* [BD], no. 42750/09, §§ 91-93, AİHM 2013, *Pessino/Fransa*, no. 40403/02, §§ 35-36, 10 Ekim 2006, *Dragotoni ve Militaru-Pidhorni/Romanya*, no. 77193/01 ve 77196/01, §§ 40-45, 24 Mayıs 2007, ve *Jorgic/Almanya*, no. 74613/01, §§ 103-14, AİHM 2007-III; bu davalarda, Mahkeme, bir mahkumiyet kararının Sözleşme'nin 7. maddesi kapsamında öngörülebilir olup olmadığı hususunu incelemiştir). 7. maddenin ilgili kısmı aşağıdaki gibidir:

“1. Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmeyen bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı biçimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

...”

A. Kabul Edilebilirlik Hakkında

218. Mahkeme, bu şikâyetin, Sözleşme’nin 35 § 3 (a) maddesi bağlamında açıkça dayanaktan yoksun olmadığını belirtmektedir. Mahkeme ayrıca, şikâyetin kabul edilemez olduğuna ilişkin başka bir gerekçe de bulunmadığı kanısındadır. Dolayısıyla, söz konusu şikâyetin kabul edilebilir olduğu beyan edilmelidir.

B. Esas Hakkında

1. Tarafların Beyanları

(a) Başvuranın beyanları

219. Başvuran, mahkûm edildiği silahlı terör örgütü üyeliği suçunun oluşabilmesi için silahlı bir terör örgütünün makul şüphenin ötesinde varlığı, şüphelinin bu örgütün niteliği hakkında bilgi sahibi olması ve şüphelinin, bazı niteliksel gerekliliklere dayalı olarak bu örgüte fiilen üye olmanın yanı sıra, örgütün amaçlarını gerçekleştirmeye yönelik özel niyet gibi bir dizi unsurun bulunması gerektiğini belirtmiştir. Başvuran, kendi davasında bu unsurların hiçbirinin bulunmadığını ve sonuç olarak, silahlı terör örgütü üyeliğinden kovuşturmaya tabi tutulmasının öngörülebilir olmadığını ileri sürmüştür. Başvuran bu nedenle, mahkûmiyetinin Sözleşme’nin 7. maddesine aykırı olduğunu iddia etmiştir.

220 Başvuran, 2014 ve 2015 yılları arasındaki ilgili tarihte kendisine atfedilen eylemler sırasında Gülen hareketinin, makul şüphenin ötesinde bir “terör örgütü” olarak nitelendirilemeyeceğini ileri sürmüştür. Başvuran bu bağlamda, F. Gülen’in 31 Ağustos 2000 tarihinde terör örgütü kurmak ve

yönetmekle suçlanmasının ardından, Gülen hareketinin tüm faaliyetlerinin kapsamlı bir soruşturmaya tabi tutulduğunu ve 5 Mayıs 2006 tarihinde tüm suçlamalardan beraat ettiğini iddia etmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 24 Haziran 2008 tarihinde beraat kararını onarken, sanığın ve onunla bağlantılı olduğu iddia edilen örgütlerin anayasal düzeni değiştirme amacı taşıdıklarının veya şiddete başvurdıklarının tespit edilemediğini doğrulanmıştır. O dönemden itibaren Gülen hareketi, üst düzey siyasi skandallardan sorumlu tutulduğu 2013 yılı sonuna kadar başka herhangi bir soruşturmaya maruz bırakılmadan faaliyetlerini sürdürmüştür. Ancak, o esnada bile Gülen hareketi, Hükümet tarafından bir terör örgütü olarak nitelendirilmemiştir.

221. Başvuran, Türk hukukuna göre bir yapının terör örgütü olup olmadığına yalnızca bir mahkemenin karar verebileceğini vurgulayarak, 21 Mart 2017 tarihinde Kayseri Ağır Ceza Mahkemesi tarafından mahkûm edildiği tarihte Gülen hareketiyle ilgili olarak bu yönde nihai bir mahkeme kararının bulunmadığına işaret etmiştir. Başvuran ayrıca, ne yukarıda anılan mahkemenin kararında ne de onu takip eden -kendisine veya diğer şüphelilere ilişkin- diğer kararlarda, Gülen hareketinin darbe girişimi öncesindeki faaliyetleriyle ilgili olarak, Türk hukuku kapsamında “terörizm” tanımının temelini oluşturan şiddet, baskı, yıldırma veya tehdit unsurlarının tartışılmadığını ileri sürmüştür.

222. Başvuran daha sonra, iç hukuka ve uygulamaya göre, silahlı terör örgütüne üyelik suçunun, yalnızca Ceza Kanunu’nda listelenen suçları işlemeyi amaçlayan bir örgütün varlığını değil, aynı zamanda örgütün hiyerarşik bir yapıda faaliyet göstermesini ve iddia edilen üyelerin belirli bir devamlılık, çeşitlilik ve yoğunlukta eylemlerde bulunmasını gerektirdiğini, ancak kendi davasında bunların hiçbirinin tespit edilmediğini ileri sürmüştür. Başvuran, yerel mahkeme kararlarında, iddia konusu silahlı terör örgütünün hiyerarşik yapısının yalnızca soyut ve genel terimlerle ifade edildiğini ve kendisinin bu yapı içerisindeki konumunun hiçbir şekilde irdelenmediğini iddia etmiştir. Kendisine isnat edilen suçun unsurları belirlenirken, kimden

emir aldığı veya kime rapor verdiği, terör örgütünün toplantılarına kiminle katıldığı, örgüt adına işlediği suçlar ve terör örgütünün eylemlerine katılımının yoğunluğu ve çeşitliliği gibi birçok soru cevapsız bırakılmıştır.

223. Bu bağlamda başvuran, Gülen hareketinin bir terör örgütü olduğu kabul edilse bile, kendisine atfedilen eylemler sırasında kişisel olarak bu gerçeğin farkında olup olmadığının belirlenmesinin son derece önemli olduğunu ve bu farkındalık durumunun silahlı terör örgütüne üye olma suçunun esas unsurlarından birini teşkil ettiğini belirtmiştir. Başvuran, bir örgütün nihai amacını tespit etmenin, bir bireyin bu amaç hakkında bilgi sahibi olduğunu ve bu amacı kabul ettiğini tespit etmekten tamamen farklı olduğunu ileri sürmüştür. Başvuran, Gülen hareketinin terörist niteliğinden ve niyetlerinden haberdar olamayacağını savunurken, bir kez daha F. Gülen'in tüm suçlardan beraat ettiğini onayan 2008 tarihli karara ve üst düzey Hükümet yetkililerinin yıllar boyunca bu hareketi desteklediklerini ve takdir ettiklerini açıkça beyan ettikleri birçok açıklamaya atıfta bulunmuştur.

224. Başvuran ayrıca, kendisine atfedilen eylemlerin hiçbirinin silahlı terör örgütüne üye olduğunu gösterecek nitelikte olmadığını ileri sürmüştür. Silahlı terör örgütüne üyelik suçunun maddi unsurları, Ceza Kanunu'nun 314 § 2 maddesinde belirtilen suçun geniş bir şekilde tanımlanmış olması nedeniyle son derece geniş bir şekilde yorumlanmış olup, tamamen öngörülemez olan bu durum söz konusu suça ilişkin cezai sorumluluğun kapsamını genişletmiştir.

225. Başvuran, mahkûmiyetinin ByLock uygulamasını kullandığı iddiasına dayandırılmasıyla ilgili olarak (başvuran bu iddiayı reddetmiştir), Mahkemenin dikkatini, uygulama üzerinden yaptığı iddia edilen yazışmaların içeriğinin, aldığı iddia edilen talimatların veya bu talimatları ne şekilde yerine getirdiğinin yerel mahkemelerce incelenmemiş olduğuna çekmiştir. Başvuran ayrıca söz konusu uygulamayı sadece altı gün kullanmakla suçlanmıştır, ancak bu durum da hiyerarşik bir üyelik için gerekli olan “devamlılık” şartını karşılamamaktadır. Her halükârda, başvuran yerel mahkemelerin,

uygulamanın yalnızca Gülen hareketi üyeleri için tasarlandığı ve onlar tarafından kullanıldığı ve kullanımının bir kişinin Gülen hareketi içindeki hiyerarşik konumunun kanıtı olarak kabul edilebileceği yönündeki tespitin temelsiz olduğunu ileri sürmüştür. Başvuran bu bağlamda, uygulamanın sadece uygulama mağazalarından -farklı APK sitelerinden indirilenler hariç- yaklaşık 600.000 kez indirildiğini ve ByLock'un örgüt içi kullanımı bakımından bu uygulamaya özgü olduğu ileri sürülen bazı teknik özelliklerin aslında diğer benzer uygulamalarda da bulunduğunu vurgulamıştır.

226. Başvuranın görüşüne göre, aleyhindeki deliller doğrultusunda Gülen hareketiyle ilişkisinin olduğu kabul edilse bile, yine de özel kasıtlı hareket ettiğinin makul şüphenin ötesinde kanıtlanması gerekmektedir. Bu bağlamda “özel kasıt”, sanığın örgütün belirli suçları işlemek amacıyla kurulmuş olduğunun bilincinde olarak hareket etmesi anlamına gelmektedir. Gülen hareketinin onlarca yıldır toplumun tüm kesimleri tarafından desteklenen bir sosyal yapı olduğu göz önünde bulundurulduğunda, bu hususların tespiti özel önem arz etmektedir. Bu yapının sıradan üyelerinin, bireysel kasıtlarına bakılmaksızın, örgüt yöneticileri tarafından gerçekleştirilen yasadışı faaliyetlerden cezai olarak sorumlu tutulmaları, bireysel cezai sorumluluk ilkesine aykırı olup bu durum toplu cezalandırma anlamına gelmektedir. Başvuran, esasen, bazı üyelerinin belirli suçlar işlediği iddia edilen bir toplulukla bağlantısı olduğu gerekçesiyle mahkûm edildiğini ileri sürmüştür.

(b) Hükümetin beyanları

227. Hükümet öncelikle, Türk hukuku uyarınca bir yapının “terör örgütü” olarak tanımlanmasının bu yönde bir yargı tespitine bağlı olmasına rağmen, Mahkeme'nin *Parmak ve Bakır/Türkiye* (no. 22429/07 ve 25195/07, § 71, 3 Aralık 2019) davasında da belirttiği gibi, bunun silahlı terör örgütü üyeliğinden mahkûmiyet için bir ön koşul olmadığını belirtmiştir. İç hukuk içtihadına göre, bir terör örgütünün kurucuları, yöneticileri veya üyeleri, örgütü yasaklayan önceden bir yargı kararı olmasa bile, örgütün kuruluş

tarihinden veya bir suç örgütüne dönüştüğü tarihten itibaren cezai olarak sorumlu tutulabilir. Aksi yönde karar vermek, kişinin, bir yapının terör örgütü niteliği taşıdığına bir mahkeme kararıyla sabit görülmesinden önce işlediği suçlardan dolayı cezasız kalacağı anlamına gelmekte olup bu durum terörle mücadeleyle ciddi şekilde tehlikeye atmaktadır.

228. F. Gülen'in beraatinin 24 Haziran 2008 tarihinde Yargıtay tarafından onanmasının başvuranın Sözleşme'nin 7. maddesi kapsamındaki şikâyetleriyle ilgisi ve bu beraat kararının başvuranın FETÖ/PDY üyeliğinden cezalandırılmasını öngörülemez hale getirip getirmediği hususunda Hükümet, bu yargılamaların kapsamının 31 Ağustos 2000 tarihinden önce, yani F. Gülen hakkında iddianamenin düzenlendiği tarihte, yetkililer tarafından gerçekleştirilen ve/veya tespit edilen eylemlerle sınırlı olduğunu vurgulamıştır. Dolayısıyla, 2008 yılında, söz konusu yapının 2000 yılına kadar silahlı terör örgütü olmadığı yönünde yapılan tespitin, 2000 yılından sonra gerçekleşen eylemlere veya ortaya çıkan kanıtlara dayanan daha sonraki aksi yöndeki tespiti öngörülemez hale getirmediği sonucuna varılmıştır.

229. Hükümet bu bağlamda, 2013'ten sonra FETÖ/PDY üyeleri tarafından üstlenilen yasadışı eylemlere ilişkin olarak "17-25 Aralık soruşturmaları" veya "MİT tırları soruşturmaları" gibi birçok soruşturmanın başlatıldığının altını çizmiştir. Ayrıca, Milli Güvenlik Kurulu 26 Şubat 2014 ve 26 Mayıs 2016 tarihleri arasında yaptığı toplantılarda söz konusu yapıyı "terör örgütü" olarak tanımlamıştır. Dolayısıyla FETÖ/PDY, başvuranın mahkûmiyetine esas teşkil eden eylemleri gerçekleştirdiği tarihte gerçek yüzünü alenen göstermeye başlamıştır. Dolayısıyla Hükümet, yerel mahkemelerin FETÖ/PDY'nin bir terör örgütü olduğu yönündeki tespitinin, F. Gülen'in 2008 yılında beraat etmesine bakılmaksızın, başvuran tarafından mahkûmiyetine dayanak teşkil eden eylemler sırasında makul bir şekilde öngörülebileceğini iddia etmiştir.

230. Hükümet daha sonra, başvurularla ilgili olarak verilen kararlarda da ayrıntılı olarak atıfta bulunulduğu üzere, ilgili yasal çerçevede ve Yargıtay içtihadında yeterince açık bir şekilde düzenlendiğini savunduğu silahlı terör örgütüne üyelik suçunu oluşturan unsurları incelemiştir.. Yerel mahkemeler bu unsurlara dayanarak FETÖ/PDY'yi amacı, işleyişi, sosyo-kültürel ve hiyerarşik yapısı, örgütlenme modeli ve paralel bir Devlet yapısı kurma girişimleri de dâhil olmak üzere incelemiş ve sui generis bir örgüt olsa da silahlı terör örgütü olduğu sonucuna varmıştır. Yerel mahkemeler bu sonuca varırken, FETÖ/PDY'nin meşru yöntemlerle iktidara gelmeyi amaçlamadığını, Devlet bürokrasisine stratejik olarak yerleştirdiği mensupları aracılığıyla baskı, şiddet ve diğer antidemokratik yöntemlerle Meclisi, Hükümeti ve diğer anayasal kurumları ortadan kaldırmayı amaçladığını dikkate almıştır. Ordu, polis ve MİT gibi güç kullanma yetkisine sahip kurumlara yerleştirilen üyeler, darbe girişimi sırasında, amaçlarına ulaşmak için kamu kurumlarına, güvenlik güçlerine ve sivillere karşı Devlete ait silahları kullanmışlardır.

231. Başvuranın özel durumuna ilişkin olarak Hükümet, özellikle 2013 yılından sonra FETÖ/PDY'nin yasadışı faaliyetleri hakkında kamuoyunda oluşan farkındalık göz önüne alındığında, yerel mahkemelerin başvuranın özellikle eğitim düzeyi, bilgi birikimi ve mesleki deneyimi göz önüne alındığında, örgütün nihai amacını, Devlet kurumları ve silahlı kuvvetler içindeki yapılanmasını ve Devletin her türlü silahını ellerinde bulunduran örgüt üyelerinin gerektiğinde bu gücü örgütün amacı doğrultusunda kullanacaklarını bilebilecek durumda olduğunu tespit ettiklerini belirtmiştir. Yerel mahkemeler, bu kapsamda ve başvuran aleyhindeki delillerin niteliği göz önüne alındığında, başvuranın kendisine atfedilen eylemleri kasıtlı olarak ve FETÖ/PDY'nin yasadışı amaçlarının tamamen bilincinde olarak gerçekleştirdiği sonucuna varmıştır.

232. Hükümet bu bağlamda, yerel mahkemelerin ByLock uygulamasının kullanımının, bu uygulama üzerinden yapılan yazışmaların içeriğine

bakılmaksızın, silahlı terör örgütüne üyelik suçunun devamlılık, çeşitlilik, yoğunluk ve hiyerarşik bağlantı gibi tüm kurucu unsurlarını karşıladığına karar verirken dayandıkları gerekçelerine atıfta bulunmuştur. Hükümet, gizli terör örgütleri söz konusu olduğunda, kullanılan güvenli iletişim biçimleri nedeniyle, bireysel kullanıcılarla ilgili olarak mesajların içeriğine ulaşmanın ve bu yazışmaların bağlamını belirlemenin genellikle imkânsız olduğunu vurgulamıştır. Ancak adli makamlar yine de ByLock'un yalnızca terör örgütünün yöneticileri ve üyeleri tarafından kullanıldığını ve FETÖ/PDY tarafından örgüt içi gizli iletişim için geliştirildiğini usulüne uygun olarak tespit etmişlerdir. Adli makamlar, gizliliğe dayalı bir örgüt olan FETÖ/PDY'nin yüz yüze iletişimi tercih ettiğini, ancak bunun mümkün olmadığı durumlarda örgütün iletişimini şifreli yöntemlerle gerçekleştirdiğini açıklamışlardır. ByLock'ta kurulan arkadaş grupları, terör örgütlerinin özellikleri arasında olan hiyerarşik bir yapının ve hücre tipi örgütlenmenin varlığını göstermiştir. Bu bulgulara dayanarak, Hükümet - duruşmada başvuranın ByLock uygulamasını hangi teknik araçlarla edindiğinin bilinmediğini teyit ederken - örgütle bağlantısı olmayan bir kişinin ByLock uygulamasını indirip kullanmasının mümkün olmadığını ve ByLock kullanıcılarının örgütün yasadışı amaçlarının zaten farkında olduklarını ve bu amaçlara hizmet etmek için örgütsel faaliyetlere katıldıklarını belirtmiştir. Hükümete göre, eğer bir kişi örgüt tarafından geliştirilen ve sadece üyeleri tarafından kullanılan bu uygulamayı indirmiş ve tüm teknik zorluklara rağmen kullanmışsa, bu durum o kişinin örgütün iradesine tamamen boyun eğdiğini ve hiyerarşisine bağlı kaldığını göstermektedir. Dolayısıyla, FETÖ/PDY üyeleriyle ByLock üzerinden örgütsel iletişim kuran ve örgüt hiyerarşisinin talimatları doğrultusunda bu talimatları hiçbir zaman sorgulamayan başvuranın durumunda suçun manevi unsuru gerçekleşmiştir. Bu nedenle başvuran, Ceza Kanunu'nun 30. maddesindeki "hata" hükmünden yararlanamamıştır. Hükümet Yargıtay'ın emsal niteliğindeki

kararlarına atıfta bulunarak, ByLock kullanımının FETÖ/PDY üyeliğinden mahkûmiyet için tek başına yeterli olacağını belirtmiştir.

233. Başvuranın, yasal bir eylem olan ByLock’u kullandığı iddiasıyla cezai yönden suçlanabilir herhangi bir davranışta bulunmadığı iddiasına yanıt olarak Hükümet, silahlı bir terör örgütüne üyeliğin kanıtlandığı durumlarda, cezai yönden suçlanacak davranışı oluşturan eylemin üyelik eyleminin kendisi olduğunu ileri sürmüştür. Başvuranın ByLock kullanması, mahkûm edildiği suçun maddi unsurlarının parçasını oluşturan fiziksel bir eylem değildir. Yerel mahkemeler, başvuranın ByLock kullanmasının silahlı bir terör örgütüne üye olarak katılması anlamına gelmediğini tespit etmişlerdir. Suçun maddi unsuru, daha ziyade, başvuranın kendisini emir ve talimatlar almaya açık hale getirerek örgütün hiyerarşik yapısının bir parçası haline gelme eylemidir. Başvuranın ByLock kullanması, yalnızca bu yapının bir parçası haline geldiğini gösteren bir delildir. Diğer bir ifadeyle, başvuran, ByLock kullanımı nedeniyle örgütün hiyerarşik yapısına dâhil olmamış olsa da, bu uygulamayı kullanması, başka bir şekilde bu hiyerarşiye dâhil olduğunun bir delilidir.

234. Dolayısıyla, Sözleşme’nin 7. maddesi kapsamındaki “öngörülebilirlik” şartının amaçları doğrultusunda, ByLock kullanımının silahlı terör örgütüne üyelik bakımından delil olarak kabul edilmesinin başvuran tarafından öngörülebilir olup olmadığı konusunda bir soru sormak önemsizdir. Hükümet’e göre, eylemlerin gerçekleştiği tarihte ileride delil olarak kullanılabileceği öngörülemeyen bir unsurun ceza yargılamasında delil olarak kullanılması, kendi başına Sözleşme’nin 7. maddesi kapsamında bir mesele teşkil etmemiştir.

235. Hükümet, ByLock kullanımının söz konusu suçun unsurlarını tek başına teşkil ettiğine ilişkin tespitin yeni bir yorum olmadığını ve Yargıtay’ın diğer terör örgütleri bakımından, belirli eylemlerin gerçekleştirilmesinin kendi başına silahlı terör örgütüne üyelik suçunu oluşturabileceğini uzun süredir kabul ettiğini ileri sürmüştür. Bu bağlamda Hükümet, Yargıtay Ceza

Genel Kurulunun 26 Haziran 2001 tarihli bir kararında yasadışı bir silahlı örgüt olan Hizbullah’a CV gönderme eyleminin, sanığın kendisine verilecek görevleri yerine getirmeye hazır olduğunu göstermesi nedeniyle, örgütle organik bir bağın kanıtı olarak değerlendirildiğini belirtmiştir.

236. Hükümet, yukarıdaki argümanların başvuranın, yetkililer tarafından terör örgütünün mali yapılanmasının bir parçası olarak kabul edilen Bank Asya’ya yaptığı para yatırma işlemleri ve FETÖ/PDY’ye bağlı kuruluşlara üyeliği ile ilgili olarak da geçerli olduğunu ve bunların, başvuranın üyeliğini destekleyici deliller olarak kullanıldığını belirtmiştir. Bununla birlikte, Hükümet, Bank Asya’ya F. Gülen’in çağrısı üzerine örgüte fayda sağlamak amacıyla yapıldığı anlaşılan “şüpheli” para yatırma işlemlerinin veya FETÖ/PDY ile bağlantılı bir sendika veya derneğe üyeliğin bile FETÖ/PDY üyeliğini kanıtlamak için tek başına yeterli olmayacağını, ancak somut davada olduğu gibi diğer önemli delillerle birlikte ele alındığında destekleyici birer unsur olacağını kabul etmiştir.

2. Mahkemenin değerlendirmesi

(a) Genel ilkeler

237. Sözleşme’nin 7. maddesinde yer alan ve hukukun üstünlüğünün temel bir unsuru olan güvence, Sözleşme’nin koruma sisteminde önemli bir yere sahip olup, bu durum, ilgili güvencenin savaş sırasında veya diğer olağanüstü hâllerde hiçbir şekilde askıya alınamayacağını öngören Sözleşme’nin 15. maddesiyle desteklenmektedir. Söz konusu madde, amaç ve hedefine uygun olarak, keyfi kovuşturma, mahkûmiyet ve cezalandırmaya karşı etkili koruma sağlayacak şekilde yorumlanmalı ve uygulanmalıdır (bk. *Scoppola/İtalya (no. 2)* [BD], no. 10249/03, § 92, 17 Eylül 2009, ve yukarıda anılan *Del Río Prada*, § 77, kararlardaki diğer atıflarla birlikte).

238. Sözleşme’nin 7. maddesi, ceza hukukunun sanık aleyhine geriye dönük olarak uygulanmasının yasaklanmasından ibaret değildir. Aynı

zamanda, daha genel olarak, suçun ve cezanın sadece kanunla belirlenebileceğini öngören ilkeyi (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) ve ceza hukukunun sanığın aleyhine olacak ölçüde geniş bir şekilde yorumlanmaması gerektiğine ilişkin ilkeyi de kapsamaktadır. Bu ilkelerden bir suçun kanunda açıkça tanımlanmış olması gerektiği sonucu çıkmaktadır. Söz konusu gereklilik, kişinin ilgili hükmün lafzından ve mahkemelerin gerekli durumlarda ilgili hüküm bağlamında yaptıkları yorumlardan, hangi eylem ve ihmallerin kendisini cezai bir sorumluluğa maruz bırakacağını kestirebildiği durumlarda yerine getirilmiş olur. Söz konusu 7. maddede “hukuk” kavramı, Sözleşme’nin genelinde ifade edildiği anlamıyla kullanılmaktadır. Bu kavram, yazılı hukukun yanı sıra yazılı olmayan hukuku da kapsamakta ve özellikle erişilebilirlik ve öngörülebilirlik gibi niteliksel şartlara da işaret etmektedir (bk. diğer kararların yanı sıra, *Streletz, Kessler ve Krenz/Almanya* [BD], no. 34044/96, 35532/97, 44801/98, § 50, AİHM 2001-II, ve yukarıda anılan, *Del Río Prada*, § 91).

239. Ceza hukuku da dâhil olmak üzere herhangi bir hukuk sisteminde, bir kanun hükmü ne kadar açık bir şekilde belirtilmiş olursa olsun, yargısal yorum kaçınılmazdır. Şüpheli noktaların açıklığa kavuşturulması ve değişen koşullara uyulanması ihtiyacı her zaman mevcuttur. Nitekim Taraf Devletlerde, ceza hukukunun yargısal kanun yapma yoluyla aşamalı olarak geliştirilmesi, hukuk geleneğinin yerleşik ve gerekli bir parçasıdır. Sözleşme’nin 7. maddesi, ortaya çıkan gelişmenin suçun özüyle tutarlı olması ve makul bir şekilde öngörülebilir olması koşuluyla, cezai sorumluluk kurallarının davadan davaya yargısal yorum yoluyla kademeli olarak açıklığa kavuşturulmasını yasakladığı şeklinde değerlendirilemez. Erişilebilir ve makul ölçüde öngörülebilir yargısal bir yorumun bulunmaması, 7. madde kapsamındaki hakların ihlal edildiği sonucuna varılmasına yol açabilir. Aksi takdirde, hiç kimsenin keyfi kovuşturmaya, mahkûmiyete veya cezalandırmaya maruz bırakılmamasını öngören bu hükmün amacına zarar

verilmiş olacaktır (bk. yukarıda anılan *Del Río Prada*, § 93 ve bu karardaki diğer atıflar).

240. Mahkeme, ilke olarak, ulusal yargı mercilerinin yerine ikame etmek gibi bir görevi olmadığını yineler. Ulusal mevzuatın yorumlanmasına ilişkin sorunları çözmek öncelikle ulusal makamların, özellikle de mahkemelerin görevidir. Mahkemenin rolü, böyle bir yorumun etkilerinin Sözleşme ile uyumlu olup olmadığını tespit etmek ile sınırlıdır (bk. diğerlerinin yanı sıra, *Korbely/Macaristan* [BD], no. 9174/02, §§ 72-73, AİHM 2008; ve *Kononov/Letonya* [BD], no. 36376/04, § 197, AİHM 2010).

241. Ancak Mahkeme, Sözleşme'den doğan hakkın (mevcut davada 7. madde), mahkûmiyet ve ceza hükmü kurulması için yasal bir dayanağın varlığını gerektirdiği durumlarda, daha geniş bir inceleme yetkisine sahip olması gerektiğini vurgulamıştır (bk. diğerlerinin yanı sıra, *Özü itibariyle işkence eylemi teşkil eden bir suçla ilgili olarak kovuşturma, mahkûmiyet ve cezalandırmada zaman aşımı sürelerinin uygulanabilirliğine ilişkin istişari görüş* [BD], talep no. P16-2021-001, Ermenistan Yargıtayı, § 71, 26 Nisan 2022). Sözleşme'nin 7 § 1 maddesine göre Mahkeme, başvuranın mahkûmiyetine dair geçerli bir yasal dayanağın olup olmadığını incelemeli ve özellikle ilgili yerel mahkemeler tarafından varılan sonucun bu hükmün amacı ile uyumlu olduğu konusunda ikna olmalıdır. Mahkemeye daha az bir inceleme yetkisinin verilmesi, 7. maddeyi amacından yoksun hâle getirecektir (bk. yukarıda anılan *Kononov*, § 198 ve *Rohlena/Çek Cumhuriyeti* [BD], no. 59552/08, § 52, AİHM 2015).

242. Mahkeme son olarak, erişilebilirlik ve öngörülebilirlik koşulları gereğince, ilke olarak, bir tedbirin ancak failin şahsi sorumluluğuna ilişkin bir unsurun tespit edilmesi durumunda 7. madde kapsamında bir ceza olarak kabul edilebileceğini tespit etmiştir. Buna göre 7. madde, cezalandırma bağlamında, suçu fiziksel olarak işleyen kişinin davranışlarında sorumluluk unsurunun tespit edilebileceği zihinsel bir bağlantının varlığını da gerektirmektedir (bk. *G.I.E.M. S.r.l. ve Diğerleri/İtalya* [BD], no. 1828/06 ve

diğer 2 başvuru, §§ 242 ve 243, 28 Haziran 2018). Bu gereklilik, Sözleşme'ye uygun olmaları kaydıyla, sorumluluk karinelerinden kaynaklanan bazı objektif sorumluluk biçimlerinin varlığını engellemez. Daha spesifik olarak, bir karine, bireyin kendisine yöneltilen suçlamalardan kurtulmasını imkânsız hâle getirmemelidir (bk. aynı kararda, § 243).

(b) Genel ilkelerin somut davaya uygulanması

243. Mahkeme öncelikle, Sözleşme'nin 7. maddesi kapsamında, başvuranın kendisine isnat edilen eylemleri -özellikle de kendisinin inkâr ettiği ByLock uygulamasını kullanma eylemini- fiilen gerçekleştirip gerçekleştirmediğini tespit etmenin veya başvuranın bireysel cezai sorumluluğu hakkında karar vermenin kendi görevi olmadığına ve bunların başlıca yerel mahkemelerin görev alanına giren hususlar olduğuna dikkat çekmektedir (bk. yukarıda anılan *Streletz, Kessler ve Krenz*, § 51; *Navalnyye/Rusya*, no. 101/15, § 58, 17 Ekim 2017; ve *Khodorkovskiy ve Lebedev/Rusya* (no. 2), no. 51111/07 ve 42757/07, § 572, 14 Ocak 2020). Mahkemenin görevi daha ziyade, 7. madde açısından başvuranın mahkûmiyetinin söz konusu maddede yer verilen kanunilik ve öngörülebilirlik ilkelerine uygun olup olmadığını değerlendirmektir.

244. Somut davada başvuran, silahlı terör örgütü üyeliği suçundan mahkûm edilmiştir. Dolayısıyla Mahkeme ilk olarak, başvurana isnat edilen eylemlerin gerçekleştiği tarihte bu tür bir suçun iç hukukta açıkça düzenlenip düzenlenmediğini belirleyecektir.

245. Mahkeme, başvuranın mahkûmiyetinin Türk Ceza Kanunu'nun 314 § 2 maddesine dayandığını ve söz konusu maddenin, ilk paragrafında atfı yapılan suçlardan, örneğin Devletin güvenliğine ve Anayasal düzene karşı suçlardan birini işlemek amacıyla kurulmuş silahlı bir örgütün üyesi olduğu tespit edilen kişiler için beş ila on yıl süreli hapis cezası öngördüğünü kaydetmektedir (bk. yukarıda 147. paragraf).

246. Türk Ceza Kanunu'nun 314 § 2. maddesinde teröre veya terör örgütüne dair bir tanım yapılmamış olup, bu tanımlar Terörle Mücadele Kanunu'nda yer almaktadır. Yürürlükteki haliyle Terörle Mücadele Kanunu'nun 1. maddesinde terör, cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, aynı maddede sıralanan amaçlardan birine yönelik olarak gerçekleştirilen her türlü suç teşkil eden eylemler olarak tanımlanmaktadır (bk. yukarıda 149. paragraf). Aynı Kanun'un 3. maddesinde, Türk Ceza Kanunu'nun, diğerlerinin yanı sıra, 314. maddesinde belirtilen suçların terör suçları olduğu belirtilmektedir (aynı yerde). Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. maddesinde ise, cebir ve şiddet kullanılarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemleriyle, 1. maddede belirtilen amaçlara yönelik olarak suç işlemek üzere terör örgütüne üye olanların Türk Ceza Kanunu'nun 314. maddesine göre cezalandırılacağı öngörülmektedir (bk. aynı yerde).

247. Hem silahlı terör örgütünün, hem de bu gibi örgütlere üye olma suçunun unsurlarını açıklığa kavuşturan Yargıtay içtihadı, silahlı terör örgütüne üye olma suçunu düzenleyen yasal çerçeveyi tamamlamaktadır (bk. yukarıda 161. paragraf). Yargıtay, Türk Ceza Kanunu'nun 314 § 2 maddesinde belirtilen suç bakımından, "örgüt"ün soyut bir birleşme olmayıp, hiyerarşik bir yapıya dayalı olduğunu belirtmiştir. Örgütün varlığı saptanırken, Türk Ceza Kanunu'nun 220. maddesinin gerektirdiği üzere örgütün, hâlihazırda veya geçmişte sahip olduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından hedeflenen suçu işlemeye elverişli olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Özellikle, örgütün hâlihazırda veya geçmişte, hedeflerini gerçekleştirmeye elverişli miktarda silaha veya bu tür silahlara erişim imkânlarına sahip olup olmadığı belirlenmelidir..

248. Yargıtay ayrıca, silahlı terör örgütü üyeliği nedeniyle mahkûmiyet kararı verilmesine ancak sanığın eylemlerinin süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluğunun sağlanması ile silahlı örgütle olan organik bağının tespit edilmesi ve sanığın bilerek ve isteyerek örgütün hiyerarşik yapısı dâhilinde

hareket ettiğinin ve örgütün hedeflerini benimsediğinin ortaya konması halinde mümkün olduğunu açıklığa kavuşturmuştur (bk. yukarıda 184. paragraf). Yargıtay ilaveten, suçun manevi unsurunun “doğrudan kast ve suç işlemek amacı veya saiki” olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla, bir örgütte yer alan kişinin, girdiği örgütün suç işleyen veya suç işlemeyi amaçlayan bir örgüt olduğunu bilmesi (bk. aynı yerde) ve bu amacın gerçekleştirilmesine yönelik özel kastının bulunması gerekmektedir (bk. yukarıda 83. paragraf). Her ne kadar örgütün faaliyetleri kapsamında ve amacı doğrultusunda fiili bir suç işlemek, silahlı terör örgütü üyeliği suçunun saptanması için gerekli olmasa da, kişinin yine de örgütün fiili varlığına veya güçlendirilmesine maddi ya da manevi somut bir katkısının bulunması gerekmektedir (bk. yukarıda 184. paragraf).

249. Yukarıda açıklanan yasal hükümler ve bunlara ilişkin olarak yerel mahkemeler tarafından yapılan yorumlamalar dikkate alındığında, Mahkeme, başvuranın mahkûm edildiği suçun, Sözleşme’nin 7. maddesi kapsamındaki kanunilik ilkesine uygun olarak, Türk hukukunda düzenlendiği ve tanımlandığı kanaatindedir. Ceza Kanunu’nun 314 § 2 maddesi, özellikle Terörle Mücadele Kanunu ve Yargıtay içtihadı ile birlikte değerlendirildiğinde, ilke olarak, bir bireyin, gerektiğinde uygun yasal tavsiyeler alarak, hangi eylem ve ihmallerin kendisini cezai olarak sorumlu kılacağını bilmesini sağlamak için yeterli açıklıkta ifade edilmiştir.

250. Bununla birlikte, başvuran, çoğunlukla iki nedenden ötürü, mahkûmiyetinin Sözleşme’nin 7. maddesiyle bağdaşmadığını ileri sürmüştür. Başvuran, üzerine atılı eylemlerin gerçekleştiği dönemde FETÖ/PDY’nin “silahlı bir terör örgütü” olarak kabul edilmediğini iddia etmiştir. Başvuran, ayrıca, ilgili kanunların geniş bir şekilde yorumlanmasının ardından yasal eylemler temelinde mahkûm edildiğini ileri sürmüştür. İç hukukta tanımlandığı şekliyle silahlı terör örgütüne üye olma suçunu oluşturan unsurların ve özellikle de manevi unsurun varlığı, başvuranın davasında

usulüne uygun olarak ortaya konulmamıştır. Mahkeme bu iddiaları sırasıyla ele alacaktır.

(i) *Başvuranın üzerine atılı eylemlerin gerçekleştiği sırada FETÖ/PDY'nin bir terör örgütü olarak kabul edilip edilmediği*

251. Yerel Mahkeme kararlarına ve Hükümetin görüşlerine göre, Türk hukuku uyarınca, bir oluşumun resmen “terör örgütü” olarak tanımlanması, mahkemelerin vereceği karara bağlıdır (bk. sırasıyla yukarıda 163. ve 227. paragraflar). Bu bağlamda, Erzincan Ağır Ceza Mahkemesinin (ilk derece mahkemesi), 16 Haziran 2016 tarihinde - yani darbe girişiminden bir ay önce- bu örgütün terör örgütü niteliğinde olduğuna hükmetmesine karşın (bk. yukarıda 52. paragrafta bu karara yapılan atıf), bu yöndeki ilk nihai karar, 7 Mart 2017 tarihinde, Samsun Bölge Adliye Mahkemesi tarafından verilmiştir (bk. yukarıda 60. paragraf). Yargıtayın bu konudaki ilk kararları 24 Nisan ve 26 Eylül 2017 tarihlerinde verilmiştir (bk. yukarıda 155. ve 156. paragraflar). Bu kararlardan önce Milli Güvenlik Kurulunun veya diğer kamu makamlarının söz konusu örgütün terör niteliğine ilişkin değerlendirmeleri, olgusal açıdan alakalı olmakla birlikte, tam anlamıyla (*stricto sensu*) yasal bir güce sahip değildi (bk. Milli Güvenlik Kurulunun yukarıda 108.-113. paragraflarda belirtilen basın açıklamaları ve özellikle FETÖ/PDY'den ilk kez açıkça bir terör örgütü olarak bahsettiği 26 Mayıs 2016 tarihli açıklaması).

252. Başvuran, mahkûmiyetine dayanak oluşturan eylemlerin yukarıda belirtilen mahkeme kararlarından önce gerçekleştiğini ileri sürmekte olup Hükümetin bu konuda herhangi bir itirazı bulunmamaktadır. Bu bağlamda, yerel mahkemelerin dayandığı çeşitli ByLock raporlarında, başvuranın ByLock uygulamasına 3 ve 23 Ekim 2015 tarihleri arasında bağlandığı ve uygulamanın 2016 yılının başlarında kaldırıldığı belirtilmiştir. Ayrıca, başvuranın Bank Asya'daki şüpheli olduğu iddia edilen hesap hareketleri, çoğunlukla, 28 Şubat 2014 ile 31 Aralık 2014 tarihleri arasında gerçekleşmiştir. Kayseri Gönüllü Eğitimciler Derneği ve Aktif Eğitim-Sen

üyeliklerine ilişkin olarak, başvuran, söz konusu kuruluşların 23 Temmuz 2016 tarihinde 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile kapatılmalarından önce, her iki üyeliğini de sonlandırmış olduğunu belirtmektedir.

253. Bu nedenle Mahkeme, başvuranın aleyhinde ileri sürülen çeşitli eylemleri gerçekleştirdiğinde, FETÖ/PDY'nin henüz iç hukukta öngörüldüğü şekilde silahlı bir terör örgütü olarak tanımlanmadığını kabul etmektedir. Bununla birlikte, Mahkeme, bu durumun, başvuranın mahkûmiyetini Sözleşme'nin 7. maddesine aykırı hale getirmediğini değerlendirmektedir. Bunun temel nedeni, yukarıda atıfta bulunulan ilgili yerel mahkeme kararlarından da görülebileceği üzere, Türk hukukunda bir terör örgütünün yasal olarak tanımlanmasına ilişkin kuralın, bu tür bir tanımlamadan önce örgütün kurucularını veya üyelerini "bilerek ve isteyerek" gerçekleştirmiş oldukları eylemlerden dolayı cezai sorumluluktan muaf tutmamasıdır (bk. yukarıda 84., 163., 165. ve 187. paragraflar). Hükümet tarafından da belirtildiği üzere, bu husus, daha önce, *Parmak ve Bakır* davasında Mahkeme tarafından kabul edilmiştir (yukarıda anılan, § 71). Ayrıca, yukarıda 228. paragrafta Hükümet tarafından ileri sürülen argümanları da göz önünde bulunduran Mahkeme, F. Gülen'in silahlı terör örgütü kurma suçundan daha önce beraat etmiş olmasına rağmen, bu durumun tek başına, sonraki gelişmelere dayanılarak FETÖ/PDY'nin niteliğine ilişkin farklı bir karar verilmesi ihtimalini ortadan kaldırmadığını kabul etmektedir.

254. Dolayısıyla Mahkemeye göre, mevcut davadaki mesele, başvuranın üzerine atılı eylemleri gerçekleştirdiği tarihte FETÖ/PDY'nin terör örgütü ilan edilmiş olup olmaması değildir. Asıl mesele, başvuranın silahlı terör örgütüne üyelik suçundan mahkûmiyetinin, özellikle Ceza Kanunu'nun 314 § 2 maddesinde, Terörle Mücadele Kanunu'nda ve Yargıtayın ilgili içtihadında belirtildiği üzere suçu oluşturan maddi ve manevi unsurların tümü bakımından iç hukukun gereklilikleri göz önüne alındığında yeterince öngörülebilir olup olmadığıdır.

(ii) *Başvuranın silahlı terör örgütüne üyeliğinin iç hukukun gerekliliklerine uygun olarak tespit edilip edilmediği*

255. Mahkeme, yerel mevzuatın yorumlanması, olayların değerlendirilmesi ve bunların hukuki sınıflandırması ile ilgili olarak yerel mahkemeler gibi hareket edemeyeceğini yinelemektedir (bk. yukarıda anılan *Kononov*, § 198, ve yukarıda anılan *Rohlana*, § 51). Fakat, Sözleşme'nin 7. maddesi kapsamında denetim işlevini yerine getirirken, yerel mahkemeler tarafından varılan sonuçlara yalnızca Sözleşme'nin 7. maddesinin amacı ve hedefine uygun olduğu ölçüde riayet edeceğini de vurgulamaktadır. Yukarıda 241. paragrafta belirtildiği üzere, Sözleşme'de öngörülen hakkın (mevcut davada 7. maddenin) mahkûmiyet ve ceza için yeterince açık ve öngörülebilir hukuki bir dayanağın mevcudiyetini gerektirdiği durumlarda, Mahkemenin inceleme yetkisi elbette daha geniştir.

256. Bu ilkenin doğal bir uzantısı olarak, bir suçun iç hukukta açıkça düzenlenmesi 7. maddenin amaçları doğrultusunda yeterli değildir. Yerel mahkemelerin ilgili kanuna uymaması veya bu kanunu, belirli bir davada makul olmayan şekilde yorumlaması veya uygulaması, kendi başına, Sözleşme'nin 7. maddesinin ihlaline yol açabilmektedir (bk. yukarıda anılan *Del Río Prada*, § 93; *Khodorkovskiy ve Lebedev/Rusya*, no. 11082/06 ve 13772/05, § 781, 25 Temmuz 2013; *Žaja/Hırvatistan*, no. 37462/09, §§ 91 ve 92, 4 Ekim 2016; ve *Pantolon/Hırvatistan*, no. 2953/14, § 48, 19 Kasım 2020, atıfta bulunulan diğer kararlar ile birlikte). Mahkeme, yerel mahkemelerin, kanun hükümlerini yorumlarken ve bu hükümleri davanın kendine özgü koşullarına göre uygularken ilgili kanundan uzaklaşmaları hâlinde, ceza gerektiren suçların kanunda öngörülmesine ilişkin koşula hâlel getirileceği kanaatindedir.

257. Mahkeme, başvuranın FETÖ/PDY üyeliğine ilişkin mahkûmiyetinin ByLock mesajlaşma uygulamasını kullandığı iddiasından kaynaklandığını not etmektedir. Yerel mahkemeler ve Hükümet tarafından benimsenen yaklaşıma göre, ByLock kullanımının tespiti, kendiliğinden, mahkûmiyet

için yeterlidir (bk. yukarıda 87., 88., 160., 165., 181., 188., 232. ve 233. paragraflar). İlâveten, başvurana atfedilen geri kalan eylemlerin - diğer bir deyişle, Bank Asya'daki bir hesabı kullanması ve sendika ve derneklere üyeliği- destekleyici işlev gördüğüne itiraz edilmemektedir. Hükümet, bu bağlamda, söz konusu geri kalan eylemlerin FETÖ/PDY üyeliğini kanıtlamada tek başına yeterli olmadığını fakat yalnızca diğer “önemli” delilleri desteklemek için kullanılabileceğini açıkça doğrulamıştır (bk. yukarıda 236. paragraf).

258. ByLock kullanımının, silahlı terör örgütüne üyelik suçunun maddi unsuru olarak kabul edilmediği, -diğer bir deyişle ByLock kullanımı suç olarak kabul edilmemiş ve yaptırım uygulanmamıştır - yalnızca suçun sabit bulunmasına yönelik bir delil olarak dayanıldığı Hükümet beyanlarının yanı sıra yerel mahkemeler tarafından da vurgulanmıştır (bk. yukarıda 188. paragrafta atıfta bulunulan Adnan Şen davasına ilişkin Anayasa Mahkemesi kararı; ayrıca bk. yukarıda 233. paragrafta Hükümetin bu konuya ilişkin ifadesi). Fakat, yalnızca ByLock kullanımının, yapılan mesajlaşmaların içeriğine veya mesajlaşmaların yapıldığı kişilerin kimliğine bakılmaksızın, iç hukukta tanımlandığı üzere silahlı terör örgütüne üyelik suçunu oluşturan tüm temel unsurların varlığının, tek başına, kesin kanıtı olarak işlev göreceği de açıkça belirtilmiştir (bk. yukarıda 160. ve 188. paragraflar).

259. Hükümet, örgüt ile herhangi bir bağlantısı bulunmayan bir kişinin ByLock uygulamasını indirmesinin ve kullanmasının mümkün olmadığını ileri sürmüştür (bk. yukarıda 232. paragraf, ayrıca bk. yukarıda 117. paragrafta belirtilen KOM raporunda yer alan görüşler). Mahkeme, ByLock uygulaması ve FETÖ/PDY arasındaki bağlantıyı ortaya koymak için yerel makamlar ve mahkemeler tarafından sunulan çok sayıdaki bilgi ve belgeyi dikkate almaktadır. Bu bağlamda Mahkeme, özellikle uygulamanın bazı kullanıcılarının profil bilgilerini, deşifre edilen görüşmelerin içeriğini, uygulamanın örgüt içinde kullanıldığını doğrulayan FETÖ/PDY ile ilişkili diğer soruşturmalardaki şüpheliler tarafından verilen ifadeleri ve uygulama

lisans sahibinin, edinilen bilgi doğrultusunda, uygulamanın FETÖ/PDY'nin kullanımı için geliştirildiğine ilişkin ifadelerini kaydetmiştir (bk. sırasıyla yukarıda 115., 117., 159., 176. ve 139. paragraflar). Dolayısıyla Mahkeme, açık kaynaklardan indirilebilmesine ve benzersiz olduğu iddia edilen özelliklerinin yaygın olarak kullanılan bazı uygulamalarda da gözlemlenmesine rağmen (bk. yukarıda 225. paragrafta başvuranın bu bağlamdaki argümanları), ByLock'un yalnızca herhangi bir olağan ticari mesajlaşma uygulaması olmadığını ve kullanımının ilk bakışta Gülen hareketi ile bir çeşit bağlantıyı akla getirebildiğini kabul etmektedir.

260. Mahkeme ayrıca, Ceza Kanunu'nun 314 § 2 maddesi uyarınca cezalandırılan eylemin suç örgütü olduğu iddia edilen örgütle bağlantılı olma değil, silahlı bir terör örgütüne üyelik olduğunu kaydetmiştir. Bu kapsamda bahsedilen terör örgütü üyeliği, yukarıda 245-248. paragraflarda ayrıntılı şekilde belirtildiği ve Anayasa Mahkemesinin *Adnan Şen* kararında kabul edildiği üzere (bk. yukarıda 184.-187. paragraflar), kanunda öngörülen -özel ve nesnel- unsurlara dayanılarak tespit edilmiştir. Dolayısıyla, Ankara Bölge Adliye Mahkemesinin de işaret ettiği üzere (bkz. yukarıdaki 83. paragraf), sadece bir terör örgütü içerisindeki konumları bu örgütün "üyesi" olarak nitelendirilmelerini gerektirecek düzeye ulaşmış olan kişiler 314 § 2 maddesi uyarınca mahkûm edilebilirler. Bu yüzden Mahkeme, ilgili suç unsurlarının - özellikle suçun özel veya manevi unsurlarının- başvuran açısından usulüne uygun olarak ve ilgili kanunlara uygun bir biçimde tespit edilip edilmediğini ve başvuranın davasında bu unsurların yerel mahkemeler tarafından, ilgili ceza hükümlerinin çok geniş olmayacak şekilde öngörülebilir bir biçimde yorumlanarak uygulanıp uygulanmadığını tespit etmelidir (bk. benzer yönde bir inceleme için, yukarıda anılan *Korbely*, §§ 84 ve 85 ve yukarıda anılan *Navalnyy*, §§ 59-69).

261. Bu kapsamda, Hükümet FETÖ/PDY'nin suç faaliyetlerini ve nihai amacını ortaya koyan 2013 yılı sonundan itibaren yaşanan gelişmeleri özellikle göz önünde bulundurarak ve ByLock'un 2014 yılı başlarında

piyasaya sunulduğunu dikkate alarak, başvuran da dâhil olmak üzere ByLock kullanıcılarının örgütün yasadışı amaçlarının farkında olacak konumda olduklarını açıklamıştır (bk. yukarıda 88., 163., 172. 229. ve 231.. paragraflar). Dahası, bu amaçlara, örgüt içi iletişimde gizliliği sağlamak üzere ByLock kullanılarak ulaşılmasını ve bu doğrultuda örgüt faaliyetlerine ByLock kullanılarak katılım gösterilmesini hedeflemişlerdir (bk. yukarıda 232. paragraf). Yerel mahkemeler, eğer bir kişi yerel mahkemelerin örgütün münhasıran kendi üyeleri arasında haberleşmeyi sağlamaya yönelik olarak geliştirdiğini tespit ettiği uygulamayı indirdiyse ve bütün teknik zorluklara rağmen kullandıysa, bu durumun söz konusu kişinin örgütün iradesine tam olarak boyun eğdiğini ve hiyerarşisine teslim olduğunu gösterdiğini değerlendirmiştir. Bu çerçevede Hükümet, başvuranın durumunda suçun manevi unsurunun oluştuğunu ve başvuranın gerekli kastın bulunmadığı iddiasıyla Ceza Kanunu'nun 30. maddesinde yer alan "hata" hükmüne başvuramayacağını ileri sürmüştür (agy.; ayrıca bk. yukarıda 163., 187. ve 188. paragraflarda verilen Yargıtay ve Anayasa Mahkemesinin verdiği tespitler).

262. Yukarıdakiler ışığında Mahkeme, yerel mahkemeler tarafından başvuranın sendika ve dernek üyeliğine ve Bank Asya'da hesabının bulunmasına atıfta bulunulmuş olsa da (bk. yukarıda 68. ve 70. paragraflar), başvuranın ByLock kullandığı iddiasına dayanılarak ilgili suçun tüm unsurlarının oluştuğunun değerlendirildiğini ve bu durumun, başvuranın silahlı terör örgütü üyesi olduğuna ve bireysel cezai sorumluluğunun oluşmasına yol açan manevi bağın varlığına karar verilmesi için yeterli görüldüğünü kaydetmektedir. Kabul etmek gerekir ki, belirli bir delile atfedilen alaka düzeyi veya önemin değerlendirilmesi, ilke olarak, Sözleşme'nin 7. maddesi uyarınca Mahkemenin yetkisi dahilinde değildir. Ancak Mahkeme, ByLock kullanımına ilişkin bulgunun, delil değerinin ötesinde, suçun maddi ve manevi unsurlarının varlığına ilişkin bireyselleştirilmiş bir bulgunun yerine geçtiğini ve böylece -Yargıtay

tarafından yorumlandığı şekliyle- Ceza Kanunu'nun 314 § 2 maddesinin gerekliliklerinin kanunilik ilkesine aykırı olarak yerine getirilmediğini ve konunun 7. maddenin kapsamına dahil edildiğini değerlendirmektedir.

263. Bu bağlamda, Mahkeme ilgili yerel mahkeme kararlarında suçun özünü ilgilendiren bazı hususlara ilişkin olarak iç hukuk uyarınca anlamlı açıklamalar yapılmadığına işaret etmiştir. Bu hususlar arasında ByLock kullanımının tek başına, söz konusu kullanımın doğurduğu sonuçlardan bağımsız olarak, başvuranın FETÖ/PDY'nin cebir ve şiddet kullanarak teröre hizmet eden amaçlar doğrultusunda hareket ettiğini bildiği veya kendini FETÖ/PDY'nin iradesine teslim ettiği, örgütün amaçlarının gerçekleştirilmesine ilişkin özel bir niyetinin olduğu ve örgütün hiyerarşisi dahilinde örgüt faaliyetlerine katıldığı veya örgütün fiili mevcudiyetine veya güçlendirilmesine başka bir şekilde somut olarak maddi veya manevi katkıda bulunduğu sonucuna doğrudan nasıl varıldığı yer almaktadır.

264. Görünüşe göre, yerel mahkemelerin yorumu bir varsayıma dayalı olup, bu varsayım iddia konusu sonuçların yalnızca ByLock'un kullanımından otomatik olarak kaynaklandığını savunmaktadır. Bu şekilde, silahlı bir terör örgütüne üyelik koşullarının tamamının (gerekli kasıt koşulu da dahil olmak üzere) karşılandığını tespit etmeksizin; söz konusu uygulamanın kullanıcılarına etkin bir ceza sorumluluğu yüklenmektedir. Mahkemeye göre, bu durum söz konusu suçun devamlılık, çeşitlilik ve yoğunluğa dayalı organik bir bağın varlığının kanıtlanması ve spesifik bir manevi unsurun var olmasını gerektiren özüne (bk. yukarıdaki 184. paragraf) aykırı olup; Sözleşme'nin 7. maddesi uyarınca bireyin kişisel sorumluluğunun tespit edilebileceği manevi bir bağ mevcut değilken cezalandırılmama hakkına uygun değildir (bk. yukarıda anılan *G.I.E.M. S.r.l. ve Diğerleri*, §§ 242 ve 244).

265. Bu husus, Bylock uygulamasının bazı kişiler hatta birçok kişi tarafından, “örgütsel iletişim” kavramına yerel makamlarca atfedilen anlam dahilinde örgütsel iletişim için bir araç olarak kullanıldığına itiraz etmek

anlamına gelmemektedir. Ancak, belirli bir sanığa ilişkin somut içerik veya diğer ilgili bilgilerin yokluğunda, bu tür kullanıcıların profilinden ve yazışmalarından tüm kullanıcı tabanı için belirleyici sonuçlar çıkarmak sadece öngörülemez değil, aynı zamanda hukukilik ilkesine ve bireysel ceza sorumluluğuna da aykırıdır. Hükümet tarafından belirtildiği üzere (bk. yukarıdaki 232. paragraf), Mahkeme yasa dışı amaçlarla giderek daha fazla başvuru güvenli iletişim içeriğine erişimde karşılaşılan önemli zorlukları dikkate almaktadır. Ayrıca, gizlilik içerisinde hareket eden bir örgüt olarak FETÖ/PDY'nin kendine özgü niteliğine ilişkin görüşleri kaydeder (bk. yukarıdaki 162. ve 230. paragraflar). Ancak, Devlet makamlarının, terör örgütü olduğu tespit edilen bir örgüt tarafından kullanıldığı iddia edilen bir iletişim aracını, bu aracın kullanılmasının ardından iyice anlayıp kavrama konusunda karşılaştıkları zorluklar; daha önce bu aracı kullananlara Sözleşme'nin 7. maddesi kapsamındaki güvenceleri göz ardı ederek, neredeyse otomatik bir şekilde ceza sorumluluğu yüklemek için yeterli bir sebep değildir

266. Mahkeme yerel adli makamlar tarafından da belirtildiği üzere, örgütün Türk toplumunun tüm kesimlerinde kayda değer bir süre boyunca her tarafa yayılmış bir şekilde varlığını sürdürdüğü göz önünde bulundurulduğunda, ilgili suçun unsurlarının varlığını münferit olarak tespit etme ihtiyacının somut bağlamda daha da zorlayıcı olduğu kanısındadır (bk. yukarıdaki 41., 52., 162., 163.. ve 187. paragraflar; ayrıca bk. yukarıdaki 198. paragrafta belirtilen İnsan Hakları Komiseri memorandumu). Yargıtay da, tüm örgüt üyelerinin, Ceza Kanunu'nun 314 § 2. maddesi kapsamında suçun tespiti için gereken bilgi ve doğrudan kasta sahip olduklarının düşünülemeyeceğini kabul etmiştir. Bu bağlamda, örgütün yedi katmandan oluştuğunu ve örgütün sözde meşruiyet cephesi olarak kullanılan birinci ve ikinci katmanlardaki üyelerin, örgütü "silahlı terör örgütü" haline getiren amaç ve yöntemlerden haberdar olmadıklarını ve ilke olarak Ceza Kanunu'nun 30. maddesinde öngörülen hata hükmünden

yararlanabileceklerini kaydetmiştir (bk. yukarıdaki 162. ve 163. paragraflar). FETÖ/PDY bağlantılı diğer soruşturmalarda bazı şüpheliler tarafından verilen ifadelerde ayrıca; Bylock'un gerçekten daha üst kademedekiler başta ve dahil olmak üzere örgüt içerisinde kullanılmasına rağmen (yukarıdaki 176. paragrafta belirtildiği üzere), kullanımın zaman içerisinde "aşağı kademedekilere" de sıçradığı ve bir noktada tüm "*cemaat*" tarafından kullanılır hale geldiği ifade edilmiştir (bk. aynı kararda, "*cemaat*"ın anlamına ilişkin olarak yukarıdaki 18. paragraf). Bu koşullar kapsamında ve yerel mahkemeler tarafından yeterli açıklama yapılmadığı dikkate alındığında; başvuran gibi ByLock kullanıcısı olduğu iddia edilen tüm kişilerin, yerel mahkemeler tarafından daha önce yorumlandığı ve uygulandığı şekliyle iç hukuk anlamında geçerli olarak "silahlı terör örgütü üyesi" olarak kabul edilebilecek kişiler olduğunun nasıl bu kadar kesin ve otomatik bir şekilde tespit edilebileceğini anlamak zordur (ayrıca bk. yukarıdaki 196. paragrafta belirtilen UNWGAD'ın bu yöndeki görüşleri; ayrıca, yukarıdaki 203. paragrafta bahsedilen Avrupa Konseyi Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesine Ek Protokole ilişkin Açıklayıcı Rapor - bu rapor, somut davada dikkate alınan ilgili tüm iç hukuk kararlarının verildiği tarihte Türkiye bakımından yürürlükte değildi - burada, Ek Protokol'ün 2. maddesinde öngörülen "terörizm amacıyla bir topluluk veya gruba katılma" suçuna benzer bir suçla bağlantılı olarak "kasıt" ve "terör amacı" unsurlarının önemi vurgulanmaktadır).

267. Yukarıda belirtilenleri göz önünde bulunduran Mahkemenin, başvuranın silahlı terör örgütüne üye olma suçundan mahkûmiyetinin, iç hukukun gerekliliklerine ve 7. madde kapsamındaki güvencenin özünde yer alan kanunilik ve öngörülebilirlik ilkelerine aykırı olarak, bu suçun tüm unsurlarının varlığı bireyselleştirilmiş bir şekilde usulüne uygun olarak ortaya konulmadan kurulduğunu tespit etmekten başka seçeneği bulunmamaktadır. Bu bağlamda, Mahkeme, ByLock kullanımı teknik olarak isnat edilen suçun maddi unsurlarından biri olmamasına rağmen, ulusal

mahkemelerin, sadece ByLock kullanımını, bilerek ve isteyerek silahlı bir terör örgütüne üye olmak şeklinde yorumlandıklarına dikkat çekmektedir.

268. Mahkeme, 7. madde kapsamındaki bu tespiti, ByLock delilinin başvuranın suçunun sabit görülmesiyle ilgisi olmadığını vurgulamaktadır. Buradaki mesele, daha ziyade, ByLock kullanımına ilişkin olgusal bulgunun tek başına silahlı terör örgütüne üyelik suçunun unsurlarını oluşturduğu düşüncesidir. Ayrıca, ulusal mahkeme kararlarından ve Hükümetin görüşlerinden, başvurana atfedilen diğer eylemlerin sonuç üzerinde çok sınırlı bir etkisi olduğu açıkça anlaşılmaktadır (bk. yukarıda 257. paragraf). Türk Ceza Kanunu'nun 314 § 2 maddesi ve Terörle Mücadele Kanunu hükümlerinin nasıl uygulanması gerektiğine ilişkin bu öngörülemez ve genişletici yorumun etkisi, yalnızca ByLock kullanımına dayalı olarak neredeyse otomatik bir suç karinesi oluşturmak olmuş ve başvuranın kendisini suçlamalardan aklamasını neredeyse imkânsız hâle getirmiştir (bk. yukarıda anılan *G.I.E.M. S.r.l. ve Diğerleri*, § 243 ile bu kapsamda yapılan diğer atıflar). Hiç kimsenin keyfi kovuşturma, mahkûmiyet veya cezalandırmaya maruz bırakılmaması gerektiğini öngören 7. maddenin amaç ve hedefinden, suçun olgusal temeli ne olursa olsun, hukuki güvenlik ilkesine ait esasa ilişkin güvencelerin karşılanması gerektiği anlaşılmaktadır.

(c) Sonuç

269. Mahkeme, terörle mücadelenin ve terör suçlarının işlenmesinde kullanılan değişen yöntem ve taktikler dolayısıyla Devletlerin karşılaştığı zorlukların son derece farkındadır (bk. yukarıda anılan *Parmak ve Bakır*, § 77). Ayrıca, ulusal makamlara ve mahkemelere göre amaçlarını geleneksel terör yöntemlerinden farklı olarak gizlilik içinde gerçekleştiren bu örgütün atipik yapısını göz önünde bulundurarak, Türk makamlarının ve mahkemelerinin FETÖ/PDY'ye karşı gösterdikleri çabalar bağlamında karşılaştıkları benzersiz zorlukları da hâlihazırda kabul etmiştir. Mahkeme bu bağlamda, Türkiye'deki askeri darbe girişiminin Sözleşme kapsamında

“ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlikenin” mevcudiyetini ortaya koyduğuna dair birçok davada yaptığı ve mevcut davada da teyit ettiği (bk. yukarıda 213. paragraf) tespitini yinelemektedir (bk. örneğin, yukarıda anılan *Mehmet Hasan Altan*, § 93 ve *Baş/Türkiye*, no. 66448/17, § 115, 3 Mart 2020). Bu nedenle, yetkili makamların ve mahkemelerin darbe girişimi sonrasında mücadele etmek zorunda kaldıkları durumun aciliyeti ve ciddiyeti kabul edilmektedir.

270. Bununla birlikte, bu hususların hiçbirinin, hukukun üstünlüğü ilkesinin özünde yer alan ve askıya alınamaz bir hak teşkil eden 7. maddede yer alan temel güvencelerin - ulusun varlığını tehdit eden koşullarda işlendiği iddia edilse dahi - terör suçlarının kovuşturulması ve cezalandırılması söz konusu olduğunda daha az katı bir şekilde uygulanabileceği anlamına gelmediği de vurgulanmalıdır. Sözleşme, en zor koşullar da dâhil olmak üzere, 7. madde güvencelerine riayet edilmesini gerektirmektedir.

271. Mahkeme, suç ve cezaların kanuniliği (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) ilkesi çerçevesinde, terörün ve geleneksel olmayan terör örgütlerinin gelişen tehditleriyle etkili bir şekilde mücadele edebilmek için terör yasalarını adapte etmenin Devletlere düşen bir görev olduğunu değerlendirmektedir. Türk hukuku kapsamında silahlı terör örgütüne üye olma suçu, söz konusu tarihte de hâlen de özel kasıtlı işlenen bir suçtur. Dolayısıyla, belirli bazı öznel unsurların varlığı olmazsa olmaz bir koşuldur. Buna rağmen, ulusal mahkemeler tarafından, başvuranın somut durumunda suçun iç hukuktaki yasal tanımı kapsamında aranan bilgi ve kastın varlığını tespit etmeye çalışılmaksızın, Türk Ceza Kanunu ve Terörle Mücadele Kanunu’nun ilgili hükümlerinin geniş yorumlanması yoluyla ByLock kullanımının silahlı terör örgütü üyeliği anlamına geldiğine karar verilmesi, ByLock kullanımına fiilen nesnel bir sorumluluk yüklemiştir. Mahkeme, yerel mahkemeler tarafından kanunun bu şekilde geniş ve öngörülemez bir şekilde yorumlanmasının, suçu oluşturan unsurların - özellikle de manevi unsurların - bir kenara bırakılması ve suçun kusursuz sorumluluk suçuna

benzetilmesi ve böylece iç hukukta açıkça belirtilen gerekliliklerden uzaklaşılması sonucunu doğurduğu görüşündedir. Dolayısıyla suçun kapsamı, 7. maddenin amaç ve hedefine aykırı olarak, öngörülemez bir şekilde başvuranın aleyhine genişletilmiştir.

272. Mahkeme, yukarıdaki açıklamalar ışığında, Sözleşme'nin 7. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

III. SÖZLEŞME'NİN 6 § 1 MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

273. Başvuran, Sözleşme'nin 6 § 1 maddesi uyarınca, ByLock uygulamasını kullanmasına ilişkin olarak, mahkûmiyetinin kesinleşmesinde belirleyici delil olan verilerin hukuka aykırı olarak elde edildiğinden ve bu nedenle kabul edilemez olması gerektiğinden şikâyetçi olmuştur. Başvuran ayrıca, silahların eşitliği ve çekişmeli yargılama ilkelerinin yanı sıra CMK'nın (Ceza Muhakemesi Kanunu) 134. maddesi kapsamında belirtilen açık gerekliliklere aykırı olarak, ilgili verilerin incelemesi veya itiraz etmesi için kendisine verilmediğinden ve yerel mahkemelerin bu verileri doğrudan incelemeden ya da başka bir bağımsız değerlendirmeye tabi tutmadan yalnızca savcılığın ve diğer kamu makamlarının tek taraflı yaptığı değerlendirmeye dayandığından şikâyetçi olmuştur. Başvuran ek olarak, mahkûmiyetine dayanak teşkil eden delillerin ve özellikle ByLock kullanımına ilişkin delillerin yerel mahkemeler tarafından keyfi olarak değerlendirildiğini ve Ankara Bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtay önünde söz konusu delillere ilişkin yaptığı itiraz ve taleplerin ilgili mahkemeler tarafından gerekçelendirilmemiş kararlarla göz ardı edildiğini iddia etmiştir,

274. Sözleşme'nin 6 § 1 maddesinin ilgili kısımları şu şekildedir:

“Herkes davasının, (...) cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, (...) yasalarla kurulmuş [bir] mahkeme tarafından, (...) adil bir şekilde (...) görülmesini isteme hakkına sahiptir. ...”

A. Kabul Edilebilirlik Hakkında

1. Tarafların beyanları

275. Hükümet, başvuranın [Avrupa] Mahkemesi veya yetkili yerel mahkemeler önünde, (i) MİT tarafından elde edilen ByLock verilerinin adli makamlara sunulmasından önceki dönemde bütünlüğünü ve gerçekliğini koruyacak güvencelerin eksikliğinden; (ii) ByLock verilerinin bağımsız bilirkişi incelemesine sunulmasına dair talebinin reddedilmesinden ve (iii) aleyhindeki iddiaları çürütme imkanının olmamasından şikâyetçi olmadığını ileri sürmüştür. Hükümet bu doğrultuda, Mahkemenin bu konuları incelememesini veya iç hukuk yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemez olarak nitelendirmesini talep etmiştir.

276. Başvuran ilk olarak, Mahkeme önündeki davanın bir kişi tarafından şikâyet edilen olay ve olgulardan ibaret olduğunu, ancak Mahkemenin başvuru formunda kullanılan kelime ve ifadelerle sınırlı kalmak koşuluyla değerlendirme yapmasının kabul edilemez olduğunu belirtmiştir. Başvurana göre, Mahkemeye sunulan her türlü şikâyet, en azından özü itibarıyla incelenmelidir. Başvuran ayrıca, her hâlükârda ve Hükümetin iddialarının aksine, başvuru formunda yerel mahkemelerin ByLock verilerinin doğruluğunu ve bütünlüğünü sorgulamadıklarından ve söz konusu verileri bağımsız bir incelemeye tabi tutmadan, bağımsız ve tarafsız olmayan kamu kurumları tarafından oluşturulan belgelere dayanmakla yetindiklerinden açıkça şikâyetçi olduğunu ileri sürmüştür. Başvuran ek olarak, başvuru formunda, ByLock verilerinin incelemesi için kendisine verilmediğini ve bu nedenle, silahların eşitliği ilkesine aykırı olarak, bu verilerle ilgili karşı argümanlarını sunma imkanından mahrum bırakıldığını açıkça belirttiğini not etmiştir. Sonuç olarak başvuran, aleyhindeki iddiaları çürütememesi konusunda Mahkeme önünde şikâyetle bulunmadığına ilişkin olarak Hükümet tarafından ileri süren iddianın dayanaktan yoksun olduğunu ileri sürmüştür.

277. Başvuran, söz konusu şikâyetlerin Anayasa Mahkemesi de dâhil olmak üzere yerel mahkemeler önünde de dile getirildiğini ve Anayasa Mahkemesinin, mevcut başvuru yollarının tüketilmemesi gibi başka herhangi bir kabul edilemezlik gerekçesine özellikle atıfta bulunmaksızın, söz konusu şikâyetleri açıkça dayanaktan yoksun bularak reddettiğini eklemiştir.

2. Mahkemenin değerlendirmesi

278. Mahkeme ilk olarak, bir başvuruyu inceleme yetkisine ve bunun sınırlarına ilişkin olarak *Radomilja ve Diğerleri/Hırvatistan* ([BD], no. 37685/10 ve 22768/12, §§ 123-26, 20 Mart 2018) kararında yer verilen bulgulara atıfta bulunmakta ve Mahkeme önündeki bir davanın kapsamının başvuran tarafından beyan edilen olay ve olgular ile sınırlı olduğunu yinelemektedir

279. Bu bağlamda, başvuranın Mahkeme önünde ByLock verilerinin MİT tarafından CMK’da elektronik delillerin toplanması için öngörülen usule ilişkin güvenceler dışında hukuka aykırı bir şekilde elde edildiğinden şikâyetçi olduğu, ilgili verilerin çekişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerine aykırı olarak, Hükümet’in de inkar etmediği üzere başvuran veya avukatıyla paylaşılmadığı ve yerel mahkemelerin, verileri başka bir incelemeye tabi tutmaksızın - bağımsızlık ve tarafsızlık güvencelerinden yararlanmayan - çeşitli kamu kurumları tarafından hazırlanan raporlara dayandığı not edilmektedir.

280. Söz konusu şikâyetler, başvuran tarafından beyan edilen olay ve olguların arka planıyla birlikte değerlendirildiğinde, başvuranın esasen MİT tarafından temin edilen ByLock verilerinin bütünlüğünü, bu verilerin bağımsız incelemeye tabi tutulmamasını veya bu verilerin açıklanmaması nedeniyle suçsuzluğunu ortaya koyma potansiyeline sahip olan materyallere erişilememesini sorgulamadığından bahsedilemez. Bu bağlamda başvuranlardan şikâyetlerini, ne yerel mahkemeler önünde ne de Mahkeme önünde, Sözleşme kapsamına giren meselelere Mahkemenin yaklaşımını

yansıtan belirli bir terminoloji kullanarak veya belirli bir hukuki bakış açısı benimseyerek sunmalarının beklenmediği ve bir şikâyetin özü itibarıyla dile getirilmesinin yeterli olduğu vurgulanmaktadır (bk. yukarıda anılan, *Radomilja ve Diğerleri*, §§ 116 ve 117). Mahkeme dolayısıyla, bu hususları değerlendirmesinin davanın kapsamı dışında karar vermesi anlamına gelmediği kanaatindedir. Bu durum özellikle, Hükümetin iddialarının aksine, söz konusu meselelerin başvuran tarafından Anayasa Mahkemesi de dâhil olmak üzere ulusal makamlar önünde dile getirildiği (bk. yukarıdaki 73., 75., 92., 93., 97. ve 100. paragraflar) ve ayrıca Mahkemeye sunduğu görüşlerinde ayrıntılı olarak ele alındığı göz önünde bulundurulduğunda da oldukça açıktır. Bu bağlamda, başvuranların, Mahkeme önündeki yargılamalar esnasında, ilk beyanlarını açıklığa kavuşturmalarına veya detaylandırmalarına engel bir durumun olmadığı hatırlatılmaktadır (bk. yukarıda anılan, *Radomilja ve Diğerleri*, § 122).

281. Mahkeme bu sebeple, Hükümetin yukarıdaki 275. paragrafta belirtilen ilk itirazlarını reddetmektedir. Mahkeme ayrıca, başvuranın bu başlık altındaki şikâyetlerinin, Sözleşme'nin 35 § 3 maddesi kapsamında açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve başka herhangi bir gerekçeyle kabul edilemez olmadığı kanaatindedir. Bu sebeple, söz konusu şikâyetlerin kabul edilebilir olduğu beyan edilmelidir.

B. Esas Hakkında

1. Tarafların beyanları

(a) Başvuranın beyanları

282. Başvuran, ByLock kullanımına ilişkin verilerin MİT tarafından hukuka aykırı bir şekilde toplandığını ve hukuka aykırı delillerin kullanılmasının iç hukukta yasaklanmış olması nedeniyle, kendisini mahkûm etmek için delil olarak kullanılamayacağını savunmuştur. Başvuran, Devlet İstihbarat Hizmetleri Kanunu'nun Ek 1. maddesine göre (bk. yukarıdaki 145.

paragraf), istihbarat faaliyetleri kapsamında olarak toplanan bilgilerin, kendi davasında söz konusu olmayan belirli suçlar hariç olmak üzere, adli makamlar tarafından ceza yargılamalarında delil olarak kullanılmak üzere talep edilemeyeceğini ileri sürmüştür. Başvuran ayrıca, aynı Kanun'un 6 (2) maddesine göre (bk. yukarıdaki 144. paragraf), MİT'in telekomünikasyon ağları aracılığıyla yapılan iletişimin dinlenmesi için önceden bir mahkeme kararı alması gerektiğini ancak bu kararın ByLock verilerinin MİT tarafından elde edilmesinden önce alınmamış olduğunu belirtmiştir. Başvurana göre, yerel mahkemeler MİT'in kanuna uygun hareket ettiğine karar verirken, hatalı bir şekilde MİT'in [ilgili Kanun'un] 6. maddesinin birinci fıkrasında geniş bir şekilde düzenlenmiş olan yetkilerine dayanmış, ikinci fıkradaki koşulları göz ardı etmişler ve Ek 1. maddedeki kurala neden uyulmadığını yeterince açıklamamışlardır.

283. Başvuran ayrıca, yerel mahkemelerin ByLock verilerinin ceza yargılamaları kapsamında yasal delil olarak kullanılmasını kabul ederken, - Yargıtayın emsal niteliğindeki kararlarının ışığında - bu verilerin adli amaçlarla incelenmesine ve kullanılmasına Ankara Dördüncü Sulh Ceza Hakimliği tarafından 9 Aralık 2016 tarihinde CMK'nın 134. maddesine dayanılarak verilen kararlar izin verilmesine dayandıklarını belirtmiştir. Başvuran, varılan bu sonucun bir dizi nedenden dolayı tartışmalı olduğunu düşünmektedir. Başvuran özellikle, yerel mahkemelerin gerekçelerinin aksine, ByLock delillerinin adli amaçlarla analiz edilip kullanılmasının Ankara Dördüncü Sulh Ceza Hakimliğinin 9 Aralık 2016 tarihli kararından önce gerçekleştiğini ve bunun kanıtının da 9 Eylül 2016 tarihinde ByLock kullanması nedeniyle FETÖ/PDY üyeliği gerekçesiyle tutuklu olarak yargılanması olduğunu iddia etmiştir. Başvuran Türkiye genelinde ByLock kullanımıyla ilgili olarak başlatılan diğer yargılamalardan da benzer örnekler vermiş ve ByLock kullanıcılarının herhangi bir yargı kararından çok önce MİT tarafından toplanan ham veriler temelinde tespit edildiklerini ileri sürmüştür. Başvurana göre bu durum, dijital verilerin incelenmesinin ve

sonrasında alınan diğer önlemlerin herhangi bir yargı kararı olmaksızın istihbarat faaliyetleri kapsamında gerçekleştirildiği anlamına gelmiştir. Başvuran bu durumun, tam da suistimale karşı koruma sağlamak ve elde edilen verilerin bütünlüğünü ve güvenilirliğini temin etmek amacıyla iç hukukta düzenlenen usule ilişkin güvencelerin açıkça göz ardı edilmesi anlamına geldiğini ileri sürmüştür. Başvuran, yerel mahkemelerin buna rağmen, temel delillerin kabul edilebilirliğini ve hukuka uygunluğunu yeterli incelemeye tabi tutmadıklarını belirtmiştir.

284. Başvurana göre, ByLock verilerinin toplanmasına ve işlenmesine ilişkin adli bir denetimin olmaması, bu verileri değiştirilmeye açık hale getirmiş ve bunların doğruluğunun ve bütünlüğünün teyit edilmesini imkânsız hâle getirmiştir. Bu eksiklik, MİT'in verilerin teyit edilebilir bir şekilde bütünlüğünü sağlamak için attığı adımları açıklamamış olmasıyla daha da yoğunlaşmıştır. Başvurana göre bu koşullar altında, ByLock verileri ne güvenilir ne de kesindir. Başvuran bu bağlamda, MİT tarafından hazırlanan farklı kullanıcı listeleri ve indirme sayısı ile kullanıcı olarak tanımlanan kişilerin sayısı arasında iddia edilen tutarsızlıklara işaret etmiştir.

285. Başvuran, Ankara Bölge Adliye Mahkemesinin ByLock verilerinin doğruluğunu teyit etmek için dayandığı CGNAT verilerinin ve HTS kayıtlarının da benzer şekilde hukuka aykırı olduğunu ve güvenilir olmadığını eklemiştir. Başvuran, ilgili yasal çerçeve kapsamında internet trafiği verilerinin en fazla bir yıl süreyle tutulup saklanabilmesine karşın, BTK tarafından temyiz mahkemesine sunulan CGNAT verileri ve HTS kayıtlarının bir yıldan daha önceki bilgileri içerdiğini ileri sürmüştür. Başvuran güvenilirlik ile ilgili konuya ilişkin olarak, öncelikle IP tabanlı ilişkilendirme zorluklarına değinmiş; aynı IP adresinin aynı anda birden fazla kişi tarafından kullanılabileceğini iddia etmiş ve ayrıca bilirkişi raporuna dayanarak (bk. yukarıda 131. paragraf), CGNAT verilerinin belirli bir hedef IP adresi ile belirli bir kişi tarafından bağlantı kurulduğuna dair genel olarak güvenilir göstergeler olmadığını ileri sürmüştür. Aynı bilirkişi ayrıca, dava

dosyasındaki CGNAT verilerinin ve HTS kayıtlarının, başvuranın ByLock sunucusuna kasıtlı olarak bağlandığını kesin olarak ortaya koymadığını belirtmiştir. Başvuran ayrıca, BTK'nın ağ sağlayıcılarından aldığı orijinal trafik kayıtlarına veri ekleyerek ve veri çıkararak sahte log kayıtları ürettiğini iddia etmiştir. Başvuran bu iddiasını kanıtlamak için, servis sağlayıcı tarafından düzenlenen orijinal belgedeki eksik hedef IP numaralarının, söz konusu belgenin yargılamayı yürüten mahkemeye iletilirken BTK tarafından doldurulduğu başka bir ceza soruşturmasına ilişkin bazı belgeler sunmuştur.

286. Başvuran, aleyhindeki delillere gerektiği gibi itiraz edemediği yönündeki iddialarına ilişkin olarak ise, mahkûmiyeti için belirleyici delil olmasına rağmen, CMK'nın 134 § 4 maddesinde öngörülen koşula aykırı olarak, söz konusu uygulamayı kullandığı iddiasına ilişkin ByLock verilerinin bir kopyasının kendisine verilmediğini ve bu verilerin yerel mahkemeler tarafından bağımsız bir bilirkişi incelemesine tabi tutulmadığını ileri sürmüştür. Başvuran bu nedenle, söz konusu verilerin güvenilirliğini teyit edememiş, MİT tarafından ileri sürülen iddiaları çürütememiş ve ayrıca bu veriler arasından suçsuzluğunu ortaya koyma potansiyeline sahip olanlara erişememiş ve "münhasır kullanım"a itiraz edememiştir. Başvuran bunun yerine kendisine sunulan ByLock raporlarının, mevkileri veya görevleri belirtilmemiş yetkililer tarafından bir araya getirilmiş çok genel, dolaylı ve doğrulanabilir olmayan bilgiler içerdiğini belirtmiştir. Başvuran ayrıca, bu raporların örtülü ifadeler barındırdığını, ilgili bilgilerin teknik açıdan nasıl bir araya getirildiğine ilişkin bir açıklama içermediğini ve bu durumun itirazı imkânsız hale getirdiğini ileri sürmüştür. Başvuran ayrıca, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi tarafından hazırlatılan ek bilirkişi raporunun, herhangi bir katma değer olmaksızın, sadece dava dosyasında hâlihazırda mevcut olan bulguları özetlediğini ve ham verilerin bağımsız bir şekilde incelenmesine ilişkin talebinin ise reddedildiğini ileri sürmüştür. Başvuran, bu koşullar altında, iddia makamı karşısında oldukça dezavantajlı bir durumda olduğunu ileri sürerek, Sözleşme'nin 6. maddesi ile güvence altına alınan çekişmeli

yargılama ve silahların eşitliği ilkelerinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Başvuran, savcılığın elindeki verilerin tamamının paylaşılması sebebiyle 6 § 1 maddesi kapsamındaki adil yargılama hakkının koşullarının ihlal edilmediğine karar verilen *Rook/Almanya* (no. 1586/15, 25 Temmuz 2019) davasına atıfta bulunarak, kendi davasının koşullarının, elektronik verilerin kullanımının söz konusu olduğu yukarıdaki dava gibi diğer davalardan farklı olduğunu vurgulamıştır. Başvuranın anılan davanın aksine, aleyhinde kullanılan delillerin bağımsız denetime tabi olan bir adli usul çerçevesinde toplanmadığını ve bu nedenle doğası gereği güvenilir olmadığını iddia etmiştir.

287. Başvuran ayrıca, yapmış olduğu istinaf ve temyiz başvurularının hem Ankara Bölge Adliye Mahkemesi hem de Yargıtay tarafından, ByLock delilinin hukuka uygunluğu ile kabul edilebilirliği ve ByLock uygulamasının örgütsel mahiyeti dâhil olmak üzere yargılamanın sonucu açısından belirleyici olan meseleler hakkındaki itirazları ele alınmaksızın reddedildiğinden şikâyetçi olmuştur. Başvuran, mahkûmiyetinin temelinde yer alan bir karine olmasına rağmen ByLock’un münhasıran “Gülen hareketi” tarafından kullanıldığının tespiti için tatmin edici bir gerekçenin bulunmadığını ve ayrıca itham edildiği ciddi suçla olan manevi ve maddi bağının yerel mahkemelerce usulüne uygun şekilde tespit edilmediğini vurgulamıştır. Başvuran, kendisinin yanı sıra diğer binlerce kişinin, iddia olunan ByLock kullanımlarının Yargıtayın emsal kararlarında silahlı terör örgütü üyeliği suçu için kesin delil olarak kabul edilmesinden ötürü, gerekli bağı ortaya koyan herhangi bir somut delil olmamasına rağmen, söz konusu suçtan mahkûm edildiğini ileri sürmüştür. Başvurana göre, yerel mahkemelerin sadece kabul edilemez değil, aynı zamanda tamamen ilgisiz olan deliller ve farazi tespitler temelinde bu denli kontrolsüz bir keyfilik içinde hareket etmesi, temel hak ve özgürlüklerin bariz ihlali anlamına gelmiştir.

288. Başvuran bu bakımdan ayrıca, kullandığı bankanın ve üyesi olduğu sendika ve derneğin, ilgili zamanda Devletin izni ve denetimi altında faaliyet gösterdiğinin ve bu hususun da yerel mahkemeler tarafından göz ardı edildiğinin altını çizmiştir.

(b) Hükümetin Beyanları

289. Hükümet ilk olarak, Sözleşme sisteminin temelini teşkil eden ikincillik ilkesine göre, mevcut delillerin değerlendirilmesinin öncelikli olarak yerel mahkemelerin görevi olduğunu ve Mahkemenin yerel mahkemelerce ulaşılan sonuçları sorgulayarak bir “dördüncü derece” mahkemesi gibi hareket etmekle veya kendi görüşlerini yerel mahkemelerin tespitlerinin yerine koymakla görevli olmadığını hatırlatmıştır. Hükümet, başvuranın 6. madde kapsamındaki şikâyetlerinin esasen ByLock kullandığına işaret eden delillerin kabul edilebilirliğine ve söz konusu uygulamanın kullanımının delil niteliği hakkındaki değerlendirmeye ilişkin olduğunu kaydederek, söz konusu hususların yerel mahkemelerce kapsamlı bir şekilde ve usulüne uygun olarak incelendiğini belirtmiştir. Hükümet ayrıca, başvuran aleyhindeki yargılamanın genel anlamda adil olduğunu ve silahların eşitliği ile çekişmeli yargılama ilkelerine uygun olarak yürütüldüğünü ve başvuranın hukuka uygun ve objektif delillere dayalı olarak mahkûm edildiğini ileri sürmüştür. Hükümet devamla, başvuranın bu başlık altında ileri sürdüğü spesifik iddiaları ele almıştır.

290. Hükümet, başvuranın argümanlarının aksine, MİT’in Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu’nun 4 (1) (a) ve (i) maddesi ve 6 (1) (d) ve (g) maddesi uyarınca ByLock verilerini toplamakla görevli ve yetkili olduğunu beyan etmiştir (bk. yukarıda 143. ve 144. paragraflar). Hükümetin beyanına göre, MİT tarafından bu hususta yürütülen çalışma, ceza yargılamalarında kullanılmak üzere delil toplamaya yönelik bir kolluk veya adli soruşturma faaliyeti olmayıp, demokratik toplumlarda önemli bir ihtiyaç olan terör tehditlerini gerçekleşmeden önce tespit etmek için yürütülen ve yargı

denetimi gerektirmeyen bir istihbarat çalışmasıdır. Hükümet, asıl yargı sürecinin, MİT'in adli makamlara ilgili dijital verileri teslim etmesinden sonra, Aralık 2016'da başladığını ve adli makamlarca söz konusu verilerin Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 134. maddesine uygun olarak işlendiğini ve yargı denetiminin sağlandığını belirtmiştir.

291. Hükümet, başvuranın ilgili verilerin hangi nedenle güvenilir olarak değerlendirilemeyeceğine ilişkin herhangi bir somut argüman ileri sürmediğini ve dolayısıyla kavramsal olarak söz konusu verilerin güvenilirliğini savunmak durumunda olmadığını belirtmiştir. Yine de Hükümet, Mahkemeye ByLock verilerinin güvenilirliği ve gerçekliğini teminen alınan tedbirlere dair açıklamada bulunmuştur.

292. Bu bağlamda Hükümet, MİT'in ham verileri - bir açık kaynaklı ilişkisel veritabanı yönetim sistemi olan - MySQL yazılımının, kişi müdahalesi olmaksızın, kendiliğinden oluşturduğu bir dosya biçiminde ByLock sunucusundan elde ettiğini açıklamıştır. Hükümetin beyanına göre, veri bütünlüğünün sağlanması amacıyla, adli makamlara teslim edilmesi öncesinde dosyanın hash değeri hesaplanmıştır. Akabinde dosyanın adli makamlara ulaşması üzerine, ham ByLock verilerini içeren sabit disk Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 134. maddesi uyarınca incelemeye tabi tutulmuştur. Bu doğrultuda, görevlendirilen iki bilirkişi tarafından verilerin iki kopyası adli bilişim standartlarına uygun olarak, bir hâkim huzurunda ve kamera kaydı yapılmak suretiyle alınmış; bir kopya KOM'a gönderilmiş, diğer kopya ise kilitli bir kasada muhafaza altına alınmıştır. Bu nedenle, ByLock verilerinin bütünlüğü ve güvenilirliğini teminen yeterli tedbirler alınmıştır. Ayrıca, adli makamlar ellerindeki verileri test etme ve bunların gerçekliği ve güvenilirliği hakkında değerlendirme yapma yetkisine sahiptir.

293. Hükümet ayrıca, MİT ve akabinde KOM tarafından gerçekleştirilen işlemlerin - MySQL tarafından otomatik olarak oluşturulan ham veri dosyasının bir arayüz programı yardımı olmadan okunabilir olmaması nedeniyle - ham verileri anlamlı bilgi çekmeye elverişli kılmak için anlaşılır

hale getirmekle sınırlı olduğunu ve verilerin içeriğinde herhangi bir değişiklik yapılmasının söz konusu olmadığını açıklamıştır. Hükümet, MİT'in bu hususta gerçekleştirdiği analizin istihbarat faaliyetleri alanına girdiğini ve bu nedenle herhangi bir adli izne veya yargısal denetime tabi olmadığını; fakat MİT ve KOM tarafından ayrı ayrı elde edilen nihai ürünün eşleşiyor olmasının, ham veriler üzerinde hiçbir şekilde tahrifat yapılmadığının kanıtı olduğunu belirtmiştir. Ayrıca Hükümet, sonrasında yürütülen soruşturmalarda kullanıcı adları, şifreler ve roster bilgilerine ilişkin olarak verilen sanık ifadelerinin MİT ve adli makamlar tarafından elde edilen ByLock verileriyle eşleştiğini gözlemlemiştir.

294. Hükümetin görüşüne göre, ham ByLock verilerinin bütünlüğünün en belirgin göstergesi, başvuranın istinaf aşamasında dosyasında bulunan - ByLock sunucusuna ait hedef IP adresine hangi tarihte, kaç defa ve hangi adresten bağlanıldığı hakkında bilgi veren - CGNAT verilerinin, başvuranın ByLock verileriyle örtüşüyor olmasıdır. Hükümet, CGNAT verilerinin, hizmet sağlayıcıların sistemlerinin trafik akışının oluşmasını müteakiben ve hash değerinin hesaplanması sonrasında oluşturduğu ve dolayısıyla değiştirilmesi mümkün olmayan veriler olmasından ötürü, bu verilerin güvenilirliği hakkında herhangi bir sorunun söz konusu olmadığını ileri sürmüştür. Buna ilaveten, istinaf mahkemesi CGNAT verilerini - diğer hususların yanı sıra arama geçmişi ile aramaların yapıldığı zaman ve görüşme sürelerini belirten - HTS kayıtları ile karşılaştırarak doğrulamış ve ayrıca mevcut tüm verilerin incelenmesi amacıyla bağımsız bir adli bilişim uzmanını bilirkişi olarak görevlendirmiştir. Hükümet, başvuranın Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 68. maddesi kapsamında yargılamasında söz konusu bilirkişinin dinlenmesini talep etme hakkına sahip olduğuna fakat başvuranın bu hakkını kullanmadığına dikkat çekmiştir. Hükümet, başvuranın hangi gerekçeyle söz konusu bilirkişiye itiraz ettiğini ve delillerin üç kişilik bir bilirkişi heyeti tarafından yeniden incelenmesini talep ettiğini de açıklamadığını belirtmiştir.

295. Hükümet ayrıca, başvuranın aleyhindeki delillere usulünce itiraz edemediği yönündeki argümanına itirazda bulunmuştur. Hükümet, başvuranın ByLock kullanımının emniyet, BTK ve yukarıda belirtilen bağımsız bilirkişi tarafından düzenlenen çeşitli raporlara dayalı olarak tespit edildiğini ve söz konusu raporların tamamının silahların eşitliği ve çekişmeli yargılama ilkelerine uygun olarak başvuranın erişimine sunulduğunu ileri sürmüştür. Hükümet, başvuranın soruşturma dosyasına erişiminin hiçbir şekilde kısıtlanmadığını vurgulamıştır. Hükümet, başvuranın Yargıtayın emsal kararlarında yer alan ByLock'un FETÖ/PDY üyelerince “münhasıran kullanıldığı” yönündeki tespitine itiraz edebileceğini fakat başvuranın bu tür bir itirazda bulunmadığını eklemiştir.

296. Başvuranın orijinal veya ham ByLock verilerinin bir kopyasını alamadığı iddiasına ilişkin olarak Hükümet, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 134. maddesinde düzenlenen dijital materyallere el konulması usulünün el konulan materyallerin kopyalarının şüpheliyle paylaşılmasını gerektirmesine rağmen, bu gerekliliğin ancak şüphelinin verilerin ele geçirildiği bilgisayarın, bilgisayar programının veya bilgisayar kütüğünün sahibi olması halinde geçerli olduğunu; fakat mevcut davaya konu olan verilerin başvurana ait olmayıp, ByLock sunucusundan elde edildiğini belirtmiştir. Hükümet, MİT tarafından edinilen ByLock verilerinin yüz binden fazla kullanıcıyla ilgili milyonlarca veri ögesi içerdiğini vurgulamıştır. Hükümet, elde edildiği haliyle bu verilerin anlamlandırılabilir olmadığını eklemiştir. Hükümet, kullanıcı bilgilerinin bir arada değil, farklı tablolarda yer aldığını, bunun da tekil kullanıcılara dair ham verilerin çekilmesini imkânsız kıldığını ve dolayısıyla yetkili makamların her bir kullanıcıyla ilgili verileri anlamlandırmak üzere bir arayüz programı geliştirmesi gerektiğini belirtmiştir. Hükümet, bu koşullar altında, ham verilerin tamamının başvurana açıklanmasının tüm kullanıcılarla ilgili verilerin paylaşılmasına yol açacağını ve diğer kullanıcıların mahremiyet haklarına yönelik bir müdahale teşkil etmenin yanı sıra bir güvenlik riski oluşturacağını ve

soruşturmalarla hâle getirmesinin muhtemel olacağını ifade etmiştir. Hükümet, ham verilerin anlamlandırılabilmesi için özel yazılım kullanılması gerektiğini eklemiştir. Hükümet, her hâlükârda, başvuranın ham verilerin tamamının bir kopyasını edinmemesinin kendisini ne şekilde dezavantajlı bir konuma düşürdüğünü ve söz konusu verilerin kendisi hakkında verilecek kararı nasıl etkileyeceğini açıklamadığını kaydetmiştir.

297. Hükümet son olarak, yerel mahkemelerin ByLock'un teknik ve örgütsel yönlerine dair kapsamlı değerlendirmeler ihtiva eden ByLock'un delil niteliğine ilişkin yorum ve sonuçlarının herhangi bir açık hata veya keyfiliğe sebebiyet vermediğini ve yerel mahkemelerin kararlarını usulüne uygun olarak gerekçelendirdiğini ileri sürmüştür. Hükümet bu bakımdan, mevcut davada yerel mahkemeler tarafından verilen kararların olgusal tespitlere ve ByLock'un münhasıran FETÖ/PDY üyeleri tarafından kullanıldığının saptandığı ilgili Yargıtay içtihadına dayandığını ileri sürmüştür. Hükümet, Anayasa Mahkemesinin *Aydın Yavuz ve Diğerleri* kararında kaydettiği üzere (yukarıda anılan *Baş* kararında da kaydedildiği üzere, § 93), ilgili zamanda yargı sisteminin işleyişini çevreleyen kısıtlamalar ve derogasyonun varlığı dikkate alındığında, yerel mahkemelerin konuya dair yeni bir incelemede bulunmaksızın önceki içtihadı dayanak almasının - sanığın söz konusu tespitlere itiraz etme imkânına sahip olması koşuluyla - Sözleşme'nin 6. maddesi ile tutarlı ve 15. maddesi anlamında kesinlikle gerekli olduğunu belirtmiştir.

298. Hükümet, bu nedenle Ankara Bölge Adliye Mahkemesinin öncelikle başvuranın mahkûmiyetine yol açan delilleri - yani ham verilere dayalı olarak düzenlenen ByLock kullanıcı raporlarını - yetersiz bularak, başvuranın CGNAT verileri ve HTS kayıtlarına ilişkin olarak BTK'dan ek raporlar talep ettiğini ve böylelikle başvuranın ByLock kullandığı tespitini Yargıtay içtihadıyla tutarlı bir şekilde teyit ettiğini ifade etmiştir. Hükümet, istinaf mahkemesinin ayrıca başvuranın davaya konu delillerin hukuka aykırılığına ilişkin iddialarını incelediğini, silahlı terör örgütü üyeliği suçunun unsurlarına

ilişkin ayrıntılı bir değerlendirmede bulunduğunu ve ByLock kullanımının neden söz konusu örgüte üyeliği kanıtlamak için yeterli bulunduğunu ele aldığını belirtmiştir. Hükümet, söz konusu tespitin diğer ek delillerle de desteklendiğini belirtmiştir. Hükümet, Yargıtayın istinaf mahkemesinin usulüne uygun olarak gerekçelendirilmiş kararını onayladığını ve Mahkemenin içtihadında temyiz mahkemelerinin bunu yapmasına izin verildiğini belirtmiştir (bk. *García Ruiz/İspanya* [BD], no. 30544/96, § 26, AİHM 1999-I)).

299. Başvuranın ihtilaf konusu delillerin mahkûmiyete dayanak teşkil etmek için yeterli olmadığı şikâyeti konusunda Hükümet, Mahkemenin bir başvuranın delillerin yeterliliğine ilişkin meseleleri ileri sürebileceği bir dördüncü derece mahkemesi olmadığını hatırlatmıştır. Hükümet, CMK'nın 217. maddesi uyarınca, atılı suçun dolaylı deliller dâhil olmak üzere hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebileceğini ve ceza yargılamaları kapsamında delilleri değerlendirmenin ve gerekli sonuçlara ulaşmanın öncelikli olarak yerel mahkemelerin görevi olduğunu vurgulamıştır.

2. Mahkemenin Değerlendirmesi

(a) İlk Açıklamalar

300. Mahkeme, yukarıda, Sözleşme'nin 7. maddesi kapsamında, başvuranın silahlı terör örgütü üyeliği nedeniyle mahkûmiyetinin, ilgili iç hukukun kapsamlı ve öngörülemez şekilde yorumlanmasına dayalı olduğunu tespit etmiştir. Mahkeme, ByLock kullanıcılarına yerel mahkemeler tarafından kusursuz sorumluluk atfedildiği anlamına gelen bu yorumun, ilgili iç hukuk ve uygulama kapsamında belirtilen söz konusu suçu oluşturan unsurların tespitinden ziyade bu unsurların oluştuğunun varsayılması gibi bir etkisinin bulunduğu kanaatine varmıştır. Mahkeme, bu nedenle, söz konusu yorumun, keyfi kovuşturma, mahkûmiyet ve cezaya karşı etkin güvenceler

sağlamasını amaçlayan ilgili hükmün hedef ve amacına aykırı olduğunu belirtmiştir.

301. Ancak, başvuranın, ByLock kullandığı iddiasına dayalı olarak mahkûm edilmesine ilişkin şikâyetleri, bu mahkûmiyet kararının Sözleşme'nin 7. maddesi kapsamında öngörülen ilkelere uygun olup olmadığı sorusuyla sınırlı değildir. Başvuran, yukarıda 273. paragrafta belirtildiği üzere, aynı zamanda, Sözleşme'nin 6 § 1 maddesi kapsamında, ByLock verisinin elde edilmesinde ve delil olarak kabul edilmesinde usulsüzlükler bulunduğundan, ayrıca bu delile itiraz etme noktasında zorluklarla karşılaştığından, mahkemelerin kararlarında bu delille ilgili gerekçenin yeterli olmadığından ve bu nedenle keyfi bir sonuca varılmış olduğundan şikâyet etmiştir. Başvuranın ByLock kullandığı iddiasına dayalı olarak silahlı terör örgütü üyeliği suçunun maddi ve manevi unsurlarının iç hukuktaki yargılamalar sırasında tespiti konusundaki eksikliklerle ilgili şikâyet 7. madde kapsamında incelenmiş olup Sözleşme'nin 6 § 1 maddesi kapsamında ayrıca bir sorun gündeme gelmemektedir. Ancak, başvuran, özellikle usule ilişkin olmak üzere, adil yargılanma konusunda birtakım farklı meseleleri de ileri sürmüş olup bu meseleler 7. madde kapsamına dahil edilememiştir. Bu nedenle, Mahkemeden, iddia olunan çeşitli eksiklikler nedeniyle başvuranın savunma haklarına hâle getirilip getirilmediğini tespit etmesi talep edilmektedir.

(b) Genel İlkeler

302. Sözleşme ile koruma altına alınan hak ve özgürlükleri ihlal etmediği sürece (bk. diğer kararlar arasında, yukarıda anılan *García Ruiz*, § 28, ve *Perez/Fransa* [BD], no. 47287/99, § 82, AİHM 2004-I), örneğin, Sözleşme'nin 6. maddesiyle bağdaşmayacak şekilde “adil olmayan bir duruma” sebebiyet verdiğinin istisnai olarak söylenebileceği durumlar dışında, yerel mahkemeler tarafından yapıldığı iddia edilen maddi veya hukuki hataları değerlendirmek Mahkemenin görevi değildir. Bu hükümde

adil yargılanma hakkı güvence altına alınsa da, delillerin kabul edilebilirliği veya değerlendirilme şekli gibi öncelikle iç hukukta düzenlenen ve ulusal mahkemeleri ilgilendiren konularla ilgili herhangi bir kural yer almamaktadır (bk. *Moreira Ferreira/Portekiz (no. 2)* [BD], no. 19867/12, § 83, 11 Temmuz 2017).

303. Dolayısıyla, ilke olarak, belirli delil türlerinin - örneğin, iç hukuk açısından hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin - kabul edilebilir olup olmadığını veya aslında başvuranın suçlu olup olmadığını tespit etmek Mahkemenin görevi değildir. Yanıtlanması gereken soru, delillerin ne şekilde elde edildiği hususu da dâhil olmak üzere, yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığıdır (bk. *Bykov/Rusya*[BD], no. 4378/02, § 89, 10 Mart 2009, ve bu kapsamda anılan kararlar). Diğer hususların yanı sıra, başvurana delillere ve bunların kullanılmasına itiraz etme imkânının tanınıp tanınmadığı incelenmelidir. Savunma hakları açısından bakıldığında, sanık lehine veya aleyhine olan delillerin adil yargılanmayı sağlayacak şekilde sunulup sunulmadığına ilişkin olarak 6. madde kapsamında meseleler ortaya çıkabilmektedir (bk. *Erkapić/Hırvatistan*, no. 51198/08, § 73, 25 Nisan 2013), zira adil yargılanma; çekişmeli yargılama ve silahların eşitliğini gerektirmektedir. Dolayısıyla, delillerin yönetimi sürecindeki olası kusurlar, Sözleşme'nin 6 § 1 maddesi kapsamında incelenebilmektedir (bk. *Mirilashvili /Rusya*, no. 6293/04, § 157, 11 Aralık 2008). Buna ek olarak, elde edildiği koşulların delilin doğruluğu ve güvenilirliği üzerinde şüphe oluşturup oluşturmadığı hususu da dâhil olmak üzere, delilin niteliği göz önünde bulundurulmalıdır (bk. yukarıda anılan *Bykov*, § 90). Elde edilen bir delilin başka materyallerle desteklenmemesi durumunda yargılamanın adilliği ile ilgili illaki bir sorun meydana gelmeyecek olsa da, delilin güçlü olmasına ve güvenilirliği konusunda riskin bulunmamasına bağlı olarak destekleyici delil ihtiyacının azalacağı da not edilmelidir (bk. aynı yerde). Mahkeme, bu incelemeyi yaparken, aynı zamanda, dava dosyasındaki diğer delillerin durumunu da dikkate almakta ve söz konusu delillerin yargılamanın

sonucu açısından belirleyici olup olmadığı hususuna önem atfetmektedir (bk. aynı karar, ve *Gäfgen/Almanya* [BD], no. 22978/05, § 164, AİHM 2010).

304. Ulusal mahkemelerin belirli delillere ya da sunulan tespit veya değerlendirmelere ne derece önem atfettiği gibi hususları incelemek Mahkemenin görevi değildir. Mahkeme, dördünce derece yargı organı olarak hareket etmemelidir. Bundan dolayı, yerel mahkemelerin tespitlerinin keyfi veya açıkça makul olmaktan uzak olduğu gibi bir değerlendirme yapılmadığı sürece, bu mahkemelerin değerlendirmeleri Sözleşme'nin 6 § 1 maddesi kapsamında sorgulanmayacaktır (bk. *Bochan/Ukrayna (no. 2)* [BD], no. 22251/08, §§ 61 ve 62, AİHM 2015; ayrıca bu kararda anılan diğer kararlar: *Dulaurans/Fransa*, no. 34553/97, §§ 33-34 ve 38, 21 Mart 2000; *Khamidov/Rusya*, no. 72118/01, §§ 170-75, 15 Kasım 2007; ve *Andelković/Sırbistan*, no. 1401/08, §§ 24-29, 9 Nisan 2013; ayrıca bu içtihadın uygulandığı daha yakın tarihli kararlar: yukarıda anılan *Moreira Ferreira*, §§ 83-100; *Pavlović ve Diğerleri/Hırvatistan*, no. 13274/11, § 49, 2 Nisan 2015; *Tsanova-Gecheva/Bulgaristan*, no. 43800/12, § 91, 15 Eylül 2015; *Navalnyy ve Ofitserov/Rusya*, no. 46632/13 ve 28671/14, §§ 103-20, 23 Şubat 2016; yukarıda anılan *Navalnyy*, §§ 81-84; ve *Ballıktaş Bingöllü/Türkiye*, no. 76730/12, §§ 78-84, 22 Haziran 2021). Bu içtihattan anlaşılacağı üzere, iç hukuktaki bir yargı kararı için herhangi bir gerekçe sunulmamış veya sunulan gerekçeler yerel mahkemenin “adaletin inkârına” yol açacak açık bir maddi veya hukuki hatasına dayanmadığı sürece, yargılamanın adilliğine hâlel getirecek ölçüde keyfi nitelik taşıdığı söylenemez (bk. yukarıda anılan *Moreira Ferreira*, § 85).

305. Mahkeme, bu bakımdan, adaletin doğru şekilde tecelli ettirilmesi ile bağıntılı ilkeyi yansıtan yerleşik içtihadı uyarınca, mahkeme kararlarının dayandığı gerekçelerin kararlarda yeterli derecede belirtilmesi gerektiğini yineler. Gerekçe sunma yükümlülüğünün ne ölçüde uygulanması gerektiği, kararın niteliğine göre değişebilmektedir ve davanın kendine özgü koşulları ışığında belirlenmelidir (bk. yukarıda anılan *García Ruiz*, § 26). Müşteki

tarafından ileri sürülen her iddiaya ayrıntılı bir yanıt verilmesini gerektirmeyen bu yükümlülük kapsamında, adli yargılamaya taraf olan kişilerin, yargılamanın sonucu açısından belirleyici olan iddialara belirli ve net bir cevap almayı bekleyebilecekleri öngörülmektedir (bk. diğer kararların yanı sıra, yukarıda anılan *Moreira Ferreira*, § 84, ve bu kapsamda anılan diğer kararlar). Dava konusu olan esas sorunların incelenmiş olduğunun karardan açıkça anlaşılması gerekir (bk. *Taxquet /Belçika* [BD], no. 926/05, § 91, AİHM 2010). Sözleşme’de teorik veya hayali haklardan ziyade, uygulanabilir ve etkili hakların güvence altına alındığı ilkesi göz önünde bulundurulduğunda, tarafların talep ve görüşleri gerçekten “dinlenmediği”, yani mahkeme tarafından usulüne uygun şekilde incelenmediği sürece, adil yargılanma hakkından etkin bir şekilde faydalanıldığı söylenemez (bk. *Ilgar Mammadov/Azərbaycan* (no. 2), no. 919/15, § 206, 16 Kasım 2017; *Carmel Saliba/Malta*, no. 24221/13, § 65, 29 Kasım 2016, bu kapsamda anılan diğer kararlarla birlikte; *Ayetullah Ay/Türkiye*, no. 29084/07 ve 1191/08, § 127 ve 195, 27 Ekim 2020; ve yukarıda anılan *Pişkin*, §§ 147, 149 ve 151).

306. Ayrıca, ceza yargılamasının, usulle ilgili unsurlarını da içerecek şekilde, çekişmeli olması gerektiği ve iddia makamı ile savunma makamı arasında silahların eşit olması gerektiği hususunun, adil yargılanma hakkının temel yönlerinden birini teşkil ettiği vurgulanmaktadır. Çekişmeli yargılama hakkı, bir ceza davasında, gerek iddia gerekse savunma makamına, karşı tarafın sunduğu görüş ve deliller hakkında bilgi sahibi olma ve yorum yapma olanağı verilmesi anlamına gelmektedir (bk. *Zahirović/Hırvatistan*, no. 36658/05, § 91, 18 Aralık 2018). Sanık, savunmasını uygun şekilde hazırlama imkânından faydalanmalı ve ayrıca savunmasını hazırlarken ilgili tüm savunma argümanlarını yargılamayı yürüten mahkeme nezdinde sunması ve dolayısıyla yargılamanın sonucunu etkilemesi konusunda herhangi bir kısıtlamayla karşılaşmamalıdır (bk. yukarıda anılan *Rook*, § 56). Hakkında bir suç isnadında bulunulan herkesin faydalanması gereken imkânlar arasında, yargılama süresince yürütülen soruşturmaların sonuçları hakkında

bilgi sahibi olarak savunmasını hazırlama imkânı yer almaktadır (bk. aynı karar, § 57).

307. Çekişmeli yargılanma hakkı, bir ceza davasında, savcılık makamlarının sanık lehine veya aleyhine ellerinde bulunan tüm maddi delilleri savunma tarafına açıklamasını da gerektirir (bk. *Rowe ve Davis / Birleşik Krallık* [BD], no. 28901/95, § 60, AİHM 2000-II). “Maddi delil” terimi, maddi delillerin savcılık tarafından ilgili olduğu düşünülen delillerle sınırlandırılması şeklinde dar bir çerçevede yorumlanamaz. Daha ziyade, hiç dikkate alınmamış veya ilgili olarak değerlendirilmemiş olsa bile, yetkili makamların elinde bulunan ve olma potansiyeli taşıyan tüm materyalleri kapsar (bk. yukarıda anılan *Rook*, § 58). Sanığın kendisini temize çıkarmasını veya cezasının indirilmesini sağlayabilecek türden ayrıntılar içeren maddi delillerin savunmaya açıklanmaması, savunmanın hazırlanması için gerekli olanakların reddedilmesi anlamına gelecektir (bk. *Natunen / Finlandiya*, no. 21022/04, § 43, 31 Mart 2009 ve *Matanović / Hırvatistan*, no. 2742/12, § 157, 4 Nisan 2017).

308. Ancak, ilgili delillerin açıklanması hakkı mutlak bir hak değildir. Herhangi bir ceza yargılamasında, ulusal güvenlik veya polisin suç soruşturma yöntemlerini gizli tutma ihtiyacı gibi, sanığın hakları karşısında dengelenmesi gereken çatışan menfaatler olabilir (ilgili ilkeler için bk., *Jasper / Birleşik Krallık* [BD], no. 27052/95, § 52, 16 Şubat 2000). Bazı durumlarda, başka bir bireyin temel haklarını korumak veya önemli bir kamu menfaatini korumak için bazı delillerin savunmadan saklanması gerekli olabilir. Bununla birlikte, 6 § 1 maddesi kapsamında ilke olarak, sadece kesinlikle gerekli olan savunma haklarını kısıtlayıcı tedbirlere izin verilebilmektedir. Ayrıca, sanığın adil bir şekilde yargılanmasını sağlamak için, savunma haklarına getirilen bir kısıtlamanın yol açtığı her türlü zorluk, adli makamlar tarafından izlenen usullerle yeterince dengelenmelidir (daha fazla atıf ile bk.. aynı yerde). Mahkeme, ilgili usuli güvenceleri değerlendirirken, açıklanmamış materyalin önemini ve yargılamada

kullanımını göz önünde bulundurmalıdır (bk. yukarıda anılan *Matanović*, § 155). Ancak, sanıktan talebi için özel gerekçeler göstermesi beklenebilir ve yerel mahkemeler bu gerekçelerin geçerliliğini inceleme hakkına sahiptir (bk. yukarıda anılan *Matanović* § 157 ve yukarıda anılan *Rook*, § 59).

(c) Genel ilkelerin somut davaya uygulanması

(i) Başvuranın ByLock kullandığı iddiasına ilişkin deliller

309. Başvuranın bu başlık altındaki şikâyetinin özü, mahkum edilirken MİT tarafından hukuka aykırı olarak elde edilmeleri nedeniyle delil olarak kabul edilemez olmalarına rağmen, ByLock kullandığı iddiasına ilişkin verilere, bunların bütünlükleri ve delil niteliğine ilişkin endişeleri gerektiği gibi ele alınmadan ve silahların eşitliği ve çekişmeli yargılama ilkeleri göz ardı edilerek, yerel mahkemeler tarafından belirleyici unsur olarak dayanılmış olmasıdır.

310. Mahkeme, öncelikle, bir delilin kabul edilebilirliğini belirleme veya ulusal mahkemeler tarafından değerlendirilmesini gözden geçirme konusundaki sınırlı rolünü göz önünde bulundurarak, Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamında yaptığı mevcut incelemenin amaçları doğrultusunda, itiraz edilen delilin gerçekten iç hukuk açısından yasal olarak elde edilip edilmediğini ve kabul edilebilir olup olmadığını veya yerel mahkemelerin ilgili delili değerlendirirken herhangi bir maddi hata yapıp yapmadığını belirlemenin gerekli olmadığı kanaatindedir. Mahkemenin Sözleşme'nin 6 § 1 maddesi kapsamındaki görevi, daha ziyade, delillerin elde edilme ve kullanılma şekli ve delillere ilişkin itirazların ele alınma şekli de dâhil olmak üzere, davanın özel niteliği ve koşullarını dikkate alarak, yargılamanın bir bütün olarak adilliğini değerlendirmektir (bk. yukarıda anılan *Bykov*, §§ 88-90; *Huseyn ve Diğerleri / Azerbaycan*, no. 35485/05 ve diğer 3 başvuru, §§ 199, 200 ve 211, 26 Temmuz 2011; *SA-Capital Oy / Finlandiya*, no. 5556/10, § 78, 14 Şubat 2019; *Kobiashvili / Gürcistan*, no. 36416/06, § 56, 14 Mart 2019 ve yukarıda anılan *Ayetullah Ay*, §§ 124 ve 125). Mahkeme

bu bağlamda, delillerin kabul edilebilirliği - yani hangi ispat unsurlarının ilgili mahkemenin değerlendirmesine sunulabileceği sorusu - ile mahkemeye gerçekte sunulmuş olan delillere ilişkin savunma hakları arasında bir ayrım olduğunu kaydetmektedir (bk. yukarıda anılan *SA-Capital Oy*, § 74 ve buradaki referanslar ve yukarıda anılan *Ayetullah Ay*, § 125). Yargılamanın genel olarak adil olup olmadığı değerlendirilirken, davanın ilgili tüm unsurları ışığında, savunma haklarının Sözleşme'nin 6. maddesine uygun bir şekilde gözetilip gözetilmediği özellikle dikkate alınmalıdır (bk. yukarıda anılan *Bykov*, § 90 ve yukarıda anılan *SA-Capital Oy*, § 78; ayrıca bk. yukarıda 303. paragrafta anılan ilkeler).

311. Somut davanın olaylarına dönecek olursak, Sözleşme'nin 7. maddesi kapsamında yapılan inceleme bağlamında, başvuranın silahlı terör örgütü üyeliğinden mahkûmiyetinin belirleyici unsur olarak ByLock uygulamasını kullandığı bulgusuna bağlı olduğu, bu bulgunun esas olarak MİT tarafından elde edilen verilere dayandığı, geri kalan delillerin yalnızca bir doğrulama kaynağı olarak hizmet ettiği zaten tespit edilmiştir. Bu koşullar altında, söz konusu delillerin niteliği ve başvuranın Sözleşme'nin 6 § 1 maddesinin güvencelerine uygun olarak yürütülen yargılamalarda bu delillere etkili bir şekilde itiraz edebilmesi daha da önem kazanmaktadır. Dolayısıyla bu hususlar sırayla incelenecektir. Ancak, Mahkeme bu incelemeye başlamadan önce, söz konusu delilin özel niteliğinin, yani internet tabanlı bir iletişim uygulamasının sunucusunda depolanan şifrelenmiş elektronik verilerin, Sözleşme'nin 6 § 1 maddesi kapsamındaki ilgili güvencelerin uygulanmasında herhangi bir uyarılama gerektirip gerektirmediğini açıklığa kavuşturmak istemektedir.

312. Mahkeme, hayatın her alanında dijitalleşmenin artmış olduğu göz önünde bulundurulduğunda, elektronik delillerin ceza yargılamalarında yaygın hale geldiğini kabul etmektedir. Mahkeme somut davada daha sonra yapacağı incelemeye hâle getirmeksizin, bir bireyin bir suç örgütü için özel olarak tasarlanmış ve münhasıran bu örgütün iç haberleşmesinde kullanılan

şifreli bir mesajlaşma sistemini kullandığını kanıtlayan elektronik delillere başvurunun organize suçla mücadelede çok önemli olabileceğini kaydetmektedir (bk. *Akgün / Türkiye*, no. 19699/18, § 167, 20 Temmuz 2021). Mahkeme ayrıca, elektronik delillerin, niteliği bakımından ve toplanması, korunması, işlenmesi ve analizi için gereken özel teknolojiler de dikkate alındığında, geleneksel delil türlerinden birçok açıdan farklılık gösterdiğini belirtmektedir. En önemlisi, doğası gereği tahribata, hasara, değiştirilmeye veya manipüle edilmeye daha yatkın olduğu için farklı güvenilirlik sorunları ortaya çıkarmaktadır. Mahkeme ayrıca, ceza yargılamalarında test edilmemiş elektronik delillerin kullanılmasının, bu tür delillerin toplanmasında uygulanan prosedür ve teknolojinin doğası gereği karmaşık olması ve bu nedenle ulusal hakimlerin bu delillerin gerçekliğini, doğruluğunu ve bütünlüğünü tespit etme kabiliyetini azaltması nedeniyle yargı için birtakım zorluklar içerebileceğini yinelemektedir (bk. *aynı yerde*). Ek olarak, elektronik delillerin ele alınması, özellikle şifrelenmiş ve/veya hacim veya kapsam bakımından çok büyük veriler söz konusu olduğunda, kolluk kuvvetleri ve adli makamları hem soruşturma hem de yargılama aşamalarında uygulamaya ve usule ilişkin ciddi zorluklarla karşı karşıya bırakabilir.

313. Bununla birlikte, bu faktörler teoride Sözleşme'nin 6 § 1 maddesi kapsamındaki güvencelerin daha katı veya daha yumuşak olacak şekilde farklı uygulanmasını gerektirmez. Mahkemenin temel kaygısı, bir kez daha, Sözleşme'nin 6. maddesinde yer alan usuli ve kurumsal güvenceler ve adil yargılamaya ilişkin temel ilkeler ışığında yargılamanın genel olarak adil olup olmadığını değerlendirmektir (bk. *Al-Khawaja ve Tahery / Birleşik Krallık* [BD], no. 26766/05 ve 22228/06, § 118, AİHM 2011 ve yukarıda anılan *Ayetullah Ay*, § 194).

(α) Delilin Niteliği

314. Başvurana göre, elektronik verilerin toplanmasına ilişkin olarak CMK'nın 134. ve 135. maddelerinde (bk. yukarıda 142. paragraf) ayrıntılı

olarak belirtilen gereklilikler, kötüye kullanıma karşı koruma ve bu verilerin doğruluğunu ve bütünlüğünü sağlama amacını taşımaktadır. Başvuran buna dayanarak Devlet istihbarat servisinin ilgili ByLock verilerini tam bir gizlilik içinde ve herhangi bir yargı denetimi veya CMK kapsamında öngörülen diğer usuli güvenceler olmaksızın elde etmiş ve işlemiş olması nedeniyle, verilerin güvenilirliğinin sorgulanır hale geldiğini iddia etmiştir.

315. Mahkeme, faaliyetleri delillerin toplanmasına ilişkin standart usul kurallarına tabi olan ya da olmayan istihbarat servisleri tarafından toplanan elektronik ya da diğer verilerin, ceza yargılamalarında doğrudan ya da dolaylı delil olarak giderek daha fazla kullanılabildiğine dikkat çeker. Venedik Komisyonu tarafından da belirtildiği üzere, “ulusal güvenliğe yönelik tehditleri öngörmek, önlemek veya bunlara karşı kendini korumak için her Devletin etkili istihbarat ve güvenlik hizmetlerine ihtiyacı vardır” ve söz konusu istihbarat “Devletlerin terörle mücadelede sahip olduğu başlıca silahlardan birini” teşkil etmektedir (bk., yukarıda 200. paragraf). Mahkeme ayrıca, hükümetlerin bu tür saldırıları önlemek için en son teknolojilere başvurmasının günümüz terörizminin aldığı biçimlerin doğal bir sonucu olduğunu kaydeder (bk., *Szabó ve Vissy / Macaristan*, no. 37138/14, § 62, 12 Ocak 2016).

316. İstihbarat bilgilerinin ceza yargılamalarında delil olarak kabul edilip edilmeyeceği ve hangi koşullarda ve formatta kabul edileceği konusunda hüküm vermek Mahkeme’nin görevi değildir. Mahkeme bu bağlamda, esasen ulusal mahkemelerin ve diğer yetkili makamların takdirine bırakılan bir konu olan delillerin kabul edilebilirliği ve değerlendirilmesine ilişkin yetkisinin sınırlarına dair yukarıda yer alan gözlemlere atıfta bulunur (bk., yukarıda 303, 304. ve 310. paragraflar). Bununla birlikte, bu tür bilgilerin toplanmasının veya işlenmesinin önceden bağımsız bir izin veya denetime ya da sonrasında yargı denetimine tabi olmadığı veya diğer usule ilişkin güvencelerle birlikte sunulmadığı veya başka kanıtlarla desteklenmediği durumlarda,

güvenilirliğinin sorgulanmasının daha muhtemel olabileceğini kabul etmektedir.

317. Mahkeme, önündeki olayların incelenmesine dönerek, Sözleşme'nin tüm yapısının Sözleşmeci Devletlerdeki kamu makamlarının iyi niyetle hareket ettiği genel varsayımına dayandığını kaydeder (bk., örneğin, *Kavala / Türkiye* (ihlal yargılamaları) [BD], no. 28749/18, § 169, 11 Temmuz 2022, ve *Khodorkovskiy / Rusya*, no. 5829/04, § 255, 31 Mayıs 2011). Mahkeme'nin önünde MİT veya diğer kamu makamlarının ByLock verileriyle ilgili olarak iyi niyetle hareket ettiğinden şüphe etmeye yol açacak hiçbir nesnel gösterge bulunmamaktadır. Bununla birlikte, dava dosyasındaki bilgilerden, yerel mahkemeler ve Hükümet tarafından MİT'in eyleminin yasal dayanağı olarak ileri sürülen İstihbarat Hizmetleri Kanununun 4 (1) ve 6 (1) maddelerinin, bağımsız yetkilendirme veya gözetim de dahil olmak üzere, elektronik delillerin toplanmasıyla ilgili olarak CMK'nın 134. maddesinde belirtilenlere benzer usule ilişkin güvenceler öngörmediği anlaşılmaktadır. Ayrıca, dava dosyasındaki hiç bir şey, Ankara 4. Sulh Ceza Hakimliğinin ByLock verilerinin CMK 134. maddesi uyarınca incelenmesine yönelik sonraki kararının, MİT'in veri toplama faaliyetinin olay sonrası yargı denetimi gerektirdiğine dair hiçbir işaret bulunmamaktadır. Bu temelde ve MİT'in ilgili verileri adli makamlara sunmadan önce aylarca sakladığı göz önüne alındığında, Mahkeme, başvuranın ByLock verilerinin güvenilirliğine ilişkin şüphelerinin soyut veya temelsiz olduğu gerekçesiyle kolayca göz ardı edilebileceği konusunda Hükümet ile aynı fikirde değildir. Buna ek olarak, MİT veya adli makamlar tarafından bu şüpheleri gidermek için herhangi bir önlem alınıp alınmadığını inceleyecektir.

318. Mahkeme bu bağlamda, yukarıdaki 292. ve 293. paragraflarda açıklandığı üzere, Hükümetin, ilgili verilerin bütünlüğünü ve güvenilirliğini sağlamak için MİT ve soruşturma makamları tarafından alınan adli önlemlere ilişkin açıklamalarına atıfta bulunmaktadır. Mahkeme, özellikle yerel mahkemelerin böyle bir değerlendirmede bulunmadığı göz önünde

bulundurulduğunda, kendisinin söz konusu tedbirlerin yeterli bütünlük ve güvenilirlik güvenceleri sunup sunmadığını değerlendirecek konumda olmadığı kanaatindedir.

319. Bununla birlikte Mahkeme, MİT tarafından elde edilen ByLock verilerinin doğruluğunun, en azından başvuranla ilgili olduğu ölçüde, Hükümet tarafından belirtildiği gibi başka yollarla da kontrol edildiğini not etmektedir (bk., yukarıda 294. paragraf). Bu bağlamda, başvuran hakkında verilen ilk derece mahkemesi kararı yalnızca MİT tarafından teslim edilen verilerden elde edilen raporlara dayanırken, istinaf aşamasında Ankara Bölge Adliye Mahkemesi, MİT tarafından elde edilen ham verilere dayanarak kullanıcı kimliği tespit edilen başvuranın telefonundan ByLock hedef IP adresine gerçekten bağlandığını doğrulamak için BTK'dan CGNAT verilerini ve HTS kayıtlarını sunmasını talep etmiştir. BTK tarafından hizmet sağlayıcılardan elde edilen ve bir uzman tarafından da teyit edilen bu meta veriler, başvuru sahibinin gerçekten de söz konusu uygulamaya bağlandığını göstermektedir. Bölge Adliye Mahkemesinin bu yöndeki tespiti Yargıtay tarafından da onanmıştır.

320. Yukarıdaki 92. ve 285. paragraflarda belirtildiği gibi, başvuran bu tamamlayıcı CGNAT verilerinin ve HTS kayıtlarının yasallığı, doğruluğu ve güvenilirliğine hem yerel mahkemeler hem de Mahkeme nezdinde itiraz etmiştir. Bununla beraber Mahkeme, aşağıda belirtilen nedenlerden dolayı, bu argümanları, yerel mahkemeler tarafından yapılan değerlendirmenin incelenmesi için yeterli görmemektedir.

321. İlk olarak, CGNAT verilerinin ve HTS kayıtlarının iddia edildiği gibi yasal süre sınırı dışında elde edildiği varsayılsa bile, başvuran tarafından aksi yönde herhangi bir argüman sunulmadığı sürece, bu durumun söz konusu kayıtların teknik güvenilirliği üzerinde herhangi bir etkisi olmayacaktır.

322. İkinci olarak, CGNAT verilerinin güvenilirliğine ilişkin iddialar hakkında, Mahkeme, başvuranın yerel mahkemeler veya Mahkeme nezdinde, incelemesi için dava dosyasında mevcut olan bireysel kayıtlarına ilişkin

herhangi bir manipölasyon iddiasında bulunmadığını kaydeder. Ayrıca, başvuran yerel mahkemeler önünde aynı IP adresinin birden fazla kullanıcıya tahsis edilebileceğine ilişkin bazı genel endişeleri dile getirmek dışında, telefonundan ByLock IP adreslerine bağlandığını gösteren kişisel CGNAT verilerinin incelenmesini gerektirecek herhangi bir somut iddia ileri sürmemiştir. Daha sonra Mahkeme'ye sunduğu bilirkişi raporu (bk., 131. paragraf) bu kayıtların kesin olmadığına işaret etmiştir. Mahkeme, CGNAT verilerinin yanıltıcı olabileceğini gösteren *Mor Beyin* olayının (bk., yukarıda 119. ve 167. paragraflar), ByLock sunucusuna yanlışlıkla bağlantı kurulması olasılığına ilişkin haklı şüpheler uyandırdığını kabul etmektedir. Bununla birlikte, Yargıtayın ByLock sunucusuna bağlantıları gösteren CGNAT verilerine ek olarak, ByLock sunucusundan elde edilen bilgilere dayanarak bir kişinin ByLock kullanıcı kimliğinin tespit edildiği durumlarda böyle bir riskin mevcut olmadığı yönündeki tespitini de not etmektedir (bk., özellikle, yukarıda 167. ve 168. paragraflarda bahsedilen Yargıtay kararları).

323. Bu nedenle, başvuranın davasında yerel mahkemeler CGNAT verilerini tek başına değil, ByLock sunucusundan elde edilen veriler ve HTS kayıtları ile birlikte değerlendirmiş ve bu ayrı veri setlerinin birlikte incelendiğinde başvuranın ByLock uygulamasını kullandığını ortaya koymuştur. Buna göre, ByLock verilerinin MİT tarafından elde edildiği koşulların, adli makamlara teslim edilene kadar bütünlüklerini sağlamaya yönelik özel usuli güvencelerin yokluğunda “nitelikleri” konusunda ilk bakışta şüphe uyandırdığı kabul edilmekle birlikte, Mahkeme, en azından başvuranın ByLock uygulamasını kullandığını ortaya koyabilecek ölçüde, bu verilerin doğruluğunu sorgulamak için yeterli unsurlara sahip değildir.

(β) Başvuranın, Sözleşme'nin 6 § 1 maddesi kapsamındaki güvencelere uygun şekilde yürütülen yargılamalarda delillere itiraz edebilmesi

324. Mahkeme, yargılamaların genel olarak adil olup olmadığına ilişkin bir incelemenin, çekişmeli yargılama ve iddia makamı ile savunma arasında

silahların eşitliği ilkelerine saygı gösterildiği koşullarda, başvurana delillere itiraz etme ve delillerin kullanılmasına karşı çıkma imkanı verilip verilmediğine ilişkin bir değerlendirmeyi de içermesi gerektiğini yineler (bk., yukarıda anılan, *Kobiashvili*, § 56). Başvuranın delillere itirazlarının yerel mahkemeler tarafından gerektiği gibi incelenip incelenmediği, yani başvuranın gerçekten “dinlenip dinlenmediği” ve mahkemelerin kararlarını ilgili ve yeterli gerekçelerle destekleyip desteklemediği sorularının da bu değerlendirmenin yapılmasında dikkate alınması gereken faktörler olduğu vurgulanmaktadır (bk. davaya uygulanabildiği ölçüde, yukarıda anılan, *Taxquet*, § 91, ve yukarıda anılan, *Ilgar Mammadov (no. 2)*, § 206). Bu bağlamda, mahkemelerin ileri sürülen her argümana ayrıntılı bir cevap vermek zorunda olmadıkları, ancak kararda davanın temel konularının ele alındığının açıkça anlaşılabilir olması gerektiği yinelenmelidir (bk., yukarıda anılan, *Taxquet*, § 91).

325. Başvuran esas olarak, MİT tarafından ByLock sunucusundan toplanan verilerin kendisiyle paylaşılmaması veya silahların eşitliği ve çekişmeli yargılama ilkelerine uygun olarak ve CMK’nın 134 § 4 maddesi uyarınca bu verilerin bağımsız bir incelemeye sunulmamış olması nedeniyle ByLock delillerine uygun bir şekilde itiraz edemediğinden şikâyetçi olmuştur. Başvuran, söz konusu verilerin güvenilirliklerini ve bütünlüklerini doğrulamanın yanı sıra, potansiyel olarak aklayıcı bilgilere erişmek ve mahkûmiyetini desteklemek için yerel mahkemeler tarafından dayatılan "münhasır" ve "örgütsel" kullanıma ilişkin savların doğruluğuna itiraz etmek için bu verilere erişiminin gerekli olduğunu iddia etmiştir (bk. yukarıdaki 97., 100. ve 286. paragraflar).

326. Mahkeme, Hükümet tarafından da belirtildiği üzere, başvuranın ceza yargılamalarında yerel mahkemeler tarafından dayatılan tüm ByLock raporlarına erişebildiğini ve kendisiyle ilgili ByLock verilerinin doğruluğunun başka kaynaklardan elde edilen veriler temelinde doğrulandığını not etmektedir. Mahkeme ayrıca, 2020 yılında hazırlanan

teknik bir raporda ham verilerin işlenmeden kullanıcı kimliği temelinde tasnif edilmesinin mümkün olmadığını belirtildiğini de not etmektedir (bk. yukarıdaki 121. paragraf). Mahkeme sözü edilen bu unsurların önemini göz ardı etmemekle birlikte, bu unsurların mevcut davada başvuranın ByLock delillerine ilişkin savunma haklarının usulüne uygun bir şekilde gözetilip gözetilmediği konusunda belirleyici olmadıkları kanaatindedir.

327. Bu bağlamda Mahkeme, çekişmeli yargılama hakkının bir unsuru olan sanığın lehine veya aleyhine olan "her türlü maddi delilin" savunma makamına açıklanmasına ilişkin gerekliliğe (bk. yukarıda anılan *Rowe ve Davis*, § 60) dair dar bir yorum yapılamayacağını ve bu açıdan savcılık tarafından ilgili olduğu düşünülen deliller ile sınırlandırılmayacağını yineler. Aksine, savcılık makamları tarafından hiç dikkate alınmamış veya ilgili olarak değerlendirilmemiş olsa bile, söz konusu gereklilik yetkililerin elinde bulunan ve savunma ile ilgili olabilecek tüm materyalleri kapsamaktadır (bk. yukarıda anılan *Rook*, § 58). Dolayısıyla, başvuranın dava dosyasında yer alan tüm ByLock raporlarına erişebiliyor olması, bu raporların oluşturulduğu verilere erişim talep etme hakkının veya menfaatinin olmadığı anlamına gelmemektedir.

328. Benzer şekilde, başvurana ilişkin ByLock verilerinin bilirkşi (bk. yukarıdaki 80. paragraf) tarafından doğrulanmış başka bir veri setiyle örtüştüğünün yerel mahkemeler tarafından tespit etmiş olması, başvuranın bu eski veriler bakımından usule ilişkin haklarını ortadan kaldırmaz. Bu bağlamda, söz konusu ByLock verilerinin başvuranın davasında kritik öneme sahip olduğu, zira bu verilerin başvuran aleyhindeki ceza yargılamalarına yol açtığı vurgulanmaktadır. Bu veriler esasen yalnızca başvuranın ByLock kullandığı iddiasına ilişkin bireyselleştirilmiş bilgilerin toplanması konusunda kullanılmakla kalmamış, aynı zamanda ByLock uygulamasının münhasıran örgütsel bir iletişim aracı olarak nitelendirilmesi için temel oluşturmuş (bk. yukarıda 115. paragrafta yer verilen MİT raporundaki bulgular) ve böylece doğrudan başvuranın mahkûmiyetine yol açmıştır.

Ayrıca, ByLock materyalinin potansiyel olarak başvuranın kendisini temize çıkarmasına veya bu materyalin kabul edilebilirliğine, güvenilirliğine, bütünlüğüne veya delil değerine itiraz etmesine olanak tanıyabilecek unsurlar içerdiği de göz ardı edilemez (bk. yukarıda anılan *Matanović*, § 161).

329. Mahkeme bununla birlikte delillerin açıklanmasına ilişkin hakkın mutlak bir hak olmadığını vurgulamalıdır. Yukarıdaki 308. paragrafta belirtildiği üzere, ulusal güvenlikle ilgili kaygılar veya başkalarının temel haklarının korunması da dâhil olmak üzere, delillerin savunma makamıyla paylaşılmasını gerektirebilecek çeşitli nedenler olabilmektedir. Ayrıca, savcılığın elindeki delillerin büyük bir elektronik bilgi kümesi ile ilgili olduğu durumlarda, bu bilgilerin savunmaya bütünüyle açıklanması mümkün, hatta gerekli de olmayabilir. Başvuranın delillerin açıklanmasına ilişkin hakkı, tüm bu materyallere erişim hakkı ile karıştırılmamalıdır (bk. örneğin, *Sigurður Einarsson ve Diğerleri/İzlanda*, no. 39757/15, §§ 87-93, 4 Haziran 2019). Dolayısıyla Mahkeme, mevcut davada ham verilerin başvuranla paylaşılmasının meşru nedenlerinin olabileceğini kabul edebilir. Mahkeme ayrıca, delillerin kamu yararı gerekçesiyle savunmaya verilmediği durumlarda, genel bir kural olarak, delilleri değerlendirmenin ulusal mahkemelerin görevi olduğunu ve bu sebeple Mahkemenin delillerin açıklanmamasının kesin surette gerekli olup olmadığına karar verme gibi bir rolü olmadığını yineler (bk. yukarıda anılan *Rowe ve Davis*, § 62).

330. Ek olarak bu koşullarda bile Mahkeme, ilgili ByLock verilerinin açıklanmaması nedeniyle başvuranın maruz kaldığı herhangi bir zararın yeterli usulü güvencelerle dengelenip dengelenmediğini ve Sözleşme'nin 6. maddesinin gerektirdiği şekilde savunmasını hazırlamak için başvurana uygun bir fırsat verilip verilmediğini incelemelidir (bk. yukarıda anılan *Matanović*, §§ 153 ve 165). Gerekli olan güvencelerin niteliği ve yeterliliği, mevcut davada başvuranın söz konusu delillerin bütünlüğünü ilk elden teyit edememesi ve bu delillere atfedilen alaka ve öneme itiraz edememesinden oluşan, delillerin açıklanmaması nedeniyle maruz kaldığı iddia edilen zarara

bağlı olacaktır. Mahkeme, başvuranın aleyhindeki delillere itiraz ederken yaşadığı iddia edilen bu zorlukların, ceza yargılamaları sırasında başka bir şekilde telafi edilip edilmediğini veya - daha da ağırlaşmış ağırlaşmadığını - inceleyecektir.

331. Mahkeme ilk olarak, dava dosyasında yer alan bilgilere göre, Hükümetin Mahkeme önünde ilgili verilerin başvurana verilmemesini haklı göstermek için öne sürdüğü gerekçelerin (bk. yukarıdaki 296. paragraf), ne Yargıtayın daha önceki kararlarında ne de başvuranın davası kapsamında, yerel mahkemeler tarafından verilen kararların hiçbirinde dile getirilmediğini; başvuranın verilerin dava dosyasına girmesi yönündeki talebinin cevapsız bırakıldığını not eder. Hükümet tarafından Mahkemeye sunulan ve ByLock kullanıcı listelerinin nasıl oluşturulduğu ve bireysel ByLock kullanıcılarına ilişkin ham verilerin neden ayrıştırılmadığı ve ilgili kullanıcılarla paylaşılmadığı konusunda daha fazla bilgi sunan tamamlayıcı analiz raporu da benzer şekilde başvuran aleyhindeki ceza yargılamaları sırasında başvurana verilmemiştir (bk. yukarıdaki 119. ve 121. paragraflar). Dolayısıyla Mahkeme, ilgili verilerin başvuranla ne şekilde ve ne ölçüde paylaşılması gerektiğini belirleyecek konumda olmadığını kabul etmekle birlikte, başvurana yerel mahkemeler tarafından ham verilerin - özellikle de kendisini ilgilendiren kısımların - neden ve kimin kararıyla verilmediğine dair hiçbir açıklama yapılmadığını kaydeder. Başvuran bu sebeple, söz konusu gerekçelerin geçerliliğine itiraz etmek ya da çatışan menfaatler arasında adil bir denge kurmak ve savunma haklarını güvence altına almak için her türlü çabanın gösterildiğine itiraz etmek gibi herhangi bir karşı argüman sunma fırsatından mahrum bırakılmıştır. Mahkeme, yetkili mahkemenin değerlendirmesi kapsamında delillerin açıklanmasına ilişkin ihtiyacın sürdürülmesinin, savunmanın gerektiği şekilde bilgilendirilmesinin ve sanığın beyanda bulunmasına ve karar alma sürecine mümkün olduğunca katılmasına izin verilmesinin bu bağlamda önemli güvenceler olduğunu yinelemektedir (bk. yukarıda anılan *Matanović*, § 183).

332. İkinci olarak, başvuranın ham verilerin içerik ve bütünlük bakımından doğrulanması için bağımsız bir incelemeye tabi tutulması talebi de yerel mahkemeler tarafından dikkate alınmamıştır. Mahkeme, 6. maddenin yerel mahkemelere, sadece taraflardan birinin talep etmesi sebebiyle bir uzman görüşünün hazırlanmasına veya başka bir soruşturma tedbirinin alınmasına karar verme gibi bir yükümlülük getirmediğini ve talep edilen tedbirin bir davanın sonuçlandırılması için ilgili ve gerekli olup olmadığına karar vermenin öncelikle ulusal mahkemenin görevi olduğunu kabul etmektedir (bk. yukarıda anılan *Mirilashvili*, § 189). Mevcut olaylara ilişkin olarak, özellikle ByLock verilerini ham hâliyle incelemek için gereken teknik yeterlilikler göz önüne alındığında; yerel mahkemelerin ham verileri doğrudan incelemeye sunmadan, başvuranın suçlu olduğuna dair karar verirken MİT ve KOM tarafından sağlanan bilgi ve raporlara münhasıran güvenmiş olmaları yargılamaların adil olmadığını söylemek için tek başına yeterli değildir.

333. Bununla birlikte, özellikle dava dosyasında, söz konusu verilerin 2016 yılının Aralık ayında adli makamlara sunulduğu sırada veya daha sonra herhangi bir noktada doğruluklarının teyit edilmesi için incelemeye tabi tutulduğunu gösteren somut bir bilgi bulunmadığı göz önüne alındığında, Mahkeme, başvuranın ilgili verilerin bağımsız bilirkişiler tarafından incelenmesini talep etmekte meşru bir menfaati olduğu ve mahkemelerin kendisine uygun şekilde yanıt vermekle görevli olduğu kanısındadır. Bu bağlamda, Hükümetin verilerin MİT'ten teslim alınmasının ardından adli makamlar tarafından alınan tedbirlere ilişkin açıklamaları (bk. yukarıda 292. paragraf), başvuranın endişesinin temelini oluşturan bu teslim öncesinde verilerin bütünlüğünün bozulup bozulmadığına ilişkin bir değerlendirmeyi içermekten ziyade, verilerin alındığı günkü bütünlüğünü korumayı amaçladıklarını göstermektedir. Bu koşullar altında ve ham ByLock verilerinin, başvuranın bu uygulamayı kişisel olarak kullanması hususunun ötesinde (yukarıda 328. paragrafta ele alındığı üzere), başvuranın davası

açısından taşıdığı kritik önemi bir kez daha hatırlatarak, yerel mahkemelerin başvuranın bu tür bir bağımsız inceleme talebine cevap vermemesi -böyle bir bağımsız incelemenin gerekli görülmemesine ilişkin sebepleri açıklamak için olsa dahi- bir sorun teşkil etmektedir (bk. gerekli değişikliklerin yapılması koşuluyla, *Vidal/Belçika*, 22 Nisan 1992, § 34, Seri A no. 235-B). Mahkeme, Hükümetin, başvuranın Ankara Bölge Adliye Mahkemesi tarafından görevlendirilen bilirkişiyi sorgulamak için CMK'nın 68. maddesinde öngörülen hakkını kullanmadığı yönündeki iddiasını kaydetmektedir (bk. yukarıda 294. paragraf). Mahkeme ayrıca, söz konusu bilirkişi tarafından yapılan incelemenin, başvuranın talep ettiği gibi MİT tarafından elde edilen ham verilerin incelenmesini içermediğini, kapsamının dava dosyasında hâlihazırda mevcut olan çeşitli rapor ve kayıtların değerlendirilmesiyle sınırlı olduğunu vurgulamaktadır (bk. yukarıda 80. paragraf).

334. Üçüncü olarak, başvuran tarafından ByLock kanıtlarının güvenilirliğine ilişkin endişelerini göstermek amacıyla ileri sürülen bir dizi diğer argüman -MİT tarafından yayınlanan farklı ByLock kullanıcı listeleri arasındaki tutarsızlığın yanı sıra tespit edilen ve sonunda kovuşturulan kullanıcı sayısı ile indirme sayısı arasındaki tutarsızlık gibi- yerel mahkemeler tarafından benzer şekilde cevapsız bırakılmıştır. Mahkeme, ilke olarak, savunmanın delillere doğrudan erişememesinin ve delillerin doğruluğunu ve güvenilirliğini ilk elden test edememesinin, yerel mahkemelere bu konuları en kapsamlı incelemeye tabi tutma konusunda daha fazla sorumluluk yüklediği kanaatindedir. Bu bağlamda, başvuran, yerel mahkemeler önünde sürekli olarak, verilerin doğruluğunu ve bütünlüğünü sağlamak için çeşitli güvenceler öngören CMK'nın 134. maddesi uyarınca ByLock verilerinin toplanmadığını veya kendisiyle paylaşılmadığını ileri sürmüş ve böylece bu delillerin yalnızca yasallığına değil aynı zamanda güvenilirliğine de itiraz etmiştir (bk. yukarıda 58., 73., 91. ve 92. paragraflar). Ancak Mahkeme, veri toplama usulünün hukuka uygunluğunu teyit etmek ve başvuranın ByLock sunucusuyla bağlantı kurduğunu doğrulamak dışında,

yerel mahkemelerin, sunucudan elde edilen verilerin bütünlüğünün her bakımdan -yani başvuranın bireysel kullanımı dışında- özellikle 9 Aralık 2016 tarihinde adli makamlara iletilmesinden önceki dönemde nasıl sağlandığı konusuna değinmediklerini not etmektedir. Bu konunun ele alındığı başka herhangi bir karar veya usule de atıfta bulunmamışlardır. Daha spesifik olarak, ByLock verilerinin MİT tarafından toplanması ile sulh ceza hakimliğinin bu verilerin incelenmesine ilişkin müteakip kararı arasında geçen sürede zaten işlenmiş ve sadece istihbarat amacıyla değil, aynı zamanda soruşturma başlatmak ve başvuran da dâhil olmak üzere şüphelileri tutuklamak için suç delili olarak kullanılmış olduğu gerçeğini hesaba katmamışlardır. MİT’in ceza yargılamalarında delil olarak kullanılmak üzere veri toplama yetkisinin bulunmadığı ve 9 Aralık 2016 tarihli mahkeme kararının bu şekilde toplanan delilleri geriye dönük olarak “hukuka uygun” ve güvenilir kılamayacağı yönündeki iddiaları ne Ankara Bölge Adliye Mahkemesi ne de Yargıtay tarafından incelenmiştir (bk. Yukarıda 91. ve 92. paragraflar).

335. Dördüncü olarak, ham verilerin başvuranla paylaşılması mümkün olmasa da, taraflar arasındaki “adil denge” şartı, en azından yargılamanın, başvuranın, özellikle söz konusu uygulama üzerindeki faaliyetinin niteliği ve içeriği de dâhil olmak üzere, kendisiyle ilgili deşifre edilen materyalin tamamı hakkında yorum yapmasına olanak tanıyacak şekilde yürütülmesini gerektirmekteydi. Bu bağlamda Mahkeme, Ankara Bölge Adliye Mahkemesinin KOM’dan başvuranın ByLock üzerinden yaptığı yazışmaların içeriğini ve iletişim kurduğu kişilerle ilgili bilgileri talep ettiğini belirtmektedir. Ancak ilgili mahkeme daha sonra, başvuranın mahkûmiyetinin kesinleşmesinden sonra dosyaya dâhil edilen bu verilerin sunulmasını beklemeden kararını vermiştir. Başvuranın bu verilerin mevcut olmamasına ilişkin itirazları da Yargıtay tarafından reddedilmiş ve Yargıtay, temyiz kararının ayrıntılı ByLock bulgularının ve değerlendirme raporunun

sunulması beklenmeksizin verilmesinin sonucu etkilemediğine hükmetmiştir (bk. yukarıda 98. paragraf).

336. Mahkeme, Yargıtay'ın bu tespiti ulaşırken, bu tespiti yol açan usulün adilliğinin incelenmesi pahasına, yalnızca ceza yargılamasının sonucuyla ilgilendiğini gözlemlemektedir (bk. mevcut davaya uygulanabildiği ölçüde, *Pullicino/Malta*, (k.k.), no. 45441/99, AİHM 2000-II). Başvuranın kendisiyle ilgili ByLock materyallerine -özellikle de mesajlarının ve rehberinin içeriğine- tam erişiminin olmasının sonucu etkileyip etkilemediğini belirlemek Mahkemenin görevi olmasa da söz konusu erişimin, ByLock uygulamasının kullanımından elde edilen çıkarımların geçerliliğine itiraz etmek de dâhil olmak üzere savunma argümanlarını önemli ölçüde güçlendirmeye yardımcı olabileceği göz ardı edilemez. Bu nedenle Mahkeme, başvurana, deşifre edilmiş ByLock materyallerine erişim imkanının tanınmasının, başvuranın savunma haklarının korunması bakımından önemli bir adım teşkil edeceği görüşündedir. ByLock delillerinin başvuranın mahkûmiyetindeki baskın ağırlığı göz önüne alındığında, bu durum oldukça geçerlidir.

337. Beşinci olarak Mahkeme, yukarıda belirtilen eksiklikler nedeniyle savunmanın maruz kaldığı zararın, yerel mahkemelerin ByLock deliline ilişkin gerekçelerindeki eksikliklerle daha da arttığı kanaatindedir. Yukarıda belirtildiği üzere, başvuran, kendisi hakkında ileri sürülen iddiaların doğruluğuna itiraz edebilmek, özellikle de ByLock uygulamasının “münhasıran” FETÖ/PDY üyeleri tarafından kullanıldığı veya “örgütsel” amaçlarla kullanıldığı iddiasını çürütmek amacıyla tüm ByLock materyallerine erişimin önemli olduğunu düşünmüştür. Bu koşullar altında ve başvuranın, savcılığın elindeki ByLock verilerine dayanarak bu argümanlara doğrudan itiraz edemediği göz önüne alındığında, yerel mahkemelerin bunları yeterli ve ilgili gerekçelerle desteklemesi ve başvuranın bunların doğruluğuna ilişkin itirazlarını ele alması birincil öneme sahiptir; ancak mahkemeler bunu yapmamışlardır.

338. Bu bağlamda, başvuranın ByLock uygulamasını örgütsel amaçlar için kullandığı iddiası, suçlayıcı nitelikteki ByLock içeriğinin veya hiyerarşik bir bağlantıya işaret eden diğer bilgilerin bulunması gibi bu konuda yapılan herhangi bir spesifik olgusal tespitlere dayanmamakta, ancak başlangıçta MİT tarafından yapılan ve Yargıtay'ın emsal kararlarında kabul edilen ByLock'un "münhasıran" FETÖ/PDY üyeleri tarafından kullanıldığı iddiasının altında yer almaktadır. Başvuranın, Hükümetin iddiasının aksine (bk. yukarıda 74., 90., 91. ve 99. paragraflar) itiraz ettiği bu münhasırlık argümanının, esas olarak uygulamanın teknik özellikleri -şifreli yapısı, diğer kullanıcılarla iletişime geçmek için gereken özel düzenlemeler, VPN kullanma zorunluluğu ve içeriğin otomatik olarak silinmesi gibi- ve deşifre edilmiş kullanıcı profilleri ve içerik tarafından desteklendiği görülmektedir (bk. yukarıda 115.-116. ve 158.-160. paragraflar). Ancak, Mahkeme, başvuranın iç hukuk yargılamaları sırasında ByLock uygulamasının 2016 yılının başlarına kadar -yani yaklaşık iki yıl boyunca- herhangi bir kontrol mekanizması olmaksızın halka açık uygulama mağazalarından veya sitelerinden indirilebildiğine dikkat çektiğini ve bunun da münhasırlık argümanını zayıflattığını ve iddia edildiği gibi "örgütsel amaçlar" için kullanılıp kullanılmadığının doğrulanması amacıyla iddia konusu her kullanıcı özelinde bu uygulama üzerinden gerçekleştirilen belirli faaliyetlerin incelenmesini gerektirdiğini belirtmelidir (bk. yukarıda 74., 90. ve 99. paragraflar).

339. Nitekim Mahkeme, ByLock uygulamasının Google Play Store'dan 100.000'den fazla ve APK indirme sitelerinden 500.000 ile 1 milyon arasında indirildiğine dair MİT teknik inceleme raporundaki tespitleri not etmektedir (bk. yukarıda paragraf 115.). Yukarıda ifade edildiği üzere, teknik incelemede, bu rakamların doğruluğunu teyit etmek mümkün olmasa da, diğerlerinin yanı sıra, birden fazla cihaza indirmiş veya silip yeniden indirmiş olabilecek kişi sayısı göz önüne alındığında, bu rakamların ByLock sunucularında 215.092 kullanıcı olmasıyla tutarsız görünmediği belirtilmiştir

(aynı paragraf). Mahkeme ayrıca, başvuran tarafından ibraz edilen (bk. yukarıda paragraf 134.) ve Hükümet tarafından reddedilmeyen bilirkişi raporu dikkate alındığında, indirme işleminin ardından diğer kullanıcılarla iletişim kurmak için gereken yapılandırmaların ve münhasırlık argümanını desteklemek için dayanılan diğer birçok teknik özelliğin kullanımı yalnızca belirli bir grupla sınırlayacak nitelikte olmadığını, aslında yaygın olarak kullanılan birçok uygulamada bulunduğunu gözlemlemektedir. Başvuran bu durumu ulusal mahkemeler önünde de dile getirmiştir (bk. yukarıda paragraf 90.). Mahkeme ayrıca, bazı FETÖ/PDY şüphelilerinin ByLock uygulamasını “cemaatten arkadaşlarından” duyduktan sonra uygulama mağazasından nasıl indirdiklerini ve kullanımının cemaat içinde bir noktada nasıl yaygınlaştığını açıklayan (bk. yukarıda paragraf 176.) ve uygulamanın katı bir örgütsel hiyerarşi dışında da indirilmiş ve kullanılmış olabileceğini gösteren ve Anayasa Mahkemesinin *Ferhat Kara* kararında yer verilen ifadelerine atıfta bulunmaktadır. Bu bağlamda, Yargıtayın emsal kararlarında yer alan orijinal kriterde, bir kişinin “örgütün talimatıyla ağa katıldığının” tespit edilmesi halinde ByLock kullanımının FETÖ/PDY ile bağlantısını gösteren kanıt teşkil edeceği belirtilirken (bk. yukarıdaki paragraf 160.), Yargıtayın veya başvuranın davasını ele alan mahkemelerin daha sonra bu yönde ayrıca değerlendirme yapmadığını vurgulamak önemlidir. Ayrıca, ilgili mahkemeler bu değerlendirmenin neden gerekli görülmediğine dair herhangi bir açıklama da yapmamıştır.

340. Mahkemenin niyeti olaylara ilişkin bu iddialardan herhangi bir esaslı sonuç çıkarmak olmasa da, bu iddialar “münhasırlık” ve “örgütsel kullanım” argümanında bazı bariz boşluklar bulunduğuna işaret etmekte ve bu durum, Ceza Kanunu’nun 314 § 2 maddesi kapsamında ByLock uygulamasının FETÖ/PDY “üyesi” olmayan kişilerce kullanılmadığının ve kullanılamayacağını nasıl tespit edildiği hususunda ulusal mahkemelerin daha fazla açıklama yapmasını gerektirmektedir (Sözleşme’nin 5 § 1 maddesi kapsamında benzer bir tespit için bk. *Akgün*, yukarıda anılan, § 173).

Yukarıda 266. paragrafta belirtildiği üzere, bu durum özellikle, örgütün sahip olduğu anlaşılan katmanlı yapısı bir kez daha göz önünde bulundurulduğunda geçerlidir. Mahkeme, Yargıtayın emsal kararları da dahil olmak üzere, yerel mahkemelerin, ByLock uygulamasının münhasır ve örgütsel olduğu iddiasına ilişkin olarak öncelikle MİT tarafından yargı dışı bir bağlamda yapılan tespitleri kabul ettiklerini ve bu tespitleri ayrıntılı bir şekilde incelemediklerini kaydetmektedir.

341. Mahkeme, yukarıda belirtilen hususlar ışığında, başvuranın aleyhindeki delillere itiraz etmeye ve savunmasını etkili ve iddia makamıyla eşit bir şekilde yürütmeye yönelik gerçek bir imkana sahip olmasını sağlamak bakımından yeterli güvencelerin bulunmadığı kanaatindedir (bk. *Horvatić/Hırvatistan*, no. 36044/09, § 84, 17 Ekim 2013). Ayrıca, ulusal mahkemelerin başvuranın spesifik ve ilgili taleplerine ve itirazlarına cevap vermemesi, savunma argümanlarına karşı kayıtsız kaldıkları ve başvuranın gerçekten “dinlenmediği” konusunda meşru bir şüphe uyandırmıştır. Adaletin tecelli etmesi için usulüne uygun gerekçeli kararların önemi dikkate alındığında, ulusal mahkemelerin davanın özüne ilişkin çok önemli konularda sessiz kalması, başvuranın, mahkemelerin bulgularına ve ceza yargılamasının "sadece şeklen" yürütülmesine ilişkin haklı endişeler duymasına neden olmuştur (bk. başvuranın argümanları yukarıda paragraf 97.).

(ii) Diğer deliller

342. Yukarıda belirtilen bulguları ve dava dosyasındaki daha az öneme sahip olan geri kalan delilleri -ByLock kullanımının ortaya koyduğu üzere başvuranın FETÖ/PDY mensubu olduğuna yönelik tespiti destekleyen ikinci derece unsurlar olarak ileri sürülen, başvuranın Bank Asya’da hesabının bulunması ve sendika ve dernek üyeliği- göz önünde bulunduran Mahkeme, başvuranın söz konusu delillere ilişkin itirazlarının ulusal mahkemelerce uygun bir şekilde incelenip incelenmediğini daha fazla incelemeye gerek olmadığı kanaatindedir.

343. Buna karşın Mahkeme, ulusal mahkemelerin kararlarında, bu eylemlerin, ikinci derecede bile olsa, suç teşkil eden bir davranışa nasıl delil olabileceğine dair anlamlı bir tartışmanın bulunmadığını ifade etmek durumundadır. Mahkeme bu bağlamda, söz konusu eylemlerin tamamının, gerçekleştirildikleri dönemde, kanunilik karinesinden yararlanan yasal görünümlü eylemler olduğunu (bk. yukarıda anılan *Taner Kılıç*, § 105) ve ayrıca, sendika ve dernek üyeliğine ilişkin olarak bu eylemlerin, başvuranın Sözleşme kapsamındaki haklarını kullanmasıyla ilgili olduğunu gözlemlemektedir (Sözleşme'nin 11. maddesi kapsamındaki diğer değerlendirmeler için bk. aşağıda 385.-397. paragraflar). Bu nedenle, başvuranın silahlı terör örgütü mensubu olduğuna ilişkin tespitin bu eylemlerle nasıl desteklendiğinin ulusal mahkemelerce açıklığa kavuşturulması gerekirdi. Mahkeme özellikle, başvuranın Bank Asya işlemlerini açıklamak için yaptığı açıklamanın ulusal mahkemelerce hiçbir zaman doğrulanmadığını veya başka bir şekilde ele alınmadığını kaydeder.

(d) Sözleşme'nin 6 § 1 maddesi kapsamındaki ilk sonuç

344. Mahkeme, bir kişinin, bir terör örgütü tarafından örgüt içi haberleşme amacıyla tasarlandığı iddia edilen şifreli bir mesajlaşma sistemini kullandığını gösteren elektronik delillerin, terörle veya diğer organize suçlarla mücadelede, çok önemli olabileceğini yinelemektedir (benzer bir tespit için bk. yukarıda anılan *Akgün*, § 167). Ancak, terörle mücadele bu tür delillere başvurulmasını gerektirse de, adaletin tecellisini öngören adil yargılanma hakkı, en basitinden en karmaşığın kadar her türlü suç bakımından geçerlidir. Adaletin adil bir şekilde tecelli etmesi hakkı, demokratik bir toplumda, menfaat uğruna feda edilemeyecek kadar önemli bir yere sahiptir (bk. *Ramanauskas/Litvanya* [BD], no. 74420/01, § 53, AİHM 2008) ve elektronik olsun ya da olmasın elde edilen deliller, ulusal mahkemelerce adil yargılamanın temel ilkelerini zedeleyecek şekilde kullanılamaz.

345. Bu nedenle ve söz konusu ceza yargılamalarının özel niteliklerine rağmen -hem yürütüldükleri bağlam hem de diğer binlerce kişiyle ilgili yüksek miktarda şifrelenmiş elektronik veri içeren ana delillerin niteliği ve kapsamı açısından-, ulusal mahkemelerin, başvuran aleyhindeki yargılamaların genel olarak adil olmasını sağlamak için yeterli önlemleri alması gerekirdi. Yukarıda ortaya konduğu üzere, ulusal mahkemeler bunu yapmamışlardır. Mahkemeye göre, ulusal mahkemelerin, başvuranın ilgili delillere etkili bir şekilde itiraz etmesini sağlamak, davanın temelinde yer alan dikkat çekici hususları ele almak ve kararlarını gerekçelendirmek için söz konusu delillere ilişkin uygun güvenceleri sağlamaması, başvuranın 6 § 1 maddesi kapsamındaki usule ilişkin haklarının özüyle bağdaşmamaktadır. Bu eksiklikler, demokratik bir toplumda mahkemelerin kamuoyunda uyandırması gereken güveni zedeleyici bir etki yaratmış ve yargılamaların adil bir şekilde yürütülmesini engellemiştir (bk. yukarıda anılan *Ayetullah Ay*, § 192).

346. Mahkemeye göre, yukarıda ifade edilen hususlar, başvuran aleyhindeki ceza yargılamalarında, Sözleşme'nin 6 § 1 maddesine aykırı olarak, adil yargılamanın gerekliliklerinin yerine getirilmediği sonucuna varmak için yeterlidir.

(e) Sözleşme'nin 15. maddesi kapsamındaki hususlar

347. Mahkeme öncelikle Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamında güvence altına alınan adil yargılanma hakkının, Sözleşme'nin 15 § 2 maddesinde listelenen sınırlanamayan haklardan biri olmadığını kaydetmektedir. Bu nedenle, adil yargılama hakkının sınırlandırılabilen bir hak olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim “normal” şartlarda ilgili hükmün ihlâline yol açabilecekken, usule ilişkin bazı güvencelerin ceza yargılamalarında yerine getirilmemesi, Sözleşme'nin 15 § 1 maddesinde öngörülen şartlar sağlandığı takdirde, savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike hâlinde söz konusu hükme uygun sayılabilir. Yani, söz konusu ihlâlin,

durumun meydana getirdiği zorunlu haller tarafından kesinlikle gerekli kılınması ve Devletin uluslararası hukuk kapsamındaki diğer yükümlülüklerine uygun olması gerekmektedir.

348. Mahkeme, "ulusun[un] varlığından" sorumlu olan her Sözleşmeci Devletin, ulusun varlığını tehdit eden "kamusal bir tehlikenin" bulunup bulunmadığını; şayet böyle bir tehlike varsa, bunu ortadan kaldırmak için ne kadar ileri gitmek gerektiğini belirlemekle yükümlü olduğunu hatırlatmaktadır. Anlık acil ihtiyaçları doğrudan ve sürekli tespit edebilecek durumda olan ulusal makamlar, kural olarak, böyle bir tehlikenin varlığına, türüne ve atlatılabilmesi için gerekli askıya alım işlemlerinin kapsamına karar verebilmek için uluslararası hâkimden daha iyi bir konumda bulunmaktadır. Dolayısıyla bu konu hakkında, ulusal makamlara bırakılan takdir yetkisinin kapsamı da geniştir (bk. *İrlanda/Birleşik Krallık*, 18 Ocak 1978, § 207, Seri A no. 25).

349. Bununla beraber Sözleşmeci Devletler, bu alanda sınırsız bir yetkiye sahip değildir. Devletlerin Sözleşme'nin 19. maddesi kapsamındaki yükümlülüklerine riayet etmelerini sağlamaktan sorumlu olan Mahkeme, Devletlerin, krizin meydana getirdiği "durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüyü" aşp aşmadığı hakkında karar verme yetkisine sahiptir. Ulusal takdir yetkisi de Avrupa denetimine tabidir (bk. yukarıda anılan karar). Aynı zamanda Mahkeme denetim yetkisini kullanırken askıya alma işleminden etkilenen hakların nitelikleri ve olağanüstü hale neden olan ve bu dönemde ortaya çıkan koşullar ve olağanüstü halin süresi gibi ilgili faktörleri de uygun şekilde göz önünde bulundurmalıdır (bk. *Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık*, 26 Mayıs 1993, § 43, Seri A no. 258-B).

350. Mahkeme bu çerçevede yapacağı denetimde öncelikle hukukun üstünlüğü ilkesini gözetmesi gerektiğinin farkındadır. Hukukun üstünlüğü ilkesi, Sözleşme'nin bütün maddelerinde var olan demokratik bir toplumun temel ilkelerinden biri olup bu ilkeye Sözleşme'nin Önsözü'nde açıkça atıfta bulunulmuştur (bk. *Grzęda/Polonya* [BD], no. 43572/18, § 339, 15 Mart

2022 ve diğer atıflar). İlgili koşulların gerekçelendirdiği hallerde bile Sözleşme'nin 15. maddesi kapsamında yapılan askıya alma işlemi, Devletleri hukukun üstünlüğü ilkesi ve buna bağlı güvencelere uyma yükümlülüklerinden vareste tutmaz. Mahkemenin daha önce de belirttiği üzere, hukukun üstünlüğü ilkesi olağanüstü hâl bağlamında bile üstün gelmelidir (örneğin bk. yukarıda anılan *Pişkin*, § 153, ve yukarıda anılan *Ahmet Hüseyin Altan*, § 165; ayrıca bk. yukarıda 202. paragrafta belirtilen Venedik Komisyonu görüşü). Benzer şekilde, 15. madde kapsamında yapılan geçerli bir askıya alma işlemi, Devlet makamlarına bireyler açısından keyfi sonuçlar doğurabilecek muamelelerde bulunmaları için sınırsız bir yetki vermemektedir. Mahkeme bu kapsamda Devlet makamları tarafından yapılan keyfi muamelelerin, hukukun üstünlüğü ilkesini bertaraf ettiğini (bk. bu davaya uygulanabildiği ölçüde *Al-Dulimi ve Montana Management Inc./İsviçre* [BD], no. 5809/08, § 145, 21 Haziran 2016) ve bu muamelelere maddi veya usulî haklar açısından tolerans gösterilemeyebileceğini hatırlatmaktadır (bk. bu yönde Sözleşme'nin 15. maddesine ilişkin olmayan bir dava olan *Muhammad ve Muhammad/Romanya* [BD], no. 80982/12, § 118, 15 Ekim 2020). Daha önce de sıklıkla belirttiği üzere, hukukun üstünlüğü ve keyfi yetkinin önlenmesi ilkeleri Sözleşme'nin temelinde yer almakla birlikte, yargı alanında, tarafsız ve şeffaf bir adalet sistemine olan kamu güveninin güçlendirilmesine hizmet etmektedir (bk. yukarıda anılan *Taxquet*, § 90). Dolayısıyla, adil yargılanma hakkına dokunan bir askıya alma önleminin durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde tam olarak hukuka uygun olup olmadığına karar verirken Mahkemenin bu durumun suistimal edilmesine karşı yeterli güvencelerin olup olmadığını ve bu önlemin hukukun üstünlüğü ilkesini ihlâl edip etmediğini de incelemesi gerekmektedir.

351. Mahkeme, 6. maddenin, yetkililer, toplum üyelerinin yaşam haklarının ve vücut bütünlüklerinin korunması haklarının güvence altına alınmasına ilişkin görevlerini yerine getirirken terörle veya diğer ciddi suçlarla mücadele etmek için etkili tedbirler almalarını orantısız zorluklar

oluşturacak şekilde uygulanmaması gerektiğini de yinelemektedir (bk. *Ibrahim ve Diğerleri/Birleşik Krallık* [BD], no. 50541/08 ve diğer 3 başvuru, § 252, 13 Eylül 2016). Mahkeme bu bağlamda, Devletlerin terörle mücadelede terör tehdidinin dinamik mahiyeti nedeniyle yüzleştiği zorluklara ilişkin 7. maddede yer verdiği değerlendirmelere, bilhassa Türkiye'nin darbe girişimi sonucunda karşı karşıya geldiği ciddi sorunlar ve FETÖ/PDY tarafından kullanılan yöntemlerin aykırı olduğu iddia edilen niteliğine atıfta bulunmaktadır. Mahkeme aynı zamanda darbe girişiminin ardından Türkiye'deki yargı makamlarının altında kaldığı ağır yükün de farkındadır. Bu kapsamda Mahkeme, özgürlük ve güvenlik hakkı bağlamında, Anayasa Mahkemesinin *Aydın Yavuz ve Diğerleri* davasındaki tespitlerine atıfta bulunur. Bu tespitlere göre yargı ve soruşturma makamları, darbe girişiminin neden olduğu beklenmedik durumdan dolayı aniden on binlerce şüpheliye ilişkin olarak soruşturma başlatıp yürütmeleri gerektiğinden, beklemedikleri derecede ağır bir iş yüküyle baş etmek zorunda kalmıştır. Bununla birlikte, binlerce hâkim ve savcı söz konusu örgüt ile bağlantılı oldukları iddiasıyla görevlerinden alınmış olup, bu hâkim ve savcılardan bazılarının başvuruları Mahkeme tarafından halen görülmektedir (bk. yukarıda anılan *Baş*, §§ 92 ve 93).

352. Somut davanın kendine has olgularına dönülecek olursa, Hükümet Mahkemeyi başvuranın 6. madde uyarınca dile getirdiği şikâyetleri derogasyon bildirimini göz önünde bulundurarak incelemeye davet etmiş ve genel olarak, olağanüstü hâl döneminde çıkarılan tüm kanun hükmünde kararnamelere atıfta bulunmuştur. Bununla birlikte, ByLock delilleriyle ilgili olarak başvuran tarafından dile getirilen adil yargılanma sorunlarına ilişkin argümanlarını kanıtlama söz konusu olduğunda, Hükümet bu hususların, dolaylı olarak bile olsa, yukarıda belirtilen kanun hükmünde kararnamelerle alınan belirli tedbirlerden kaynaklandığını hiçbir şekilde iddia etmemiştir (kıyaslayınız yukarıda anılan *Pişkin*, §§ 121-25 ve 153).

353. Bununla birlikte, Hükümet, bu konuda yeniden bir inceleme yapmadan, yerel mahkemelerin başvuranın davasında “münhasırlık” iddiasına ilişkin olarak Yargıtayın emsal kararına dayanmasının, söz konusu dönemde adli makamların karşılaştığı kısıtlamalar göz önünde bulundurulduğunda durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüye uygun ve Sözleşme’nin 15. maddesi anlamı dâhilinde kesinlikle gerekli olduğunu belirtmiştir (bk. yukarıda 297. paragraf). Ancak Mahkeme, 6 § 1 maddesi kapsamında tespit ettiği sorunun yerel mahkemelerin başvuranın davasını incelerken Yargıtay’ın emsal kararına dayanması olmadığını kaydetmektedir. Bu bağlamda asıl sorun, başvuranın bu tespitlere itiraz edebileceği araçlardan mahrum bırakılmasıdır; bunun önemini Hükümet de kendi beyanlarında kabul etmiştir (bk. aynı yerde). Bu kapsamda Hükümet veya verdiği önemli kararlar ile Yargıtay da dâhil olmak üzere yerel mahkemeler, bu bağlamda söz konusu dönemde savunma makamının haklarını kısıtlayan herhangi bir tedbirin alındığını veya bunun gerekli görüldüğünü iddia etmemiştir. Dahası, Yargıtay’ın verdiği önemli kararlarda söz konusu “münhasırlık” iddiasının olağanüstü halin meydana getirdiği özel durumlar gerekçesiyle oluşturulduğuna dair herhangi bir gösterge bulunmamaktadır.

354. Mahkeme bu bağlamda, başvuranın davasını inceleyen ulusal mahkemelerden hiçbirinin, ByLock uygulamasından kaynaklanan unsurlara ilişkin olarak yargılamanın hakkaniyete uygunluğu sorunlarını Sözleşme’nin 15. maddesi veya yine olağanüstü hal durumunda derogasyon hükümlerini düzenleyen Türkiye Anayasası’nın 15. maddesi açısından incelemeyeceğini (yukarıda 141. paragraf) veya bu konulara yaklaşımlarını çerçeveleyen bağlamsal bir faktör olarak bile, olağanüstü halin ortaya çıkmasına neden olan tehdit veya zorluklardan bahsetmediğini gözlemlemektedir. Hükümet bunun aksini iddia etmemiştir. Hükümet, ulusal bir mahkemenin, burada söz konusu olan yargılamanın adil olup olmadığı konusunda olağanüstü halin ve derogasyonun etkilerine ilişkin bir değerlendirmede bulunduğu, Anayasa Mahkemesinin özgürlük ve güvenlik hakkı (bk. yukarıda 351. paragraf,

ayrıca bk. yukarıda anılan *Baş*, §§ 92 ve 93) veya avukat yardımından yararlanma hakkı (yukarıda 209. paragraf) alanındaki bazı kararlarında bu sorunları dikkatli bir şekilde incelediği ilgili döneme ait bir kararla kıyaslanabilecek başka bir mahkeme kararı da sunmamıştır. Mahkeme ayrıca, Hükümetin, Sözleşme'nin 6 § 3 (c) maddesi uyarınca sunduğu görüşler kapsamında, başvuranın, olağanüstü hal hâlâ yürürlükteyken 21 Mart 2017 tarihinde ilk derece mahkemesi tarafından serbest bırakılmasını da kanıt göstererek yaptığı “Olağanüstü hal yargı kararlarını etkilememiş, yargı faaliyeti kendi kural ve ilkelerine göre yürütülmeye devam etmiştir” açıklamasını kaydetmektedir (bk. yukarıda 209. paragraf). Mahkeme, bu göstergenin, ileri sürüldüğü özel bağlam göz önüne alındığında, bu incelemenin amaçları açısından sınırlı bir öneme sahip olduğunu kabul etmektedir ve aşağıda belirtilen nedenlerden dolayı (bk. aşağıda 366.-367. paragraflar), Sözleşme'nin 6 § 3 (c) maddesi kapsamında ileri sürülen şikâyet bu kararda incelenmeyecektir. Bununla birlikte Mahkeme, bu göstergenin, Hükümetin, başvuranın ByLock delilleriyle ilgili olarak öne sürdüğü yargılamanın hakkaniyete uygunluğu hususlarıyla ilgili görüşlerini yansıttığı kanaatinde; bu görüşlere göre, ulusal mahkemeler tarafından yürütülen ceza yargılamalarında, başvuranın usule ilişkin hakları gözetilmiştir (bk. yukarıda 289.-299. paragraflardaki Hükümet görüşleri ve özellikle yukarıda 289. paragraf).

355. Mahkeme, acil bir durumla başa çıkmaya yönelik hangi tedbirlerin en uygun veya yerinde olduğuna ilişkin olarak, bir yandan terörle etkili bir şekilde mücadele edilmesi ve diğer yandan bireysel haklara saygı gösterilmesi arasında bir denge kurmaktan doğrudan sorumlu olan Devlet makamlarının yerine kendi görüşünü koymaması gerektiğinin bilincindedir (bk. yukarıda anılan *Brannigan ve McBride*, § 59). Mahkeme ayrıca, 15 Temmuz 2016 tarihli askeri darbe girişiminin ardından Türkiye'nin karşılaştığı zorlukların şüphesiz dikkate alınması gereken bağlamsal bir unsur olduğunu kabul etmektedir. Bununla birlikte Mahkeme, Hükümetin,

Sözleşme'nin 6 § 3 (c) maddesine ilişkin sunduğu görüşlerinin aksine (bk. yukarıda 209. paragraf), yukarıda belirtilen adil yargılanmaya ilişkin bazı meselelerin olağanüstü hal sırasında alınan özel tedbirlerden kaynaklanıp kaynaklanmadığına ve eğer öyleyse, bu durumun önlenmesi için neden gerekli olduğuna veya olağanüstü hale karşı gerçek ve orantılı bir yanıt olup olmadığına ilişkin ayrıntılı gerekçeler sunmadığını kaydetmektedir (bk. *A. ve diğerleri/Birleşik Krallık* [BD], no. 3455/05, § 184, AİHM 2009 ve yukarıda anılan *Alparslan Altan*, §§ 116-18). Mahkeme, bu koşullar altında, başvuranın adil yargılanma hakkına getirilen sınırlamaların –ki bu sınırlamalar, yukarıdaki 345. paragrafta da belirtildiği üzere, başvuranın Sözleşme'nin 6 § 1 maddesi kapsamındaki usule ilişkin haklarının özüyle bağdaşmamaktadır ve demokratik bir toplumda mahkemelerin halka vermesi gereken güveni zedeleme etkisine sahiptir- durumun zorunlulukları tarafından kesinlikle gerekli görüldüğü şeklinde değerlendirilemeyeceği kanaatindedir. Bu koşullarda aksi yönde bir sonuca varmak, her zaman hukukun üstünlüğü ışığında yorumlanması gereken Sözleşme'nin 6 § 1 maddesinde öngörülen güvenceleri etkisiz hale getirecektir (bk. *Nicolae Virgiliu Tănase/Romanya* [BD], no. 41720/13, § 192, 25 Haziran 2019).

f) Sonuç

356. Mahkeme, yukarıda belirtilenleri dikkate alarak, somut olayda, Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmaktadır.

IV. SÖZLEŞME'NİN 6. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİNE İLİŞKİN DİĞER İDDİALAR HAKKINDA

357. Başvuran ayrıca Sözleşme'nin 6 § 1 maddesi kapsamında, özellikle son yıllarda meydana gelen ve hâkimlerin azledilememesi ilkesini zedelediğini iddia ettiği çeşitli yasal ve fiili gelişmeler nedeniyle bağımsız ve tarafsız mahkemelerce yargılanmadığından şikâyetçi olmuştur.

358. Başvuran ayrıca Sözleşme'nin 6 § 3 (c) maddesi kapsamında, 667 sayılı KHK'nın 6. maddesinin 1 (d) fıkrası ile avukatıyla gizli olarak görüşme hakkına getirilen kısıtlamalar dikkate alındığında, avukat yardımından etkili bir şekilde faydalanma hakkından mahrum bırakıldığını iddia etmiştir.

A. Yerel mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığına ilişkin 6 § 1 maddesi kapsamındaki iddialar

359. Başvuran Sözleşme'nin 6 § 1 maddesi kapsamında, özellikle darbe girişiminin ardından meydana gelenler başta olmak üzere belirli yasal ve fiili gelişmeler nedeniyle hâkimlerin azledilememesi ilkesinin zedelendiğini iddia ederek, kendisini yargılayan mahkemelerin bağımsız ve tarafsız olmadığını ileri sürmüştür. Başvuran daha spesifik olarak, 6723 sayılı Kanun'un 23 Temmuz 2016 tarihinde yürürlüğe girmesinin ardından (bk. yukarıda 150. paragraf), Yargıtayın tüm üyelerinin görev süreleri dolmadan değiştirildiğini ve bunun da söz konusu mahkemenin bağımsızlığı ve tarafsızlığını zayıflattığını iddia etmiştir. Ayrıca başvuran, 667 sayılı KHK'nın 3. maddesi uyarınca (bk. yukarıda 151. paragraf), terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca milli güvenliğe karşı faaliyette bulunduğu kararlaştırılan diğer örgütlere “mensubiyeti, iltisakı veya bunlarla irtibatı” olduğu değerlendirilen hâkim ve Cumhuriyet savcılarının meslekten çıkarılabildiğini belirtmiştir. Başvuran, bu doğrultuda, darbe girişiminden kısa süre sonra yaklaşık 3.000 hâkim ve Cumhuriyet savcısının görevden alındığını ve yakalandığını, çok sayıda hâkimin ise ByLock deliline ilişkin kararları da dâhil olmak üzere FETÖ/PDY lehine verdikleri kararlar nedeniyle farklı görev yerlerine nakledildiğini veya açığa alındığını ileri sürmüştür. Başvuran, ilgili nakil ve açığa alma kararlarını veren Hakim ve Savcılar Kurulunun pek çok uluslararası merci tarafından da işaret edildiği üzere yapısal bağımsızlık ve tarafsızlıktan yoksun olduğunu iddia etmiştir.

360. Hükümet, başvuranın yerel yargı mercilerinin bağımsız ve tarafsız olmadığına ilişkin şikâyetlerinin yerel mahkemeler önünde usulüne uygun olarak ileri sürülmediğini, başvuranın davasıyla ilgili olmadığını ve başta hâkimlerin yargısal faaliyetleri nedeniyle nakledildiği ve açığa alındığı iddialarını içerenler olmak üzere söz konusu şikâyetlerin soyut ve spekülatif olduğunu iddia etmiştir. Hükümet, hâkim ve Cumhuriyet savcılarına ilişkin atama, nakil ve diğer tüm idari meselelerin Anayasal statüye sahip bağımsız bir merci olan Hâkimler ve Savcılar Kurulunun sorumluluğunda olduğunu belirtmiştir. Hükümet ayrıca, başvuranın işaret ettiği Yargıtay üyeliği değişikliğinin, Türk yargısının iki dereceli bir sistemden üç dereceli bir sisteme geçiş sürecindeki revizyonun bir parçası olarak, darbe girişiminden önce yürürlüğe konduğunu ve ilgili hâkimlerin maaşları ile diğer haklarının, yargının bağımsızlık ve tarafsızlığı ile hâkimlik teminatını güvence altına alan Anayasa ile korunmaya devam edildiğini vurgulamıştır. 667 sayılı KHK'nın 3. maddesiyle getirilen tedbirlere ilişkin olarak Hükümet, hiçbir demokratik Devlette bir terör örgütüyle bağlantıları olduğu tespit edilen bir hâkimin bu mesleği icra etmesine izin verilmeyeceğini beyan etmiştir. Hükümet ayrıca, görevden alma kararlarının yargı denetimine tabi olduğunu belirtmiştir.

361. Uluslararası Adalet Divanı üçüncü taraf görüşlerinde, özellikle yargı mensuplarının toplu olarak ve keyfi bir şekilde görevden alınması ve Nisan 2017 tarihli Anayasa reformunun bir parçası olarak yapılan Hâkimler ve Savcılar Kuruluna ilişkin yapısal değişiklikler nedeniyle, belirli bir zamandır zaten tehlike altında olan Türk yargısının bağımsızlığının darbe girişiminden sonra daha da zayıfladığını ileri sürmüştür.

362. Mahkeme öncelikle, Hükümetin argümanının aksine, başvuranın Türk yargısının bağımsızlık ve tarafsızlığına ilişkin iddialarını Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi önünde ileri sürdüğünü kaydetmektedir (bk. yukarıda 96. ve 103. paragraflar).

363. Mahkeme ayrıca, son yıllarda Türkiye’de yargı teşkilatıyla ilgili yapılan yasal değişikliklerin (bk. yukarıda 150.-153. paragraflar) yanı sıra çeşitli uluslararası mercilerin Türk yargısının bağımsızlığının aşıldığı algısına ilişkin tespitlerini ve yürütmenin usulsüz müdahalesine dair endişelerini de not etmektedir (bk. örneğin, *Selahattin Demirtaş/Türkiye* (no. 2) [BD], no. 14305/17, § 434, 22 Aralık 2020 ve yukarıda anılan *Baş*, §§ 252-54 ve 277 kararlarında belirtilen görüş ve raporlar). Fakat Mahkeme, kavramsal olarak Türk yargı sistemi hakkında genel tespitlerde bulunmaya veya çeşitli Devlet erkleri arasındaki ilişki ve etkileşimin izin verilebilir sınırları hakkında karar vermeye değil, önündeki spesifik davaya konu olaylar temelinde adil yargılama hakkının gerekliliklerinin yerine getirilip getirilmediğini belirlemeye davet edildiğini vurgulamaktadır (bk. bu davaya uygulanabildiği ölçüde, *Kleyn ve Diğerleri/Hollanda* [BD], no. 39343/98 ve diğer 3 başvuru, § 193, AİHM 2003-VI; *Thiam/Fransa*, no. 80018/12, § 62, 18 Ekim 2018; ve yukarıda anılan *Baş*, § 277).

364. Mahkeme bu bakımdan, mevcut davada başvuranın ileri sürdüğü argümanların, iç hukuktaki yargılamalar veya Mahkeme önündeki yargılamalar sırasında, davasının incelenmesine katılan hâkimlere ilişkin olan ve davası üzerinde somut sonuçlar doğuracak spesifik herhangi bir iddiada bulunmaksızın genel bir biçimde dile getirdiği bir yargı eleştirisini içerdiğini gözlemlemektedir (başvuranın bu husustaki argümanları için bk. yukarıda 359. paragraf). Mahkeme, mevcut davanın merkezinde yer alan daha acil meselenin, Türk yargısının FETÖ/PDY üyeliğinden mahkûmiyetlerde ByLock delili karşısında benimsediği ve Sözleşme’nin 7 ve 6 § 1 maddelerinin ihlallerinin tespitine yol açan yeknesak ve genel tutum olduğunu değerlendirmektedir.

365. Dolayısıyla Mahkeme, bu başlık altındaki şikâyetlerin kabul edilebilirlik ve esas bakımından ayrı bir inceleme gerektirmediği kanaatindedir.

B. Etkili avukat yardımı hakkına ilişkin Sözleşme'nin 6 § 3 (c) maddesi kapsamındaki iddialar

366. Başvuranın, 667 sayılı KHK (bk., yukarıda 154. paragraf) uyarınca uygulanan kısıtlamalar sebebiyle avukatı ile özel olarak görüşemediğine ilişkin Sözleşme'nin 6 § 3 (c) maddesi kapsamındaki iddiaları hakkında Mahkeme, söz konusu hüküm ile Sözleşme'nin 6 § 1 maddesinde öngörülen daha kapsamlı adil yargılanma hakkı arasındaki karşılıklı ilişki üzerine olan yerleşik içtihadına atıfta bulunur. Mahkeme, ceza yargılamalarının genel adillliğini değerlendirirken, uygun görüldüğü şekilde, adil yargılanma kavramının belirli yönlerini temsil eden Sözleşme'nin 6 § 3 maddesinde sıralanan asgari hakların kapsamını dikkate alabilir. Bununla birlikte, usule ilişkin belirli haklar tek başlarına bir amaç değildir. Bu hakların özünde güdülen amaç her zaman ceza yargılamalarının bir bütün olarak adil olmasının güvence altına alınmasına katkıda bulunmaktadır (bk., davaya uygulanabildiği ölçüde, yukarıda anılan, *İbrahim ve Diğerleri*, §§ 250 ve 251, anılan diğer kararlar, ve *Correia de Matos / Portekiz* [BD], no. 56402/12, § 120, 4 Nisan 2018).

367. Mahkeme, mevcut davadaki Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamındaki şikayetin öncelikle ve esasen, yukarıda tesis edildiği üzere (bk., yukarıda 356. paragraf), başvuranın ağır cezai bir suçtan mahkum edilmesine sebep olan ceza yargılamalarının adil bir şekilde yürütülmediğine ilişkin olduğu kanısındadır. Mahkeme bu durumda, şikayeti bu başlık altında kabul edilebilirlik ve esas yönünden ayrı ayrı incelemeye gerek görmemektedir (bk., yukarıda anılan, *Navalnyy and Ofitserov*, §§ 120 ve 121).

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

368. Başvuran, Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında (i) bu bağlamdaki hakkındaki ByLock verilerinin MİT tarafından bir mahkeme kararı

olmaksızın ve ilgili yasal çerçeveyi ihlal ederek toplandığı ve kullanıldığından ve (ii) İnternet trafik verilerinin (CGNAT) BTK tarafından yasal süre sınırı dışında elde edildiğinden şikâyetçi olmuştur.

369. Hükümet, diğerlerinin yanı sıra, başvuranın bu başlık altındaki şikâyetlerinin ilgili ByLock ve İnternet trafik verilerinin elde edilmesi ve işlenmesi sebebiyle özel hayatına yönelik bir müdahale iddiası içermediğini, daha ziyade söz konusu verilerin mahkûmiyetine delil olarak kullanılmış olmasına ilişkin olduğunu iddia etmiştir. Bu sebeple, bu başlık altındaki şikâyetin Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamında incelenmesi gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca, başvuranın İnternet trafik verilerinin azami süre sınırı dışında saklanmasından şikâyetçi olduğu ölçüde, Hükümet ilgili süre sınırının yalnızca İnternet hizmeti sağlayıcıları ilgilendirdiğini yinelemiştir. Her halükârda, başvuranın, iddia edildiği üzere verilerin hukuka aykırı olarak saklanmasından sorumlu tuttuğu Devlet makamları aleyhinde bir idari dava açması mümkün olabilirdi. Bununla birlikte, başvuran herhangi bir idari dava açmamıştır.

370. Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamındaki şikâyetlerin ilk bölümüne ilişkin ibraz edilen görüşlerinde, başvuran, diğerlerinin yanı sıra, “bu davadaki asıl sorunun iddia edildiği üzere ByLock verilerinin bir istihbarat servisi tarafından ele geçirilmesi ve özel hayata saygı hakkına olan etkisi olmadığını, daha ziyade verilerin bir istihbarat servisi tarafından ceza yargılamaları kapsamında öngörülen güvencelere aksi yönde ele geçirilmesi ve daha sonra mahkûmiyetindeki tek gerekçenin delili olarak kullanılması olduğunu” beyan etmiştir.

371. Mahkeme, başvuranın görüşlerinden Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamındaki şikâyetinin özünde, hukuka aykırı bir eylem sebebiyle özel hayatına yapılan müdahaleden ziyade hukuka aykırı olarak ele geçirildiği iddia edilen ByLock ve İnternet trafik verilerine dayanarak mahkûm edilmesinin yer aldığını kaydeder. Mahkeme ayrıca Hükümetin de aynı kanıda olduğunu gözlemlemektedir.

372. Sözleşme'nin 8. Maddesine bakan yönün- başvuranın kendisi tarafından da periferik bir mesele olarak değerlendirildiği, başvuranın söz konusu delile dayanarak mahkûm edilmesinin adilliğine yönelik iç hukuk mahkemeleri ve Mahkeme nezdindeki argümanlarının kapsamından anlaşılmaktadır. İster ByLock ister İnternet trafik verileriyle ilgili olsun, özel hayata ilişkin hususlar, büyük ölçüde yalnızca ilgili delillerin ceza yargılamalarında kullanılmasıyla ilgili oldukları ölçüde ileri sürülmüştür.

373. Yukarıdaki bilgiler ve başvuran tarafından hukuka aykırı biçimde elde edilen delillere dayanılarak mahkûm edilmesine ilişkin Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında ortaya atılan temel hususların Sözleşme'nin 6 § 1 maddesi kapsamında incelendiği dikkate alındığında, Mahkeme, mevcut davanın koşullarında, bu şikâyetlerin Sözleşme'nin 8. maddesi açısından kabul edilebilirlik ve esas yönünden ayrı ayrı incelenmesine gerek olmadığı kanısındadır..

VI. SÖZLEŞMENİN 11. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

374. Başvuran, iç hukuk mahkemelerinin kendisini mahkûm etme kararını, yasal olarak kurulmuş bir sendikaya (Aktif Eğitim-Sen) ve derneğe (Kayseri Eğitim Gönüllüleri Derneği) üye olmasına dayandırmalarından dolayı Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlal edildiğinden şikâyetçi olmuştur. Bu üyelik, başvuranın söz konusu hüküm tarafından korunan temel haklarının kullanılmasıdır. Sözleşme'nin 11. maddesi aşağıdaki gibidir:

“1. Herkes barışçıl olarak toplanma ve dernek kurma hakkına sahiptir. Bu hak, çıkarlarını korumak amacıyla başkalarıyla birlikte sendikalar kurma ve sendikalara üye olma hakkını da içerir.

2. Bu hakların kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplum içinde ulusal güvenliğin, kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olanlar dışındaki sınırlamalara tabi tutulamaz. Bu madde, silahlı

kuvvetler, kolluk kuvvetleri veya devlet idaresi mensuplarınca yukarıda anılan haklarını kullanılmasına meşru sınırlamalar getirilmesine engel değildir.”

A. Kabul Edilebilirlik Hakkında

375. Bu şikâyet ne açıkça dayanaktan yoksun ne de Sözleşme’nin 35. maddesinde belirtilen başka herhangi bir gerekçeyle kabul edilemez olarak ilan edilebilir. Dolayısıyla, söz konusu şikâyetin kabul edilebilir olduğu beyan edilmelidir.

B. Esas Hakkında

1. Tarafların Beyanları

(a) Başvuranın beyanları

376. Başvuran ilk olarak, yargı organlarının kendisini, diğerler hususların yanı sıra, bir sendika ve derneğe üye olma gerekçesiyle bir terör suçundan altı yıl, üç ay hapis cezasına mahkûm etme kararının, Sözleşme’nin 11. maddesinde güvence altına alınan haklarına yönelik doğrudan, açık ve ciddi bir müdahale teşkil ettiğini beyan etmiştir. Başvuran bu bağlamda, Hükümetin iddiasının aksine, yargılamayı yürüten mahkemenin, kendisini mahkûm etme kararının temelini oluşturan delillere özel bir önem yüklediğini ileri sürmüştür. Ayrıca, Hükümet de, başvuranın sendika ve derneğe üyeliğinin doğrudan iç hukuk ve uluslararası hukuk kapsamındaki temel haklarının uygulanmasına ilişkin olduğunu reddetmemiştir. Buna göre, Hükümetin herhangi bir müdahalenin söz konusu olmadığına ilişkin argümanının savunulması olanaksızdır.

377. Müdahalenin haklı olup olmadığı konusunda, başvuran ilk olarak, Hükümetin söz konusu sendika ve derneğin Türkiye Cumhuriyeti yasalarına uygun olarak kurulduğu ve faaliyet gösterdiğine itiraz etmediğini belirtmiştir. Zira Aktif Eğitim Sen eğitim sektöründeki kamu görevlilerini temsil eden bir sendikadır. Kayseri Eğitim Gönüllüleri Derneği çocuklara “gönüllü eğitim

hizmeti” sağlamaya adanmıştır. Bu bağlamda başvuran, çocuklara ücretsiz satranç dersleri vermiştir. Başvuran ayrıca sendika ve derneğin bir üyesi olmakla, terör suçu işleme niyeti veya saiki göstermediğini beyan etmiştir. Daha da önemlisi, yargılamayı yürüten mahkeme, başvuranın herhangi bir yasa dışı faaliyet yürüttüğünden veya böyle bir faaliyete katıldığından bahsetmemiş, imada dahi bulunmamıştır. Söz konusu sendika veya dernek de bu tür herhangi bir faaliyette yer almamıştır. Dolayısıyla, bu kurumlar ile başvuranın mahkum edildiği terör suçu arasında makul bir bağ bulunmamaktadır.

378. Yukarıdaki bilgiler ışığında, başvuran, yargılamayı yürüten mahkemenin, suçlu bulunduğu Ceza Kanununun 314 § 2 maddesine yönelik yorumunun, Sözleşme’nin 11. maddesi kapsamındaki haklarına yapılan müdahalenin kanunla öngörülmemiş olacak kadar muğlak ve keyfi olduğu görüşündedir.

379. Son olarak, başvuran mevcut davadaki olayların Hükümetin dayandığı *Ayoub ve Diğerleri / Fransa* (no. 77400/14 ve diğer 2 başvuru, 8 Ekim 2020) kararından tamamen farklı olduğunu beyan etmiş ve Mahkeme’den bu argümanı reddetmesini talep etmiştir.

(b) Hükümetin beyanları

380. Sözleşme’nin 6 ve 7. maddeleri kapsamında ByLock uygulamasına ilişkin beyanlarına atıfta bulunarak Hükümet, başvuranın mahkûmiyetinde dayanan belirleyici delilin ByLock kullanımı olması sebebiyle Sözleşme’nin 11. maddesi kapsamındaki haklarına müdahale edilmediğini ileri sürmüştür. Ayrıca, yargılamayı yürüten mahkemenin, FETÖ/PDY elebaşının talimatlarıyla başvuranın Bank Asya’ya para yatırdığını ve olağanüstü hal sırasında alınan tedbirler bağlamında 667 sayılı KHK ile kapatılan bir sendika ve derneğin üyesi olduğunu dikkate aldığını belirtmiştir. Söz konusu sendika ve derneğin FETÖ/PDY’nin örgütsel faaliyetlerini yasal bir görünüm altında yürütmek amacıyla olduğunu dikkate alan yargı

organları, başvuranın üyeliğini sadece destekleyici bir delil olarak değerlendirmiştir. Dolayısıyla, bir bütün olarak ele alındığında, yargılamayı yürüten mahkemenin başvuranın mahkûmiyeti için dayandığı delil unsurları birbiriyle çelişmemekte, aksine, birbirini tamamlamakta ve doğrulamaktadır. Hâl böyleyken, yargılamayı yürüten mahkeme, başvuranın mahkûm edildiği suçun maddi ve manevi unsurlarının oluştuğunu tespit etmiştir. Dolayısıyla, başvuran basitçe bir sendika veya derneğin üyesi olmaktan cezalandırılmamış ve toplantı ve dernek kurma özgürlüğüne saygı gösterilmesi hakkında yararlanma anlamında da bir engelle karşılaşmamıştır.

381. Mahkeme'nin, başvuranın Sözleşme'nin 11. maddesi kapsamındaki haklarına bir müdahale olduğunu düşünmesi halinde, Hükümet, söz konusu müdahalenin Ceza Kanununun 314 § 2 maddesi ve Yargıtay içtihadı olmak üzere kanun tarafından öngörüldüğü görüşündedir. Hükümet bu bağlamda, Yargıtayın yerleşik içtihadının, sanık tarafından işlenen eylemlerin süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk kriterlerini karşılamaması ya da silahlı terör örgütünün hiyerarşik yapısına dâhil olduğunu belirtmemesi kaydıyla, bir sendika veya derneğe üye olmanın kişiyi silahlı terör örgütü üyesi olma suçundan mahkûm etmek için yeterli olmadığını gösterdiğini beyan etmiştir. Bununla birlikte, Yargıtayın içtihatları ByLock kullanan, FETÖ/PDY'nin elebaşının talimatlarıyla Bank Asya'ya para yatıran ve FETÖ/PDY ile bağlantılı olduğu düşünülen bir sendikaya üye olan bir kişinin mahkûmiyetinin uygun olduğunu göstermiştir.

382. İddia edilen müdahalenin amacı hakkında, Hükümet, başvuranın bir üyesi olduğu tespit edilen FETÖ/PDY'nin Türkiye Cumhuriyetini ortadan kaldırmaya teşebbüs ettiği göz önünde bulundurulduğunda, söz konusu müdahalenin amacının, ulusal güvenlik ve kamu güvenliğinin korunması olduğunu ileri sürmüştür. Hükümet ayrıca, yargılamayı yürüten mahkemenin, başvuranın söz konusu sendika ve derneğe üyeliğini dikkatle ele aldığını ve yalnızca “destekleyici” veya “tamamlayıcı” bir delil olarak kabul ettiğini ileri

sürerek, yapılan her müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olduğunu vurgulamıştır.

383. Hükümet ek olarak, dünyanın birçok farklı bölgesinde suç örgütlerinin, demokrasi ve insan haklarının sunduğu avantajları istismar eden yasal yapıların kisvesi altında yasa dışı faaliyetler yürüttüğünü ileri sürmüştür. Hükümet bu bağlamda, bu tür örgütlerin Mahkeme'nin içtihadında da tanımlandığı iddialarını desteklemek için Mahkeme'nin *Ayoub ve Diğerleri* (yukarıda anılan) kararına atıfta bulunmuştur. FETÖ/PDY tarafından yürütülen faaliyetler ve bu örgütün anayasal düzeni ortadan kaldırma amacı göz önünde bulundurulduğunda, Mahkeme'nin bu içtihat dizisinden ayrılması için bir neden bulunmadığını ileri sürmüştür.

2. Mahkeme'nin değerlendirmesi

384. Mahkeme, Sözleşme'nin 7. maddesi kapsamında, başvuranın ByLock uygulamasını kullandığı iddiasına dayanan silahlı bir terör örgütüne üye olma suçundan mahkûm edilmesinin, iç hukukun geniş ve öngörülemez bir yorumu vasıtasıyla ByLock kullanıcılarına etkili bir şekilde objektif sorumluluk yüklediği için söz konusu hükmün gereklilikleri ile uyuşmadığını tespit etmiştir. İlgili iç hukuk kararları ve Hükümetin beyanlarına (bk., yukarıda 87., 88., 160., 165., 181., 188., 232. ve 233. paragraflar) dayanarak bu tespite ulaşırken Mahkeme, sendika ve dernek üyeliği dahil olmak üzere, başvuranın üzerine atılı diğer eylemlerin yalnızca destekleyici bir kaynak olarak hizmet ettiğini ve sonuç üzerinde sınırlı bir etkisi olduğunu kaydetmiştir (bk., 257., 262. ve 268. paragraflar; ayrıca bk., Sözleşme'nin 11. maddesi çerçevesinde Hükümetin bu bağlamdaki beyanları için yukarıda 380. ve 381. paragraflar). Bununla birlikte, söz konusu üyelikler başvuranın Sözleşme'nin 11. maddesinde korunan örgütlenme özgürlüğü hakkını kullanmasını temsil ettiği için, bunun yukarıda tanımlanan sınırlı ölçüde bile olsa, kendisini mahkûm etmek için kullanılmış olması bu şikâyetin Mahkeme tarafından incelenmesini gerektirmektedir.

(a) Müdahalede bulunulup bulunulmadığı hakkında

385. Sözleşme'nin 11. maddesinde açıklanan örgütlenme özgürlüğü dernek kurma özgürlüğünü kapsamaktadır. Karşılıklı menfaat içeren bir konuda toplu olarak hareket etmek üzere tüzel bir kişilik oluşturabilme imkanı, örgütlenme özgürlüğünün en önemli yönlerinden biridir ve bu imkan olmadan söz konusu hakkın herhangi bir anlamı kalmayacaktır (bk., *Gorzelik ve Diğerleri / Polonya* [BD], no. 44158/98, § 88, AİHM 2004-I, ve *Sidiropoulos ve Diğerleri / Yunanistan*, 10 Temmuz 1998, § 40, Karar ve Hükümler Derlemesi 1998-IV).

386. Zira ilgili ülkenin demokrasi durumu, bu özgürlüğün ulusal mevzuat kapsamında güvence altına alınma ve yetkililerin uygulama biçiminden ölçülebilir (bk. yukarıda anılan, *Gorzelik ve Diğerleri*, § 88). Mahkeme demokrasi, çoğulculuk ve örgütlenme arasında doğrudan bir ilişkinin bulunduğunu kendi içtihadında pek çok kez belirtmiş ve bu bağlamda, yalnızca ikna edici ve zorlayıcı gerekçelerin söz konusu özgürlüğe uygulanan kısıtlamaları haklı çıkarabileceği ilkesini tesis etmiştir. Tüm bu kısıtlamalar Mahkeme tarafından sıkı bir denetime tabidir (bk. aynı yerde).

387. Mahkeme, mevcut davada olduğu gibi, silahlı bir terör örgütü üyeliği suçunun kurucu unsurlarını oluşturabilecek objektif gerekçelerinin bulunmadığı durumlarda, açıkça şiddet içermeyen ve ilke olarak Sözleşme tarafından korunması gereken ifade ve eylemlerin iç hukuk mahkemelerince cezai sorumluluğun belirlenmesinde kullanılmasının ilgili haklara yönelik bir müdahale teşkil edebileceğini kaydeder. Ceza yargılamalarında bu ifade veya eylemlerin kullanılmasının destekleyici veya tamamlayıcı nitelikte olması, bu sonucu ortadan kaldırmaz. Somut davada, yargı makamlarının, iddianamede ve kararlarda, başvuranın Aktif Eğitim-Sen ve Kayseri Eğitim Gönüllüleri Derneği üyeliğine dayanmaları, sadece yardımcı bir yöntem olsa dahi, Sözleşme'nin 11. maddesi kapsamındaki haklarına yönelik bir müdahale teşkil etmek için yeterlidir.

(b) Müdahalenin haklı olup olmadığı hakkında

388. Mahkeme'nin yerleşik içtihadına göre Sözleşme'nin 8 ve 11. maddelerinde yer alan “kanunla öngörülmüş” ve “yasaya uygun” ifadeleri, söz konusu tedbirin yalnızca iç hukukta bir dayanağı olmasını gerektirmekle kalmaz ayrıca, yukarıda açıklandığı üzere, Sözleşme'nin tüm maddelerinin özünde yer alan hukukun üstünlüğü ilkesi ile de uyumlu olmalıdır (bk., yukarıda 350. paragraf; ayrıca bk., *Maestri / İtalya* [BD], no. 39748/98, § 30, AİHM 2004-I). Söz konusu maddelerde korunan haklara yönelik bir müdahalenin kanunla öngörülmüş olup olmadığı sorusuna ilişkin genel ilkeler hakkında Mahkeme, *Selahattin Demirtaş* (yukarıda anılan, §§ 249-54) kararına atıfta bulunur.

389. Hükümet mevcut davada önerilen müdahalenin Yargıtay tarafından yorumlandığı haliyle Ceza Kanununun 314 § 2 maddesince öngörülmüş olduğunu ileri sürmüştür. Başvuran, müdahalenin iç hukukta bir temeli olduğuna itiraz etmemiş olsa da ilgili hükmün mevcut olaylarda yorumlanması ve uygulanmasının, Sözleşme'nin 11 § 2 maddesi uyarınca hukuka uygunluk şartını yerine getirmemiş olduğunu ileri sürmüştür. Dolayısıyla, mevcut davada önemli olan, söz konusu kanunun “niteliği”, özellikle de etkileri bakımından öngörülebilir olup olmadığı (bk., örneğin, *Kudrevičius ve Diğerleri / Litvanya* [BD], no. 37553/05, § 108, AİHM 2015) ve Sözleşme'nin 11. maddesinin ikinci paragrafı kapsamında hukukun üstünlüğü kriterine uygun olup olmadığıdır.

390. Söz konusu sendika ve derneğin, darbe girişiminin ardından FETÖ/PDY ile bağlantılı olmaları nedeniyle ulusal güvenliğe yönelik tehdit oluşturdukları gerekçesiyle 667 sayılı KHK ile kapatılmadan önce yasal olarak kuruldukları ve faaliyet gösterdikleri ortak kabul görmektedir. Mahkeme, görünüşte Sözleşme'nin 11. maddesi kapsamına giren ve şiddete teşvik etmeyen veya demokratik bir toplumun temellerini reddetmeyen eylemlerin kanuna uygunluk karinesinden yararlanması gerektiği

kanısındadır (kıyaslayınız, Sözleşme'nin 5. maddesi kapsamında yapılan benzer bir değerlendirme için, yukarıda anılan, *Taner Kılıç*, § 105). Bununla birlikte, belirli bir davada, ulusal makamlar bu karineyi çürütebilir. Dolayısıyla, somut davada ulusal makamların bunu yapıp yapmadıkları tespit edilmelidir.

391. Bu bağlamda Mahkeme, söz konusu sendika ve derneğin 667 sayılı KHK ile feshedilmesine neden olan eylemlerinin niteliğine ilişkin olarak yerel mahkemenin kararında herhangi bir açıklama bulunmadığına dikkat çekmektedir. Yerel mahkemenin bu konudaki değerlendirmesi, FETÖ/PDY ile iltisaklı oldukları gerekçesiyle bu kurumların söz konusu KHK ile kapatıldıkları yönündeki gözlemiyle sınırlı kalmıştır (benzer bir tespit için bk. *Adana TAYAD/Türkiye*, no. 59835/10, §§ 33-34, 21 Temmuz 2020). Yerel mahkemenin kararında, başvuranın bu yapılar içerisinde herhangi bir eylemde bulunup bulunmadığına ve eğer bulunmuşsa, bu eylemlerin niteliğinin ne olduğuna dair herhangi bir açıklama da yer almamaktadır (Sözleşme'nin 5. maddesi kapsamındaki bir tutuklama kararı bağlamında benzer bir durum için bk. *Atilla Taş/Türkiye*, no. 72/17, § 129, 19 Ocak 2021). Ayrıca, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi, dayanılan deliller de dâhil olmak üzere, bu hususlara daha fazla açıklık getirmeksizin yerel mahkemenin kararını onamıştır. Son olarak, Hükümet Mahkeme önündeki görüşlerinde, bu konulara ilişkin daha fazla açıklama getiren başka bir ulusal mahkeme kararı sunmamış, sadece söz konusu sendika ve derneğin FETÖ/PDY'nin amaçları doğrultusunda hareket ettiğini ileri sürmüştür.

392. Buna göre, başvuran hakkındaki ceza yargılamalarını yürüten ulusal mahkemelerin, kendisinin Aktif Eğitim-Sen ve Kayseri Gönüllü Eğitimciler Derneği üyeliği bağlamında şiddete teşvik veya demokratik bir toplumun temellerini reddetme olarak yorumlanabilecek herhangi bir eylemde bulunup bulunmadığını yargılamaların hiçbir aşamasında değerlendirmede görülmemektedir. Bu çerçevede Hükümetin, başvuranın sendika ve dernek üyeliklerine ilişkin olarak (yukarıda açıklanan) yasallık karinesini çürütmek

için herhangi bir spesifik delil ileri sürmediğini de belirtmek gerekir (bk. yukarıda anılan *Atilla Taş*, § 134). Mahkeme, bu tür unsurların bulunmadığı durumlarda, yalnızca başvuranın silahlı bir terör örgütüne üye olduğunu doğrulamak için kullanılsa bile, söz konusu sendika ve derneğe üye olmanın, yasallık karinesini çürütmek için yeterli olmadığı kanaatindedir.

393. Bu noktada Mahkeme, yukarıda anılan *Selahattin Demirtaş* davasında başvuranın Türk Ceza Kanunu'nun 314. maddesi uyarınca cezaya tabi ciddi suçlarla bağlantılı olarak tutuklanmasının siyasi açıklamalarına ve yasal bir örgütte yer almasına dayandırıldığını hatırlatmaktadır. Mahkemenin adı geçen davadaki kararına göre; başvuranın gözaltına alınmasına gerekçe teşkil edebilecek eylemlerin kapsamı o kadar geniştir ki, bu maddenin içeriği ve iç hukuktaki mahkemeler tarafından yorumlanış şekli, ulusal makamların keyfi müdahalelerine karşı yeterli koruma sağlamamıştır (Venedik Komisyonunun bu konudaki görüşü için, bk. yukarıda 201. paragraf). Mahkemeye göre, ifade özgürlüğü hakkının kullanılmasının silahlı bir terör örgütünün mensubu, kurucusu veya yöneticisi olmakla bir tutulduğu bu ceza kanunu hükmüne ilişkin bu kadar geniş bir yorum, böyle bir bağlantıya ilişkin somut delillerin bulunmadığı bir durumda haklı görülemeyecektir (bk. yukarıda anılan *Selahattin Demirtaş*, §§ 277-80).

394. Bu nedenle, *Selahattin Demirtaş* kararında varılan sonuçların, Sözleşme'nin 11. maddesi bağlamında mevcut davaya da uygulanmasının mümkün olup olmadığı sorusu ortaya çıkmaktadır. Bu soruya cevap verebilmek için, iki davanın olgusal koşullarının birbirleriyle yeterince benzeşip benzeşmediklerini tespit etmek amacıyla dikkatli bir şekilde değerlendirilmesi gerekmektedir. Mahkeme, *Selahattin Demirtaş* davasında başvuranın tutuklanmasına ve kovuşturmaya tabi tutulmasına dayanak teşkil eden delillerin, yalnızca Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamında ifade özgürlüğünü kullanırken yaptığı konuşmalardan veya eylemlerden ibaret olduğunu kabul etmektedir. Mevcut davada, 11. maddenin koruması altında kalan eylemler, ulusal mahkemeler tarafından yalnızca başvuran hakkındaki

mahkûmiyet hükmünü destekleyici unsurlar olarak esas alınmıştır. Ancak, bu sadece bir derece farkıdır ve Türk Ceza Kanunu'nun 314. maddesinin kapsamının, söz konusu hükmü yorumlayan içtihatlarda aranan süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk kriterlerini karşılayacak ve silahlı bir terör örgütüne üyeliği ortaya koyacak somut unsurlar olmaksızın, öngörülemez bir şekilde, her ikisi de söz konusu tarihte yasal olarak faaliyet gösteren bir sendikaya ve bir derneğe üyeliği de suç işlendiğine dair bir gösterge olarak kapsayacak şekilde genişletildiği gerçeği ortadadır. Dolayısıyla, bu olgusal farklılık mevcut davayı *Selahattin Demirtaş* davasından ayırmak için yeterli görülmemektedir.

395. Son olarak, Hükümetin mevcut şikâyetin yukarıda anılan *Ayoub ve Diğerleri* kararına dayanılarak reddedilmesi gerektiği yönündeki argümanına ilişkin olarak Mahkeme, paramiliter tipte üç aşırı sağcı derneğin kapatılmasıyla ilgili olan söz konusu davanın, mevcut davadan önemli ölçüde farklı olduğunu değerlendirmektedir. Bu derneklerden ilkinin kapatılması, siyasi görüşlerin ifade edilmesine değil, diğerler hususların yanı sıra, bir şiddet eylemine, bilhassa bir kişinin öldürülmesine dayandırılmışken; ikinci ve üçüncü dernek ise, üyeleri tarafından zaman zaman şiddet içeren yollarla da fiilen desteklenen ve uygulamaya konulan amaçlarının, özellikle Müslüman göçmenlere, Yahudilere ve eşcinsellere yönelik nefreti ve ırk ayrımcılığını kışkırtma unsurları taşıdığının tartışmasız olduğu gerekçesiyle kapatılmıştır. İki davanın olguları arasındaki önemli farklılıklar göz önünde bulundurulduğunda, Mahkemenin burada yukarıda anılan *Ayoub ve Diğerleri* davasındakiyle aynı tutumu benimsemesi gerektiği yönündeki Hükümet görüşünün reddedilmesi gerekir.

396. Yukarıda belirtilen hususlar ışığında Mahkeme, mevcut davada Türk Ceza Kanunu'nun 314 § 2 maddesinin başvuranın Aktif Eğitim-Sen ve Kayseri Gönüllü Eğitimciler Derneği üyeliği bakımından yorumlanma şeklinin, bu hükmün kapsamını öngörülemez bir şekilde genişlettiğini, keyfi müdahalelere karşı gerekli asgari korumayı sağlamadığını ve bu nedenle

Sözleşme'nin 11 § 2 maddesinin gerektirdiği şekilde “kanunla öngörölmüş” olarak kabul edilemeyeceğini tespit etmektedir.

397. Yukarıdaki tespit ışığında, söz konusu müdahalenin, Sözleşme'nin 11 § 2 maddesinde öngörülen meşru amaçlardan bir veya daha fazlasına hizmet edip etmediğine ve “demokratik bir toplumda gerekli” olup olmadığına ilişkin bir inceleme yapılmasına gerek yoktur.

(c) Sözleşme'nin 15 maddesi kapsamındaki değerlendirmeler

398. Mahkeme, başvuranın 6. madde kapsamındaki şikâyetlerini Sözleşme'nin 15. maddesi açısından değerlendirirken, hukukun üstünlüğü ilkesine uyulmasını sağlama ihtiyacının her zaman vazgeçilmez olduğunu ve olağanüstü hâllerde bile bu ilkedan sapmanın mümkün olmadığını vurgulamıştır (bk. yukarıda 350. paragraf). Hukukun üstünlüğünün Sözleşme'nin ve tüm hükümlerinin temelinde yatan ilke olduğu göz önüne alındığında (bk. yukarıda anılan *Grzęda*, § 341), bu değerlendirmeler 11. madde bakımından da geçerlidir. Buna göre Mahkeme, toplantı ve dernek kurma özgürlüğünü kısıtlayıcı bir derogasyon tedbirinin olağanüstü hâlin özel koşulları tarafından tamamen haklı kılınıp kılınmadığını ve durumun kesinlikle gerektirdiği bir tedbir olup olmadığını belirlerken, Sözleşme ile korunan haklara yönelik kamu makamlarının keyfî müdahalelerine karşı güvenceler sağlanıp sağlanmadığını ve tedbirin hukukun üstünlüğünü zedeleyip zedelediğini de incelemelidir.

399. Hükümetin 11. madde kapsamındaki şikâyetin 21 Temmuz 2016 tarihinde bildirilen derogasyon dikkate alınarak incelenmesi talebi, söz konusu sendika ve derneğin olağanüstü hâl döneminde alınan tedbirler bağlamında 667 sayılı KHK ile kapatılmış olduğu argümanına dayanmaktadır. Ancak Mahkeme, mevcut davada söz konusu olan 11. madde ihlalinin, ilgili sendika ve derneğin kapatılmasından değil, başvuranın söz konusu sendika ve derneğe üyeliğinin, silahlı terör örgütüne üye olma suçundan mahkûmiyetini destekleyici bir delil olarak kullanılmasından

kaynaklandığını kaydetmektedir. Her ne olursa olsun, Hükümet, başvuranın söz konusu sendika ve dernek üyeliğinin ulusal mahkemeler tarafından somut şekilde kullanılmasının, Türkiye’de olağanüstü hâl ilan edilmesine yol açan durum tarafından kesinlikle gerekli kılınıp kılınmadığına ilişkin herhangi bir açıklama yapmamıştır. Başvuranın davası bağlamında veya başka herhangi bir yerde bu tür bir değerlendirmenin yapıldığı herhangi bir iç hukuk kararına da işaret etmemiştir.

400. Bu fiillerin esas alınmasının, öngörülemez olması nedeniyle hukuka uygunluk şartını ihlal ettiğine ilişkin tespit, ulusal mahkemelerin Türk Ceza Kanunu’nun 314 § 2 maddesinin kapsamını aşırı derecede genişlettiği ve böylece başvurayı keyfi müdahalelere karşı asgari korumadan mahrum bıraktığı anlamına gelmektedir ki; bu koruma, hukukun üstünlüğünün muhafazası için elzemdir (bk. ilgili olduğu ölçüde bk. yukarıda 350. paragraf).

401. Yukarıda belirtilenler ışığında Mahkeme, Hükümetin, başvuranın Sözleşme’nin 11. maddesi kapsamında korunan haklarına yapılan müdahalenin, 15. madde uyarınca mevcut durumda kesinlikle gerekli kılındığını gösteremediği kanaatindedir.

(d) Sonuç

402. Mahkeme, yukarıda belirtilen hususları göz önünde bulundurarak, mevcut davada Sözleşme’nin 11. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.

VII. SÖZLEŞME’NİN 41 VE 46. MADDELERİNİN UYGULANMASI

A. Sözleşme’nin 46. maddesi:

403. Sözleşme’nin 46. maddesi aşağıdaki gibidir:

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

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

1. Genel ilkeler

404. Sözleşme’nin 46. maddesi uyarınca kararların infazı bağlamında, Mahkemenin Sözleşme’nin ihlalini tespit ettiği bir karar, davalı Devlete, tespit edilen ihlale son verme ve ihlalden önceki durumu mümkün olduğunca yeniden tesis edecek şekilde sonuçlarını telafi etme konusunda hukuki bir yükümlülük yükler (bk., diğer birçok karar arasında, *Kurić ve Diğerleri/Slovenya* (adil tazmin) [BD], no. 26828/06, § 79, AİHM 2014). Ancak, Mahkemenin kararları esas itibarıyla tespit edici niteliktedir. Buna göre, bir davaya taraf olan Sözleşmeciler, Bakanlar Komitesinin denetimine tabi olmak kaydıyla ve iyi niyetle ve kararın “sonuçlarına ve ruhuna” uygun bir şekilde yürütülmesi koşuluyla, Mahkemenin ihlal tespit ettiği bir karara uymak için - iç hukuk düzenlerinde alınacak genel ve/veya duruma göre bireysel tedbirler de dâhil olmak üzere - kullanacakları araçları seçmekte ilke olarak serbesttirler (bk., örneğin, *Ilgar Mammadov/Azərbaycan* (ihlal prosedürü) [BD], no. 15172/13, § 149, 29 Mayıs 2019).

405. Bununla birlikte, bazı özel durumlarda Mahkeme, davalı Devlete, ihlal tespitine yol açan duruma - ki bu genellikle sistematik bir durumdur - son vermek için alınabilecek tedbirlerin türünü belirtmeyi faydalı bulmaktadır. Ancak bu gibi durumlarda bile, Sözleşme’nin 46 § 2 maddesi uyarınca bu tür tedbirlerin uygulanmasını değerlendirme yetkisi münhasıran Bakanlar Komitesine aittir (bk. yukarıda anılan *Ilgar Mammadov* (ihlal prosedürü), §§ 153-55 ve yukarıda anılan *Kavala* (ihlal prosedürü), § 134).

406. Özellikle yargılamanın yenilenmesi ile ilgili olarak Mahkeme, bu tür tedbirlere karar verme yetkisinin kendisinde olmadığını açıkça belirtmiştir (bk., diğer kararların yanı sıra, *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT)/İsviçre (No. 2)* [BD], no. 32772/02, § 89, AİHM 2009 ve yukarıda anılan *Moreira Ferreira*, § 48). Bununla birlikte, Sözleşme’nin 6. maddesinin

gerekliliklerinin ihlal edildiği yargılamalar sonucunda bir kişinin mahkûm edildiği durumlarda Mahkeme, talep üzerine yargılamanın yenilenmesinin veya davanın yeniden açılmasının ilke olarak ihlali gidermek için uygun bir yol olduğunu ve çoğu zaman da en uygun yol olduğunu belirtebilir (bk. sırasıyla, yukarıda anılan *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT)*, § 89 ve yukarıda anılan *Moreira Ferreira*, §§ 49 ve 52). Bu durum, R (2000) 2 sayılı Tavsiye Kararı’nda Sözleşme’ye Taraf Devletlere davanın yeniden incelenmesi ve yargılamanın ulusal düzeyde yenilenmesi için mekanizmalar ihdas etme çağrısında bulunan ve istisnai durumlarda bu tür tedbirlerin durumu “eski hâline geri getirmeyi (*restitutio in integrum*) sağlamanın en etkili, hatta belki de tek yolu” olduğunu belirten Bakanlar Komitesinin yönergeleriyle de uyumludur (bk. yukarıda anılan *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT)*, §§ 33 ve 89).

407. Mahkeme, ceza yargılamasının yenilenmesine ilişkin yukarıda belirtilen ilkelerin, Sözleşme’nin 7. maddesinin ihlalini tespit ettiği durumlarda da geçerli olduğunu teyit etmektedir (bk., örneğin, yukarıda anılan *Dragotoniú ve Militaru-Pidhorni*, § 55 ve *Sinan Çetinkaya ve Ağyar Çetinkaya/Türkiye*, no. 74536/10, § 49, 24 Mayıs 2022).

408. Son olarak Mahkemenin kararları, sadece önüne getirilen davaları hükme bağlama işlevi görmekle kalmayıp; aynı zamanda daha genel olarak, Sözleşme’yle tesis edilen kuralları açıklığa kavuşturmaya, korumaya ve geliştirmeye de yardımcı olmakta; böylelikle Devletlerin, Sözleşmeciler Taraflar sıfatıyla üstlenmiş oldukları taahhütleri yerine getirmelerine katkıda bulunmaktadır (bk., örneğin, *Jeronovičs/Letonya* [BD], no. 44898/10, § 109, 5 Temmuz 2016).

2. Genel ilkelerin somut davaya uygulanması

(a) Mevcut başvurularla ilgili olarak alınması gereken bireysel tedbirler

409. Mevcut davada yapılan ihlal tespitleri, özellikle de Sözleşme'nin 7 ve 6. maddeleri kapsamındakiler, davalı Devlete, başvuranın haklarına yönelik bu ihlalleri gidermek için uygun tedbirleri alma yükümlülüğü getirmektedir.

410. İctihadında da kabul edildiği üzere, Avrupa'da, Sözleşme'nin ihlal edildiğinin Mahkeme tarafından tespit edilmesinin ardından, bireylerin kesin hükümle sonuçlanmış bir ceza yargılamasının yenilenmesi için başvuruda bulunmalarına olanak tanıyan çok çeşitli hukuk yolları bulunmakla birlikte, yargılamanın yenilenmesi için başvuruda bulunma hakkına ilişkin Sözleşmeciler Devletler arasında yeknesak bir yaklaşım bulunmamaktadır (bk. yukarıda anılan *Moreira Ferreira*, § 53).

411. Türk hukukunda ulusal mevzuat, bu tür bir hakkı, Sözleşme veya Protokollerinin ihlal edildiğine dair Mahkemenin nihai kararını takip eden bir yıl içinde yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunulabileceğini öngören CMK'nın 311 § 1 (f) maddesi kapsamında açıkça sunmaktadır. Bu nedenle Mahkeme, Sözleşme'nin 6 veya 7. maddelerinin gerekliliklerinin ihlaline neden olan yargılamalar sonrasında bir bireyin mahkûm edildiğinin tespit edildiği Türkiye aleyhindeki davalarda ceza yargılamalarının yenilenmesi olanağına sıklıkla atıfta bulunmuştur (bk., örneğin, *Balta ve Demir/Türkiye*, no. 48628/12, § 70, 23 Haziran 2015; *Fikret Karahan/Türkiye*, no. 53848/07, § 64, 16 Mart 2021; *Faysal Pamuk/Türkiye*, no. 430/13, § 79, 18 Ocak 2022 ve yukarıda anılan *Sinan Çetinkaya ve Ağyar Çetinkaya*, § 49).

412. Yukarıda belirtilen ilkeler ışığında ve başka benzer ihlallerin önlenmesi veya giderilmesi için gerekli olabilecek genel tedbirler saklı kalmak kaydıyla (bk. Aşağıda 418. paragraf), talep üzerine ceza yargılamasının yenilenmesi, mevcut davada tespit edilen ihlallerin sona erdirilmesi ve başvuranın mağduriyetinin giderilmesi için en uygun yol

olacaktır. *Sejdovic/İtalya* ([BD], no. 56581/00, § 127, AİHM 2006-II) davasında belirtildiği üzere, yeni bir yargılamanın nasıl ilerleyeceğini ve ne şekilde olacağını belirtmek Mahkemenin görevi değildir; hukuki yükümlülüklerini yerine getirmek için kullanılacak araçların seçimi, bu araçların Mahkeme kararının sonuçları ve özünü uyumlu olması kaydıyla, Hükümetin takdirine kalmıştır.

(b) Benzer davalar bakımından alınacak önlemler

413. Mevcut davada Mahkeme, Sözleşme'nin 7 ve 6. maddeleri kapsamındaki ihlallerin, özellikle ulusal mahkemelerin ByLock kullanımına ilişkin nitelendirmelerinden kaynaklandığını gözlemlemektedir. Bu yaklaşıma göre, söz konusu uygulamayı kullandığı ulusal mahkemelerce tespit edilmiş olan veya tespit edilen herkes, ilke olarak, yalnızca bu gerekçeyle Türk Ceza Kanunu'nun 314 § 2 maddesi kapsamında silahlı terör örgütü üyeliği suçundan mahkûm edilebilmektedir.

414. Bu nedenle Mahkeme, mevcut davada Sözleşme'nin 7 ve 6. maddelerinin ihlal edildiği sonucuna varılmasına yol açan durumun münferit bir olaydan kaynaklanmadığı veya belirli olaylar silsilesine atfedilemeyeceği, ancak sistematik bir sorundan kaynaklandığının kabul edilebileceği kanaatinde. Bu sorun çok sayıda kişiyi etkilemiştir ve hâlâ da etkileme potansiyeline sahiptir (bk., bu davaya uygulanabildiği ölçüde, *Broniowski/Polonya* [BD], no. 31443/96, § 189, AİHM 2004-V). Mevcut davada olduğu gibi ByLock kullanımına dayalı mahkûmiyet kararlarıyla ilgili olarak Sözleşme'nin 7. ve/veya 6. maddeleri kapsamında yapılan benzer şikâyetleri içeren 8.000'den fazla başvurunun şu anda Mahkeme önünde bulunması, bu durumu kanıtlar niteliktedir.

415. Mevcut davada inceleme yetkisinin Büyük Daireye bırakılmasının ardından, Hükümetten, Anayasa Mahkemesi de dâhil olmak üzere, ulusal mahkemeler önünde hâlen derdest olan ve özellikle mevcut davada olduğu gibi ByLock mesajlaşma uygulamasının kullanımı temelinde Türk Ceza

Kanunu'nun 314 § 2 maddesi kapsamında suçlamalar içeren ceza davalarının takribî sayısını bildirmesi talep edilmiştir. Hükümet, ulusal mahkemelerde görülmekte olan ceza davalarına ilişkin resmi istatistiklerin, Mahkemenin somut sorusunu yanıtlamayı mümkün kılacak bilgileri içermediği cevabını vermiştir. Bununla birlikte, yetkili makamlar tarafından tespit edilen ByLock kullanıcılarının sayısının yüz bin civarında olduğu (bk., örneğin, yukarıda 119. paragraf) göz önünde bulundurulduğunda Mahkeme, Sözleşme'nin 7 ve/veya 6. maddeleri kapsamında benzer şikâyetler içeren çok daha fazla başvurunun Mahkeme önüne getirilmesinin muhtemel olduğunu not etmektedir.

416. Mahkemenin içtihadına göre, bir ihlalin çok sayıda insanı etkileyen sistematik bir sorundan kaynaklandığı durumlarda, böyle bir kararın icrasında ulusal düzeyde genel tedbirlerin alınması gerekecektir (bk. örneğin, yukarıda anılan *Broniowski*, §§ 188-94, ve *Văleanu ve Diğerleri/Romanya*, no. 59012/17 ve diğer 27 başvuru, §§ 269-73, 8 Kasım 2022). Mahkeme İç Tüzüğü'nün 61. maddesi uyarınca genellikle pilot karar usulü çerçevesinde kullanılsa da, Mahkeme bu usulün uygulanmadığı durumlarda da genel tedbirlere işaret etmiştir (bk. diğer birçok örneğin yanı sıra, *Lukenda/Slovenya*, no. 23032/02, § 98, AİHM 2005-X; *Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye*, no. 1448/04, § 84, 9 Ekim 2007; *Manole ve Diğerleri/Moldova*, no. 13936/02, § 117, AİHM 2009 (alıntılar); *Grudić/Sırbistan*, no. 31925/08, § 99, 17 Nisan 2012; *Zorica Jovanović/Sırbistan*, no. 21794/08, §§ 92 ve 93, AİHM 2013; *Abdullah Yaşa ve Diğerleri/Türkiye*, no. 44827/08, § 61, 16 Temmuz 2013; *Shishanov/Moldova*, no. 11353/06, §§ 123-39, 15 Eylül 2015; ve *Tunikova ve Diğerleri/Rusya*, no. 55974/16 ve diğer 3 başvuru, §§ 149-59, 14 Aralık 2021). İster bir pilot karar çerçevesinde isterse başka bir şekilde yapılmış olsun, bu tür ibarelerin amacı, ulusal düzeydeki sistematik sorunları çözerek Sözleşmecî Devletlerin Sözleşme sistemindeki rollerini yerine getirmelerine yardımcı olmaktır.

417. Mahkeme bu bağlamda, Bakanlar Komitesi'nin Rec(2004)6 sayılı Tavsiye Kararı'nda belirtildiği üzere, Devletlerin Sözleşme ihlallerinin altında yatan sorunları çözme konusundaki genel yükümlülüğüne işaret etmektedir (bk. *Burmych ve Diğerleri/Ukrayna* (kayıttan düşme) [BD], no. 46852/13 ve diğerleri, § 110, 12 Ekim 2017). Ayrıca, Sözleşmeciler Devletlerin, Mahkeme tarafından tespit edilen sistematik ve yapısal insan hakları sorunlarını çözme ve Reykjavik'te düzenlenen son Devlet ve Hükümet Başkanları Zirvesi sırasında açık bir şekilde ifade edildiği üzere, bağlayıcı niteliklerini dikkate alarak nihai kararlarının tam, etkili ve hızlı bir şekilde uygulanmasını sağlama konusundaki taahhütlerini kaydetmektedir (bk. ilgili olarak atıfta bulunulan Reykjavik Deklarasyonu'na Ek IV, yukarıda 204. paragraf). Mahkemenin kaygısı, insan haklarının korunmasına ilişkin ulusal sistemde tespit edilen bir kusurun hızlı ve etkili bir şekilde düzeltilmesini kolaylaştırmaktır ve, yukarıda 408. paragrafta belirtildiği üzere, verdiği kararlar sadece önüne getirilen davaları karara bağlamakla kalmaz. Dolayısıyla, böyle bir kusur tespit edildiğinde, ulusal makamlar, Bakanlar Komitesi'nin denetimine tabi olarak, Sözleşme sisteminin temelini oluşturan ikincilik ilkesine uygun olarak -gerekirse geriye dönük olarak- gerekli telafi tedbirlerini almakla görevlidir; böylece Mahkeme, bir dizi benzer davada ihlal tespitini tekrarlamak zorunda kalmaz (bk. yukarıda anılan *Broniowski*, § 193, ve *Scordino/İtalya (no. 1)* [BD], no. 36813/97, § 236, AİHM 2006 V). Mahkeme bu bağlamda, *E.G./Polonya ve diğer 175 Bug Nehri başvurusuna* ((k.k.), no. 50425/99, § 27, AİHM 2008 (alıntılar)) yönelik kararındaki ilgili tespitlerine atıfta bulunmaktadır:

“Ayrıca, Mahkemenin Sözleşme kapsamındaki temel görevinin, Sözleşme'nin 19. maddesinde tanımlandığı üzere, ‘Yüksek Sözleşmeciler Tarafların Sözleşme ve Protokollerinde üstlendikleri taahhütlerin yerine getirilmesinin gözetimini sağlamak’ olduğu hatırlatılmalıdır. Artık Sözleşme'yle ilgili bir hususun var olmadığı durumlarda sürekli olarak münferit kararlar verilmesi gerekliliğinin bu görevle uyumlu olduğu

söylenemez. Bu hukuki uygulama, Sözleşme kapsamındaki insan hakları korumasının güçlendirilmesine de yararlı veya anlamlı bir şekilde katkıda bulunmamaktadır; ...”

418. Bu nedenle Mahkeme, gelecekte çok sayıda davada benzer ihlalleri tespit etmek zorunda kalmamak için, mevcut kararda tespit edilen kusurların, ilgili ve mümkün olduğu ölçüde, Türk makamları tarafından daha geniş bir ölçekte -yani mevcut başvuranın özel durumunun ötesinde- ele alınması gerektiği görüşündedir. Dolayısıyla, davalı Devlet’in Sözleşme’nin 46. maddesi kapsamındaki yükümlülükleri uyarınca yetkili makamlara düşen görev, mevcut karardan, özellikle de hâlihazırda yerel mahkemeler önünde görülmekte olan davalarla sınırlı olmamak üzere, gerekli sonuçları çıkarmak ve yukarıda tespit edilen ve burada ihlal bulgusuna yol açan sorunu çözmek için uygun olan diğer genel tedbirleri almaktır (bk. yukarıda 414. paragraf; ayrıca bk. gerekli değişikliklerin uygulanması koşuluyla, *Guðmundur Andri Ástráðsson/İzlanda* [BD], no. 26374/18, § 314, 1 Aralık 2020). Bilhassa, yerel mahkemelerin, mevcut kararda yorumlandığı ve uygulandığı şekliyle ilgili Sözleşme standartlarını gerekli şekilde dikkate almaları gerekmektedir. Mahkeme bu bağlamda, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş uluslararası anlaşmaların kanun hükmünde olduğu ve bunların anayasaya uygunluğuna itiraz için Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı şeklindeki Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 90 § 5 maddesi uyarınca, Sözleşme’nin 46. maddesinin Türkiye’de anayasal bir kural hükmünde olduğunun altını çizmektedir (bk. yukarıda 141. paragraf).

B. Sözleşme’nin 41. maddesi

419. Sözleşme’nin 41. maddesi aşağıdaki gibidir:

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

1. Tazminat

420. Başvuran, tutukluluğu nedeniyle uğradığı gelir kaybının yanı sıra, yakınlarının kendisini ziyaret etmek için yaptığı seyahat masrafları da dâhil olmak üzere, tutukluluğuyla ilgili masrafları göz önünde bulundurarak, maddi tazminat olarak 50.000 avro talep etmiştir. Ancak, bu iddialarını destekleyecek herhangi bir belge sunmamıştır. Başvuran, ayrıca, 50.000 avro manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

421. Hükümet, iddia edilen Sözleşme ihlalleri ile başvuranın uğradığını iddia ettiği zararlar arasında bir illiyet bağı bulunmadığını ve talebin dayanaktan yoksun olduğunu değerlendirmiştir. Manevi tazminata ilişkin olarak Hükümet, talebin benzer şekilde dayanaktan yoksun ve aşırı olduğunu ileri sürmüştür.

422. Mahkeme, adil tazmin yoluyla başvuranlara bir miktar para ödenmesinin asli görevlerinden biri olmadığını, ancak Sözleşme'nin 19. maddesi uyarınca Devletlerin Sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerine uymalarını sağlama görevinin bir parçası olduğunu yinelemektedir (bk. *Nagmetov/Rusya* [BD], no. 35589/08, § 64, 30 Mart 2017). “Adil” sıfatının ve “gerekirse” ifadesinin de gösterdiği üzere, Mahkeme bu yetkiyi kullanırken belirli bir takdir yetkisine sahiptir (bk. *Molla Sali/Yunanistan* (adil tazmin) [BD], no. 20452/14, § 32, 18 Haziran 2020, ve bu kapsamda anılan diğer kararlar). Mahkeme, koşullara bağlı olarak, bir ihlal tespitinin yeterli adil tatmin oluşturduğuna karar vererek ilgili taleplerin reddedebilir (bk. yukarıda anılan *Nagmetov*, § 70 ve bu kapsamda anılan diğer kararlar).

423. Mahkemenin özellikle manevi zararın adil bir şekilde karşılanmasına ilişkin yol gösterici ilkesi hakkaniyettir; bu ilke, esneklik içeren ve sadece başvuranın durumunu değil aynı zamanda ihlalin meydana geldiği bağlamın bütünü de dâhil olmak üzere davanın tüm koşullarında haklı, adil ve makul olanın tarafsız bir şekilde değerlendirilmesini içerir (bk. *Varnava ve Diğerleri/Türkiye* [BD], no. 16064/90 ve diğer 8 başvuru, § 224, AİHM 2009;

Al-Jedda/Birleşik Krallık [BD], no. 27021/08, § 114, AİHM 2011; ve yukarıda anılan *Nagmetov*, § 73).

424. Başvuranın maddi zarara ilişkin iddialarına dönecek olursak, Mahkeme, yerleşik içtihadına göre, başvuranların bu tür bir zararın iddia konusu ihlallerden kaynaklandığını göstermeleri ve iddialarını desteklemek için belge sunmaları gerektiğini kaydetmektedir (bk. örneğin, yukarıda anılan *Selahattin Demirtaş*, § 447). Mahkeme, başvuranın 27 Temmuz 2016 tarihinde -yani tutuklanmasından yaklaşık iki ay önce- FETÖ/PDY ile bağlantılı olduğu şüphesiyle 672 sayılı KHK ile işinden ihraç edildiğini gözlemlemektedir (bk. yukarıda 24. paragraf). Mahkeme ayrıca, mevcut kararda tespit edilen ihlallerin başvuranın mahkûmiyetine ilişkin olduğunu ve işten çıkarılmasıyla ilgili olmadığını not etmektedir. Bu koşullar altında, Mahkeme, bu ihlaller ile şikâyet konusu maddi zarar arasında bir illiyet bağı bulunmadığını tespit etmektedir. Ayrıca, hapsedilme süresince kazanç kaybına ilişkin iddialar da spekülatiftir. Bu nedenle, başvuranın maddi tazminat talebini reddetmektedir.

425. Manevi zararlarla ilgili olarak, Mahkeme, başvuranın tespit edilen ihlaller nedeniyle bazı sıkıntı ve kaygılara maruz kalmış olabileceğini kabul etmektedir. Ancak bununla birlikte, 46. madde kapsamındaki tespitleri çerçevesinde belirtildiği üzere, başvuranın CMK'nın 311 § 1 (f) maddesi uyarınca, işbu kararın ardından iç hukuktaki yargılamaların yeniden başlatılmasını sağlama imkânına sahip olduğunu ve talep etmesi halinde, mevcut davada söz konusu olan Sözleşme hükümlerinin gerekliliklerine uygun olarak yargılamaların yeniden başlatılmasının ilke olarak en uygun telafi şekli teşkil edeceğini kaydetmektedir. Dolayısıyla Mahkeme, ihlal tespitinin mevcut davada yeterli adil tazmin olarak kabul edilebileceği kanaatindedir ve dolayısıyla başvuranın bu başlık altındaki talebini reddetmektedir.

2. Masraf ve giderler

426. Dava Daire önünde derdest iken başvuran, yerel mahkemeler ve Mahkeme önünde yapmış olduğu masraf ve harcamalar için 10.000 avro talep etmiştir. Bu tutara, 30.000 Türk lirası tutarındaki avukatlık ücreti (söz konusu tarihte yaklaşık 7.650 avroya denk gelmektedir) ile tercüme, posta ve kırtasiye masrafları da dâhildir. Başvuran, iddiasını desteklemek üzere, kendisi ile avukatı Ö. Akıncı arasında imzalanan ve yerel mahkemeler ve Mahkeme önünde temsil edilmesine ilişkin, yukarıda belirtilen 30.000 Türk lirası tutarındaki 17 Mart 2017 tarihli bir avukatlık hizmet sözleşmesi sunmuştur. Ayrıca, yerel mahkemeler önünde yaptığı bazı masraflar için toplam 250 avro tutarında ödeme talimatları ve makbuzlar sunmuştur.

427. Yargı yetkisinin devredilmesinin ardından, başvuran ayrıca, KDV dâhil 7.000 avro masraf ve gider talebinde bulunmuştur; bu meblağ, Büyük Daire önünde avukatlar Heymans ve Vande Lanotte tarafından hukuken temsil edilmesine ilişkin masrafların yanı sıra, 1.000 avro olarak belirtilen duruşmayla ilgili seyahat ve konaklama masraflarını da içermektedir. Başvuran, bu ek talebini desteklemek üzere, Belçika merkezli Van Steenbrugge Advocaten hukuk bürosu tarafından düzenlenen 8 Temmuz 2022 tarihli ve KDV dâhil 7.000 avro tutarında bir “hizmet talebi belgesi” (*verzoek tot provisie*) sunmuştur.

428. Daire önündeki yargılamalar sırasında yapılan masraf ve harcamalara ilişkin taleple ilgili olarak Hükümet, ödeme yapıldığına dair kanıt bulunmaması nedeniyle bu harcamaların zorunlu olarak yapılmadığını iddia etmiştir. Ayrıca, özellikle prosedürün karmaşık olmaması ve ilgili hususların sınırlı sayıda olması göz önüne alındığında, bu rakamlar aşırı derecede yüksekti. Başvuranın Büyük Daire önündeki yargılama masraf ve giderlerine ilişkin talebi konusunda Hükümet, başvuranın, ek masraf ve giderlerin makul bir şekilde yapıldığını gerekçelendirmediğini ve özellikle, Büyük Daire önünde neden üç avukat tarafından temsil edilmesi gerektiğini

ve bunlardan ikisinin neden Belçika’da olması gerektiğini açıklamadığını ileri sürmüştür. Ayrıca, talep ettiği ek masrafları ödemediğini veya ödeme yükümlülüğü altında olduğunu gösteren herhangi bir belge sunmamıştır. Bu nedenlerle Hükümet, Mahkemeyi, başvurana masraf ve harcamalar hususunda herhangi bir meblağ ödenmesine hükmetmemeye davet etmiştir.

429. Mahkemenin içtihadına göre, bir başvuran, ancak masraf ve giderlerin fiilen ve zorunlu olarak yapıldığını ve miktar olarak makul olduğunu belgelendirebildiği takdirde, bunların geri ödenmesi hakkına sahiptir. Mahkeme İç Tüzüğü’nün 60 §§ 2 ve 3 maddesi uyarınca, tüm taleplerin ayrıntılı bir şekilde sunulması gerekmektedir; aksi takdirde Mahkeme talebi kısmen veya tamamen reddedebilir (bk. *Karácsony ve Diğerleri/Macaristan* [BD], no. 42461/13 ve 44357/13, § 189, 17 Mayıs 2016). Bir temsilcinin ücretleri, başvuru sahibinin bunları ödemiş olması veya yasal ya da sözleşmeden doğan bir yükümlülük uyarınca ödemekle yükümlü olması halinde fiilen tahakkuk etmiş sayılır (bk. *Merabishvili/Gürcistan* [BD], no. 72508/13, § 371, 28 Kasım 2017 ve burada anılan diğer davalar). Davada gereken temsilci sayısı ve uygulanan ücretlere gelince, bunlar Mahkeme tarafından masraf ve harcamaların makul bir şekilde yapılıp yapılmadığına ilişkin değerlendirme çerçevesinde dikkate alınan hususlardır (bk. örneğin, *Iatridis/Yunanistan* (adil tazmin) [BD], no. 31107/96, § 55, AİHM 2000-XI).

430. Mevcut davada Mahkeme, başvuranın yerel mahkemeler ve Daire önünde Ö. Akıncı tarafından temsil edilmesi için sunduğu avukatlık hizmet sözleşmesinin, özellikle Hükümet tarafından söz konusu anlaşmanın uygulanabilirliğine itiraz eden herhangi bir argüman sunulmadığı göz önüne alındığında (bk. yukarıda anılan *Merabishvili*, § 371), Ö. Akıncı tarafından talep edilen ücretleri ödemek için yasal bir yükümlülük altında olduğuna dair yeterli kanıt teşkil ettiği kanaatindedir (bk. diğer birçok örneğin yanı sıra, *Toptaniş/Türkiye*, no. 61170/09, §§ 60-62, 30 Ağustos 2016, ve benzer bir tespit için *Bilgen/Türkiye*, no. 1571/07, §§ 104-06, 9 Mart 2021). Mahkeme

ayrıca, özellikle, davanın tebliği sırasında Mahkeme tarafından sorulan karmaşık hukuki sorulara cevaben başvuran tarafından sunulan savunmaların uzunluğu ve ayrıntıları ile Hükümet tarafından sunulan ve başvuran adına önemli miktarda çalışma yapıldığını gösteren aynı derecede hacimli beyanlar dikkate alındığında, talep edilen meblağın aşırı olmadığı kanaatindedir (bk. gerekli değişikliklerin uygulanması koşuluyla, *Kyprianou/Kıbrıs* [BD], no. 73797/01, § 197, AİHM 2005-XIII). Elindeki belgeleri ve içtihadını göz önünde bulunduran Mahkeme, yerel mahkemeler ve Daire önünde yapılan masraflar için başvurana 8.000 avro ödenmesini makul görmektedir.

431. Davanın Büyük Daireye havale edilmesinin ardından yapılan ek masraflarla ilgili olarak Mahkeme, başvuranın Büyük Daire önünde kendisini temsil etmesi için ek avukat atama kararının, davanın karmaşık yapısı göz önüne alındığında haklı görülebileceği kanaatindedir. Bu koşullar altında, elindeki belgeler ve yukarıdaki hususlar göz önünde bulundurulduğunda, Mahkeme, Büyük Daire önündeki yargılamalarla ilgili olarak başvurana talep ettiği meblağın tamamının (7.000 avro) ödenmesinin makul olduğu kanaatindedir.

432. Bu sebeple Mahkeme, masraf ve giderler için başvurana toplam 15.000 avro ödenmesine hükmetmiştir.

3. Gecikme Faizi

433. Mahkeme, gecikme faizinin Avrupa Merkez Bankasının söz konusu dönem için geçerli olan marjinal faiz oranına üç puan eklenmek suretiyle elde edilecek oran üzerinden hesaplanmasını uygun görmektedir.

BU GEREKÇELERLE, MAHKEME,

1. Oy birliğiyle, Sözleşme'nin 7. maddesi kapsamındaki şikâyetin, mahkûmiyete dayanak teşkil eden delillerle ilgili olarak savunma haklarına ilişkin Sözleşme'nin 6 § 1 maddesi kapsamındaki şikâyetin ve

Sözleşme'nin 11. maddesi kapsamındaki şikâyetin *kabul edilebilir olduğuna*;

2. Altıya karşı on bir oyla, Sözleşme'nin 7. maddesinin *ihlal edildiğine*;
3. Bire karşı on altı oyla, Sözleşme'nin 6 § 1 maddesinin *ihlal edildiğine*;
4. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 11. maddesinin *ihlâl edildiğine*;
5. Bire karşı on altı oyla, Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamındaki diğer şikâyetlerin ve Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamındaki şikâyetin kabul edilebilirliği ve esası hakkında inceleme yapılmasına *gerek olmadığına*;
6. Yediye karşı on oyla, ihlal tespitinin, başvuranın maruz kaldığı manevi zarar açısından tek başına yeterli adil tazmin *teşkil ettiğine*;
7. Üçe karşı on dört oyla;
 - (a) Davalı Devlet tarafından, başvurana, üç ay içerisinde, ödeme tarihindeki döviz kuru üzerinden davalı Devletin para birimine çevrilmek üzere, yansıtılabilecek tüm vergiler hariç olmak üzere, tüm masraf ve giderler karşılığında 15.000 avro (on beş bin avro) *ödenmesine*,
 - (b) Yukarıda bahsi geçen üç aylık sürenin bittiği tarihten itibaren, ödeme gününe kadar, Avrupa Merkez Bankası'nın kısa vadeli kredilere uyguladığı marjinal faiz oranına üç puan eklemek suretiyle elde edilecek oranda, yukarıda bahsedilen meblağlara basit faiz *uygulanmasına*;
8. Yediye karşı on oyla, başvuranın adil tazmin taleplerinin geri kalan kısmının reddedilmesine *karar vermiştir*.

İşbu karar İngilizce ve Fransızca olarak tanzim edilmiş olup; Mahkeme İç Tüzüğü'nün 77 §§ 2 ve 3 maddesi uyarınca 26 Eylül 2023 tarihinde Strazburg'da bulunan İnsan Hakları Binasında gerçekleştirilen açık duruşma sırasında bildirilmiştir.

{signature_p_2}

Abel Campos
Yazı İşleri Müdür Yardımcısı

Síofra O'Leary
Başkan

Sözleşme'nin 45 § 2 ve Mahkeme İç Tüzüğü'nün 74 § 2 maddesi uyarınca, bu karara, aşağıda yer alan ayrık görüşler eklenmiştir:

- (a) Hâkim Schembri Orland'ın Hâkimler Pastor Vilanova ve Šimáčková tarafından da kabul edilen kısmi muhalif görüşü;
- (b) Hâkimler Krenc ve Sârcu'nun kısmen muhalif müşterek beyanı;
- (c) Hâkim Serghides'in kısmi mutabık, kısmi muhalif görüşü;
- (d) Hâkimler Ravarani, Bårdsen, Chanturia, Jelić, Felici ve Yüksel'in müşterek ve kısmi muhalif görüşü;
- (e) Hâkim Felici'nin kısmi muhalif görüşü;
- (f) Hâkim Yüksel'in kısmi muhalif, kısmi mutabık görüşü.

S.O.L.

A.C.

HÂKİM SCHEMBRI ORLAND TARAFINDAN SUNULAN,
HÂKİM PASTOR VILANOVA VE HÂKİM
ŠIMÁČKOVÁ’NIN DA KATILDIĞI KISMİ MUHALEFET
ŞERHİ

1. Bu dava, başvuranın silahlı terör örgütüne, yani Türk makamlarının “FETÖ/PDY” (“Fetullahçı Terör Örgütü/Paralel Devlet Yapılanması”) olarak tanımladığı ve 15 Temmuz 2016 tarihinde Türkiye’de meydana gelen darbe girişiminin sorumluluğunu isnat ettiği gruba üye olma suçundan cezaya mahkûm edilmesiyle ilgilidir. Bu mahkûmiyet kararı, belirleyici ölçüde, başvuranın “ByLock” adı verilen şifreli bir mesajlaşma uygulamasını kullandığı tespitine dayandırılmıştır, zira ulusal mahkemeler, bu uygulamanın yalnızca FETÖ/PDY üyelerinin kullanımına yönelik olarak tasarlandığı kanaatine varmıştır. Başvuran aleyhinde ileri sürülen diğer unsurlar arasında, Bank Asya’da bulunan bir hesabı kullanması ve FETÖ/PDY ile iltisaklı olduğu düşünülen bir sendika ve derneğe üyeliği yer almaktadır. Başvuran, bu fiillerden suçlu bulunmuş ve altı yıl, üç ay hapis cezasına mahkûm edilmiştir.

2. Büyük Daire, oy çokluğuyla, Sözleşme’nin 7. maddesi ve 6. maddesinin 1. fıkrasının ve oy birliğiyle, Sözleşme’nin 11. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Başvuranın maddi tazminat talebinin reddedilmesi kararı da dâhil olmak üzere bu tespitlere katılsak da, meslektaşlarımızın kanaatine saygı duyarak, başvuran tarafından manevi tazminat bağlamında sunulan talebin reddedilmesi konusunda karşı oy kullandık (bk. kararın hüküm kısmının 6. maddesi ve kararın 425. paragrafı). Çoğunluk, ihlal tespitinin, başvuranın maruz kalmış olabileceği her türlü manevi zarar için tek başına yeterli bir adil tazmin sağladığı sonucuna varmıştır.

3. Biz, bir ihlal tespiti, Mahkemenin, Sözleşme'nin 41. maddesi bağlamında zarar gören tarafa maddi tazminat ödenmesinden muaf tutması için tek başına yeterli olmayabileceği ilkesinden hareket ediyoruz. Bu madde, diğer ön koşulları, yani Yüksek Sözleşmeci Tarafın iç hukukunun, tespit edilen ihlalin sonuçlarının yalnızca kısmi şekilde telafi edilmesine izin verdiği ve bu tür bir tazminatın verilmesi gerektiği koşulları belirlemektedir.

4. Somut olayda Mahkeme, *Nagmetov/Rusya* ([BD], no. 35589/08, § 64, 30 Mart 2017) davasında verdiği karara dayanarak ve başvurana adil tazmin bağlamında maddi bir tazminat ödenmesinin, “başlıca görevler[in]e dâhil olmadığı”, “Devletlerin Sözleşme'den doğan yükümlülüklerine uymalarını sağlamayı öngören Sözleşme'nin 19. maddesi kapsamındaki görevi bakımından arızı bir görev olduğu” kanaatine vararak bu sonuca varmıştır. Mahkeme ayrıca, Sözleşme'nin 41. maddesinde yer alan “adil” sıfatı ve “uygun olduğu takdirde” ifadesiyle kanıtlandığı üzere, bu yetkinin kullanımında sahip olduğu takdir özgürlüğüne atıfta bulunmuştur (kararın 422. paragrafı).

5. Her ne kadar Sözleşme'nin 41. maddesiyle kendisine verilen bu yetki takdire bağlı olsa da, yine de bu davada bireysel bir adil tazminin verilmiş olması gerektiği kanaatindeyiz. Başvuranın, Sözleşme'nin söz konusu maddelerinin ihlali nedeniyle manevi zarara uğradığına dair (kararın, Mahkemenin “tespit edilen ihlallerin başvuran açısından sıkıntı ve endişe kaynağı olmuş olabileceğini” kabul ettiği 425. paragrafı) veya ihlal ile zarar arasında bir illiyet bağının varlığı konusunda herhangi bir şüphe bulunmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Buradaki sorun, maruz kalınan ihlaller için tazminat ödenmesinin reddedilmesiyle ilgilidir. Aşağıda daha ayrıntılı olarak açıklandığı gibi, başvuranın maruz kaldığı ihlallerin ciddiyeti, bizim görüşümüze göre, bu tür bir tazminatın ödenmesine karar verilmesinde zorlayıcı bir husus teşkil etmelidir.

6. Öncelikle, Sözleşme'nin 41. maddesinin, *adil tazminat* kavramıyla değil, *adil tazmin* kavramıyla ilgili olması, adil tazmin kisvesi altında bir

tazminat ödenmesini bertaraf etmez; aksine, bu madde, bunun yerine telafi edici tazminat da dâhil olmak üzere diğer etkili bireysel telafi biçimlerine başvurma imkânı sunar. Diğer taraftan, Mahkeme içtihatları, manevi zararın telafi edilmesi için maddi tazminat verilmesine ilişkin davalarla doludur. Mahkeme bazen zararın kamuya açık bir şekilde kabul edilmesinin, tek başına yeterli olduğuna karar vermiştir. Mevcut davada Mahkeme, ilgili kişi talep etmişse, ceza yargılamasının yenilenmesinin, tespit edilen ihlallere son vermenin ve bu ihlallerin sonuçlarının başvuran açısından ortadan kaldırılmasının en uygun yolu teşkil edeceğini belirtmiştir. Bu imkân, Türk hukukunda zaten bulunmaktadır¹ ve bu türden bir tedbire başvurulması, bu davada verilen kararın kaçınılmaz bir sonucu olacaktır. Bu davada tespit edilen Sözleşme'nin 7 ve 6. maddelerinin ihlaline ilişkin gerekli sonuçlar çıkaran Büyük Daire, aynı zamanda Sözleşme'nin 46. maddesi bağlamında, başvuranla aynı muameleyi gören kişilerle ilgili olarak alınması gereken uygun tedbirlere ilişkin genel tavsiyelerde bulunmuştur (kararın 418. paragrafıyla birlikte 414. paragrafı).

7. Kolektif telafinin yanı sıra bireysel telafinin de insan haklarının merkezinde yer aldığına inanıyoruz. İnsan hakları ihlallerinden kaynaklanan zararlar, çoğunlukla manevi zarardır. Somut davayla özellikle ilgili olan durum, insan onuruna yapılan saldırı, Devlet kurumlarına duyulan güvenin kaybı, hapis, sansür, aile üyelerinden ayrılma sonrası yaşanan ruhsal ve fiziksel acılar ve tazminat ödenmesini gerektiren diğer zarar şekillerinin yol açtığı travma, kaygı ve öfkedir (örneğin bk. *Varnava ve Diğerleri/Türkiye* [BD], no. 16064/90 ve diğer 8 başvuru, § 224, AİHM 2009). Her ne kadar tanım gereği, para hiçbir zaman manevi zararı telafi edemese de, çoğu hukuk sistemi ve hukuki belge, özellikle de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, bu tür zarara uğrayan kişilere maddi tazminat ödenmesine olanak sağlamaktadır.

¹Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 311. maddesinin 1. fıkrasının f) bendi.

8. *Yüksel Yalçinkaya* davasında Mahkemeye, Sözleşme'nin 34. maddesi bağlamında bireysel başvuruda bulunulmuştur ve Mahkeme, Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının ihlaline ilişkin olarak neredeyse oy birliğiyle ve Sözleşme'nin 7. maddesinin ihlaline ilişkin olarak önemli bir çoğunlukla birçok ihlal tespitinde bulunmuştur. Yargılamanın yenilenmesi olanağı, suçun tanınmasına ve başvuran hakkında verilen ve Sözleşme'nin 11. maddesine ek olarak 7. maddesi ve 6. maddesinin 1. fıkrasına aykırı olarak uygunsuz bir şekilde, suçu oluşturan kasıtlı unsurun herhangi bir nitelendirmesi yapılmaksızın Bylock uygulamasının kullanımına dayandırılan mahkûmiyet kararına etkili bir yanıt teşkil edecektir. Bununla birlikte, yargılamanın yenilenmesi olanağı, davanın ivedilikle, hızlı ve kesin bir şekilde sonuçlanacağını mutlak suretle güvence altına almaz ve yargılamanın yenilenmesi başvuranın bugüne kadar yaşadığı sıkıntı ve kaygıyı büyük ölçüde ortadan kaldırmayacaktır.

9. Ulusal mahkemeler tarafından silahlı terör örgütüne üyelik suçunun nitelendirilmesi için Bylock uygulamasının kullanımına belirleyici bir önem verilmesinin, Mahkeme açısından benzeri görülmemiş bir durum olmadığını tespit etmekteyiz. Mahkeme daha önce birçok defa, Türkiye mahkemelerinin, bu uygulamanın kullanımını, bir suçun işlenmesinden “şüphelenmek için makul nedenlerin” varlığına ilişkin olarak bu hükümlerin getirdiği koşulun yerine getirilmesinde belirleyici unsur olarak değerlendirdiklerinde, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının ve 5. maddesinin 3. fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmıştır (örneğin bk. *Akgün/Türkiye*, no. 19699/18, § 173, 20 Temmuz 2021). Dolayısıyla başvuran, Türk ulusal mahkemelerinin sistematik bir şekilde benimsediği bu kusurlu muhakemenin tek mağduru değildir. Bu suçun işlendiğine dair basit bir şüphe oluşturmak için yeterli olduğu kanaatine varılmayan bu muhakeme, daha sonra daha ağır bir ceza verilebilecek ciddi bir suç için verilecek mahkûmiyet kararını dayandırmak için belirleyici bir temel olarak kullanılmıştır.

10. Dolayısıyla konu, sadece, sonucu hakkında spekülasyon yapmanın imkânsız olduğu ceza yargılamalarının yenilenmesi meselesi değildir. Davanın hakkaniyete uygun şekilde görülmesini sağlamak için, yargılamanın yenilenmesi, birkaç örnek vermek gerekirse, delil unsurları arasında doğru bir denge gözetilmemesinden, delil unsurlarının yetersizliklerinden ve hatta çapraz incelemeye tabi tutulmalarının reddedilmesinden kaynaklanan usuli güvencelerin eksikliğinin telafi edilmesini sağlayacaktır. Bununla birlikte buradaki sorun, başvuran hakkında verilen mahkûmiyet kararında, isnat edilen suçun manevi unsuru olan *kastın (mens rea)*, kanunun özel olarak gerektirdiği şekilde dikkate alınmamasından kaynaklanmaktadır. Söz konusu ihlal, sadece bir adil yargılanma sorunu teşkil etmemektedir: hukukun üstünlüğü ilkesinin özüne ve bunun sonucunda başvuranda bunun yol açtığı acı verici adaletsizlik duygusuna kadar giden bir ihlaldir.

11. Silahlı terör örgütüne üye olma suçundan gerçekleştirilen yakalama, tutuklama, kovuşturma işlemlerinin ve bu bağlamda verilen mahkûmiyet kararlarının belirleyici şekilde Bylock uygulamasına dayandırılmasının, ulusal mahkemeleri etkileyen sistematik bir sorunun varlığını ortaya koyduğu doğrudur. Aslında 8.000’den fazla benzer başvuru Mahkeme önünde derdesttir (kararın 414. paragrafı). Bununla birlikte, derdest başvuruların sayısının ve birçok tazminat ödenmesine hükmedilmesinin davalı Devlet açısından doğuracağı sonuçların farkında olsak da, bu koşullar, davası hâlihazırda Mahkeme önünde görülen başvurayı, maruz kaldığı ihlallerin ciddiyeti ile orantılı olarak bireysel tazminat alma hakkından mahrum bırakmamalıdır. Eğer maruz kaldığı üzüntü ve sıkıntıların adil bir şekilde tanınmasından mahrum kalacaksa, bir dizi davada böyle olan ilk kişi olması onun için bir teselli değildir. Sözleşme’nin 41. maddesinin bu kadar kısıtlayıcı bir şekilde yorumlanması, manevi zarara ilişkin tazminatın adaletin sınırına bırakılması tehlikesini doğurmaktadır. Sözleşme’nin 41. maddesinin takdir yetkisi uyarınca maddi tazminata hükmedilmesi ile yargılamanın yenilenmesi mutlaka birbirini bertaraf eden nitelikte değildir. Tazminat, zarar

gören kişilerin menfaatlerine hizmet eder; tazminatla, sistemik reforma bağlı olabilecek herhangi bir kolektif menfaatin karşılanması veya genel olarak insan haklarına saygının daha etkili hale getirilmesi amaçlanmamaktadır.

12. Aksine, manevi zarar için bir tazminata hükmedilmesi, Mahkemeye, gerektiği takdirde zarar gören tarafa, kendisinin uygun bulduğu tazminatın ödenmesine karar verme yetkisi veren Sözleşme'nin 41. maddesinde öngörülmüştür. Büyük Daire, *Selahattin Demirtaş/Türkiye (no. 2)* ([BD], no. 14305/17, 22 Aralık 2020) kararında, davalı Devlete, başvuranın serbest bırakılmasına dayanan özel bir bireysel tedbir almasını belirtirken, ayrıca başvuranın uğradığı manevi zarar için tazminat ödenmesine karar vermiştir. Büyük Daire bu bağlamda, başvurana, kendisi tarafından tespit edilen ciddi ve çoklu Sözleşme ihlallerinin yol açtığı belirli ve kayda değer zarar bakımından 25.000 avro (EUR) ödenmesine hükmetmiştir (*ibid.* 449. paragraf).

13. Mevcut davada, çoğunluk, *Nagmetov* (yukarıda anılan) davasına da dayanarak, söz konusu kararda bildirilen ve görev alanına giren “Sözleşme’nin 34. maddesi uyarınca yapılan başvurularla ilgili olarak, zarar gören tarafın Sözleşme ve Protokollerine ilişkin hak ve özgürlüklerinin ihlallerini kabul ederek ve gerektiği takdirde, adil tazmin sağlayarak her davada adaleti sağlama” ilkesini göz ardı etmiştir (*ibid.* 64. paragraf). Mahkeme, yine bu kararda spesifik olarak sunulmamış bir adil tazmin talebi için maddi tazminat ödenmesine hükmetmiştir. Nitekim Mahkeme, birçok karara atıfta bulunarak, “birkaç ender durumda (...), incelenen davaların istisnai koşullarını, örneğin ihlal edilen hak veya özgürlüğün mutlak veya temel niteliğini dikkate alarak, Talebin sunulmamış olmasına veya geç sunulmuş olmasına rağmen, manevi zarar için tazminat ödenmesinin gerekli olduğuna hükmettiğini” hatırlatmıştır. Mahkeme ayrıca, yine *Nagmetov* kararında, aşağıdaki hususları bildirmiştir (*ibid.* 69. paragraf, kalın karakterle yazılmış):

“(…) 8. maddeyle ilgili bir davada Mahkeme, Mahkeme İç Tüzüğü’nün 39. maddesine dayanarak, davalı Devletin, fiil ehliyetinden tamamen yoksun olan ve iç hukuka göre kendi yasal temsilcisini seçme hakkına sahip olmayan başvuran adına bir temsilci ataması gerektiğine karar vermiştir. Daha sonra bu şekilde atanan temsilcinin adil tazmin talebinde bulunamadığı ortaya çıktığında, Mahkeme, kızının evlat edinilmesiyle sonuçlanan dava sonucunda **başvuranın yaşamış olması muhtemel travma, ıstırap ve adaletsizlik duygusunu** dikkate alarak, başvurana, manevi tazminat ödenmesine hükmetmiştir (X/Hırvatistan, no. 11223/04, §§ 61-63, 17 Temmuz 2008). ”

14. Mahkeme, manevi zarar için adil tazminle ilgili olarak, belirli bir esneklik ile davanın tüm koşullarını, yani sadece başvuranın durumunu değil, aynı zamanda ihlalin gerçekleştiği genel bağlamı dikkate alarak adil, hakkaniyete uygun ve makul olanın objektif bir incelemesini içeren hakkaniyet ilkesinin kendisine yol gösterdiğini vurgulamıştır (bk. yukarıda anılan *Varnava ve Diğerleri*, § 224). Mahkemenin manevi tazminata ilişkin kararları, temel bir insan hakkının ihlali sonucunda manevi bir zararın meydana geldiği gerçeğinin tanınmasına hizmet etmekte ve zararın ciddiyetini en geniş anlamda yansıtmaktadır (a.g.e.). Mahkeme, manevi zarar için ödenmesine hükmettiği tazminatın, “temel bir hakkın ihlalinin manevi zarara yol açığının tanınmasını amaçladığını ve bu zararın ciddiyetinin en geniş anlamda yansıtılacak şekilde ölçüldüğünü” açıklamıştır. “Bunlar başvurana, lehine olacak şekilde, ilgili Sözleşmeciler Tarafın zararına mali rahatlık veya zenginleşme sağlama amacı taşımaz ve taşınamalıdır” (*ibid.*).

15. Sonuç olarak, Sözleşme’nin 7. maddesinin ve 6. maddesinin 1. fıkrasının yanı sıra Sözleşme’nin 11. maddesinin ihlal edildiğine ilişkin tespitlerin, Türkiye’de çözülmesi gereken sistemik bir sorunun önemli bir şekilde kabul edildiğini gösterdiği kanaatindeyiz. Bununla birlikte, bu tespitler başvuranın uğradığı manevi zarara ilişkin adil tazmin talebinin reddedilmesini tek başına haklı gösteremez. Yukarıda bahsedilen sistemik sorunun çözümü, Bakanlar Komitesi ile davalı Devletin koordinasyon halinde hareket etmesini gerektirmektedir. Bu bağlamda Büyük Daire, burada, özellikle Sözleşme’nin 7. maddesinin iç hukukun kapsamlı

yorumlarına uygulanabilirliğini ve 6. maddesinin 1. fıkrasıyla etkileşimini tanımlayan önemli bir karar vermektedir. Bununla birlikte, mevcut davanın bağlamı ve koşulları dikkate alındığında, Mahkemenin vardığı sonuçların aynı zamanda manevi zarar için maddi tazminat şeklinde bireysel bir telafi gerektirdiğini şiddetle teyit ediyoruz.

HÂKİM KRENC VE HÂKİM SÂRCU’NUN MÜŞTEREK KISMÎ MUHALEFET BEYANI

Bu karar kapsamında, Sözleşme’nin ihlal edildiğine ilişkin tespitlerin içeriğini dikkate alarak, bu tespitlerin, başvuranın maruz kaldığı manevi zarar için tek başına yeterli bir adil tazmin teşkil ettiği kanaatine varamayız.

HÂKİM SERGHIDES'İN KISMİ MUTABIK VE KISMİ MUHALİF GÖRÜŞÜ

Giriş

1. Kararın giriş kısmında belirtildiği gibi, bu dava, başvuranın silahlı terör örgütüne, yani Türk makamlarının “FETÖ/PDY” (“Fetullahçı Terör Örgütü/Paralel Devlet Yapılanması”) olarak tanımladığı ve 15 Temmuz 2016 tarihinde Türkiye’de meydana gelen darbe teşebbüsünün sorumluluğunu isnat ettiği örgüte üye olma suçundan cezaya mahkûm edilmesiyle ilgilidir. Bu mahkûmiyet kararı, belirleyici ölçüde, başvuranın “ByLock” adı verilen şifreli bir mesajlaşma uygulamasını kullandığı tespitine dayandırılmıştır, zira ulusal mahkemeler, bu uygulamanın yalnızca FETÖ/PDY üyelerinin kullanımına yönelik olarak tasarlandığı kanaatine varmıştır. Başvuran aleyhinde ileri sürülen diğer unsurlar arasında, Bank Asya’da bulunan bir hesabı kullanması ve FETÖ/PDY ile iltisaklı olduğu düşünülen bir sendika ve derneğe üyeliği yer almaktadır. Altı yıl üç ay hapis cezasına mahkûm edilen başvuran (bk. kararın 63. paragrafı), Mahkeme önünde yargılanmasının ve cezaya mahkûm edilmesinin, Sözleşme’nin 6, 7, 8 ve 11. maddelerini ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

2. Kararın hüküm kısmının 1, 2, 3, 4 ve 7. paragrafları lehinde oy kullanmış olsam da yine de diğerleri, yani 5, 6 ve 8. maddeler aleyhinde oy kullandım. Özellikle a) “Sözleşme’nin 6. maddesi kapsamındaki diğer şikâyetlerin ve Sözleşme’nin 8. maddesi kapsamındaki şikâyetin kabul edilebilirliği ve esası hakkında inceleme yapılmasına gerek olmadığı” (hüküm kısmının 5. paragrafı), b) “ihlalin tespitinin, başvuranın maruz kaldığı manevi zarar açısından tek başına yeterli adil tazmin teşkil ettiği” (hüküm kısmının 6. paragrafı) ve c) “adil tazmin taleplerinin geri kalan

kısımının reddedilmesi” gerektiği (hüküm kısmının 8. paragrafı) sonuçlarına, çoğunluğa tamamen saygı duymakla birlikte, katılmıyorum.

3. Son olarak, aşağıda açıklayacağım sebeplerle, kararın, Sözleşme’nin 6 § 1 maddesinin ihlal edildiği sonucuna katılıyorum (bk. kararın 346 ve 356. paragrafları ve hüküm kısmının 3. paragrafı).

1. Sözleşme’nin 6. maddesinin 1. fıkrasının ihlal edildiği tespiti katılmamın sebepleri

4. Mahkemenin kararından vardığı kanaat gibi, Sözleşme’nin 6. maddesinin 1. fıkrasının, ceza yargılaması bağlamında, ulusal mahkemelerin kovuşturma makamları ile başvuran arasında birbiriyle bağlantılı olduğunu düşündüğüm iki güvence olan silahların eşitliği ilkesine ve çekişmeli yargılama ilkesine riayet etmemiş olmaları nedeniyle ihlal edildiği kanaatindeyim.

5. Bununla birlikte, Mahkemenin kararına katılamam, zira Mahkeme, silahların eşitliği ve çekişmeli yargılama ilkesinin ihlallerini dengeleyebilecek ve böylece başvurana karşı yürütülen yargılamanın genel olarak adil olmasını sağlayabilecek yeterli veya uygun güvencelerin bulunup bulunmadığını doğrulamaya çalışmaktadır (330. paragraf ve devamı); ancak Mahkeme, bu tür güvencelerin bulunmadığını tespit ettikten sonra (341 ve 345. paragraflar) yargılamanın genel olarak adil olmadığı ve dolayısıyla Sözleşme’nin 6. maddesinin 1. fıkrasının ihlal edildiği (346. paragraf) sonucuna varmıştır. Parantez içinde belirtmek gerekmektedir ki karar, başvuran tarafından iddia edilen bütün güvence eksikliklerini inceleyecek bir bütün olarak yargılamanın analizini içermemekte, yalnızca söz konusu şikâyetle ilgili olarak ve 345. paragrafta özetlenenler de dâhil olmak üzere, bu şikâyete yanıt verebilecek bütün teminatlarla ilgili olarak yargılamanın genel adilliğine ilişkin bir inceleme sunmaktadır.

6. Kendi adıma, buna karşın, silahların eşitliği ve çekişmeli yargılama ilkesinin oluşturduğu güvencelere yönelik olan ve esasen başvuranın suçlu bulunmasına ve mahkûm edilmesine dayanak oluşturan ilgili verilere ve delillere erişiminin engellenmesinden kaynaklanan ihlalin, tek başına yargılamayı adil olmamakla lekelediği ve dolayısıyla yukarıda belirtilen güvencelerin yokluğunu dengeleyebilecek yeterli korumaların bulunup bulunmadığının incelenmesine gerek kalmaksızın, Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının ihlaliyle sonuçlandığı kanaatindeyim.

7. Bana göre, *burada korumanın başarısız olmasına karşı bir koruma olamaz*. Somut olayda, Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen koruma veya güvencelerin, yani adil yargılanma hakkının temel bileşenleri veya unsurları olan silahların eşitliği ve çekişmeli yargılama ilkesinin bulunmamasına karşı bir koruma sağlanamaz. Bu iki güvenceyi nasıl anladığımı, incelememi tekrarlamadan değinmekle yetineceğim *Regner/Çek Cumhuriyeti* ([BD], no. 35289/11, 19 Eylül 2017) kararının ekinde yer alan kısmi muhalefet şerhimde açıklama fırsatı buldum.

8. Burada ifade ettiğim pozisyon, aynı zamanda Mahkemenin 6. maddesinin 1. fıkrasındaki belirli güvencelere ilişkin içtihatlarında da dayanak bulabilir. Mahkemenin, söz konusu güvencelerin mevcut olmaması durumunda dengeleyici güvenceler aramadığı – her ne kadar silahların eşitliği ve çekişmeli yargılama güvenceleri dâhil olmasa da – en az dört güvence sayabilirim: bunlar, “kanunla kurulmuş bir mahkemenin”, “bağımsız bir mahkemenin” ve “tarafsız bir mahkemenin” gerekliliği olan üç açık kurumsal güvencenin yanı sıra, örtülü bir güvence olan işkence yoluyla elde edilen delillerin kullanılmaması güvencesidir. İlk üç kurumsal güvenceyle ilgili olarak, Mahkemenin uygulaması, bunlardan birinin ihlal edildiğini tespit ettiğinde, Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamındaki diğer şikâyetleri incelemek yerine, söz konusu hükmün ihlal edildiğini tespit ederek yargılamanın adil olmadığı değerlendirmesinde bulunmaktadır (kanunla kurulan bir mahkemenin

varlığıyla ilgili olarak bk. *Guðmundur Andri Ástráðsson/İzlanda* [BD], no. 26374/18, § 295 ve bu kararın hüküm kısmının 2. maddesi, 1 Aralık 2020; bağımsız bir mahkeme ve tarafsız bir mahkeme gerekliliğiyle ilgili olarak bk. *Ergin/Türkiye* (no. 6), no. 47533/99, §§ 54-56, 4 Mayıs 2006 ve *Çıraklar/Türkiye*, no. 19601/92, §§ 40-41, 28 Ekim 1998)¹. Mahkeme, işkence yoluyla elde edilen delillerin kullanılmamasına ilişkin güvenceyle ilgili olarak, bu tür delillerin kabul edilmesi sebebiyle Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmaktadır: Mahkeme, sonrasında, söz konusu unsurun kabul edilmesi şüphelinin mahkûm edilmesinde belirleyici bir rol oynamamış olsa dahi, yargılamanın adil olmadığı kanaatine varmakta (bk. *Jalloh/Almanya* [BD], no. 54810/00, §§ 104-105, 1 Haziran 2010)² ve 6. madde uyarınca yapılan diğer şikâyetleri elbette incelememektedir.

9. Bu dört güvenceye ilişkin olarak yukarıda ortaya konulan yaklaşım, bana göre, aynı zamanda silahların eşitliği ve çekişmeli yargılama ilkesinin yanı sıra Sözleşme'nin 6. maddesinin sunduğu diğer güvenceler için de geçerli olmalıdır. Ayrıca, yargılamanın genel olarak adil olması ve bu adillikğin izlenmesi, yalnızca başvurana karşı yürütülen yargılamanın adillikğini sağlamak amacıyla ilgili tüm fiili koşulların değerlendirilmesi gereken bir kriter olarak anlaşılmamalıdır: bunlar, hukukun üstünlüğü ve etkililik ilkesinin gerektirdiği şekilde, hem bir yorum yöntemi hem de bir

¹*Angerjārv ve Greinoman/Estonia* (no. 16358/18 ve 34964/18, 4 Ekim 2022) kararının ekinde yer alan muhalefet şerhinde, bu noktaya ve ayrıca Sözleşme'nin 6. maddesinin güvencelerinin “hiyerarşisine” ve etkililik ilkesine ilişkin daha fazla ayrıntı bulabilirsiniz. Ayrıca bk. Ryan Goss, *Criminal Fair Trial Rights – Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Bloomsbury, Londres, 2016, s. 160-161.

²İşkence yoluyla elde edilen delillerin kullanılmaması yönündeki bu güvence hakkında ayrıca bk. Paul Lemmens, « *The Right to a Fair Trial and its Multiple Manifestations* », in Eva Brems et Janneke Gerards (dir.), *Shaping Rights in the ECHR – The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, s. 294, s. 309.

uluslararası hukuk normu olarak, olası güvenlik önlemleriyle dengeleme yoluyla herhangi bir taviz kabul edilmeden, Sözleşme'nin 6. maddesinin bütün güvencelerine tam olarak saygı gösterilmesini ve sağlanmasını gerektirdiği şeklinde anlaşılmalıdır. Ancak Mahkemenin mevcut uygulamasına ve de mevcut davada benimsediği yaklaşıma yansımayan bu anlayış, pek çok bilim insanının güçlü desteğini almıştır³ ve somut olayda benim benimseyeceğim anlayış da budur. Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının başka bir zımni güvencesine ilişkin bir Daire kararında⁴, aksi anlayışa yönelik tercihim ifade etmiş ve açıklamış olsam da, söz konusu kararda açıkladığım gibi bu güvencenin yokluğunu telafi edebilecek yeterli korumaların bulunup bulunmadığının araştırılmasını içeren Mahkeme

³ Özellikle bk. Yvonne McDermott, *Fairness in International Criminal Trials*, Oxford University Press, Oxford, 2016, s. 36-37, Nikos Vogiatzis, « *Interpreting the Right to Interpretation under Article 6(3)(e) ECHR: A Cautious Evolution in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights* », in *Human Rights Law Review*, 2022, 22, s. 1, 12-14, Ryan Goss, *Criminal Fair Trial Rights – Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Bloomsbury, Londres, 2016, s. 125, Ryan Goss, « *The Undermining of Article 6 ECHR* », in P. Czech, L. Heschl, M. Nowak et G. Oberleitner (dir.), *The European Yearbook on Human Rights*, Intersentia, Cambridge, 2019, s. 295, 298-299, 304, 311-312, Andreas Samartzis, « *Weighing Overall Fairness: A Critique of Balancing under the Criminal Limb of Article 6 of the European Convention on Human Rights* », in *Human Rights Law Review*, 2021, 21, s. 409, 410, Ioannis Sarmas, « *Fair Trial and Search for Truth in the Case Law of the European Court of Human Rights* », in R. Spano, I. Motoc, B. Lubarda, P. Pinto de Albuquerque et M. Tsirli (dir.), *Fair Trial: Regional and International Perspectives*, Liber Amicorum Linos-Alexandre Sicilianos, Anthemis, Wavre, 2020, s. 500, Georgios M. Pikis, *Justice and the Judiciary*, Martinus Nijhoff Publishers, Leyden, 2012, § 145 (s. 63), ve Stefan Trechsel, « *The Character of the Right to a Fair Trial* » in J. Jackson et S. Summers (dir.), *Obstacles to Fairness in Criminal Proceedings – Individual Rights and Institutional Forms*, Hart, Oxford, 2018, s. 19, 25. Ayrıca bk. *Xenofontos ve diğerleri/Kıbrıs* (no. 68725/16 ve diğerleri, 25 Ekim 2022) kararının ekinde yer alan kısmi muhalefet şerhinin 36 ve 37. paragraflarında belirtilen ilgili çeşitli akademik çalışmalar

⁴ Bk. yukarıda 3 no.lu dipnotta atıfta bulunulan *Xenofontos*.

içtihatlarının güncel durumuna bağlı olmam gerektiğini düşündüm. Bununla birlikte, Büyük Daire oluşumunda yer aldığım mevcut davada, Mahkemenin güncel içtihadını takip etmek zorunda olmadığımı düşünüyorum ve bu içtihadın gelecekte “adil yargılanma hakkından hiçbir sapmaya ya da zayıflamaya izin verilmemesi” yönünde gelişmesi umuduyla, tercih ettiğim anlayışı ifade etmekte özgür hissediyorum⁵.

**2. Sözleşme’nin 6. maddesi alanında ileri sürülen diğer şikâyetler ile
Sözleşme’nin 8. maddesi alanında ileri sürülen şikâyetin kabul
edilebilirliği ve esasının incelenmesine gerek olmadığına dair görüş
ayrılığım**

**a) Başvuranın, Sözleşme’nin 6. maddesinin 1. fıkrasıyla güvence altına alınan
bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılanma hakkının ihlaline ilişkin
şikâyeti**

10. Meslektaşlarıma duyduğum saygıyla, çoğunluğun, başvuranın bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılanmadığına ilişkin şikâyetinin kabul edilebilirliği ve esasının incelenmesine gerek olmadığı yönünde vardığı sonuca katılmıyorum. Mahkeme içtihatlarına göre (örneğin bk. yukarıda anılan *Ergin*), Mahkeme her şeyden önce, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından dinlenilme hakkının ihlali iddiasına dayanan bütün şikâyetleri incelemektedir ve böyle bir ihlali tespit etmesi durumunda, Sözleşme’nin 6. maddesi kapsamında ileri sürülmüş olabilecek diğer şikâyetleri incelemeye gerek olmadığını belirtmektedir.

⁵ Bk. yukarıda 3 no.lu dipnotta atıfta bulunulan Voir Pikis, § 145 (s. 63).

11. Kararın 364. paragrafında, Mahkeme, söz konusu şikâyetlerin kabul edilebilirliği ve esası hakkında ayrı bir incelemeyle karar verilmesine gerek olmadığını gerekçelendirmek için şu açıklamayı yapmaktadır:

“Mahkeme, mevcut davanın doğrudan merkezinde yer alan sorunun, Türk mahkemelerinin ByLock unsurlarına ilişkin olarak FETÖ/PDY üyeliği suçundan mahkûmiyet kararı verdiğine dair daha ziyade tek tip ve genel yaklaşımla ilgili olduğu ve bu durumun, Sözleşme’nin 7. maddesi ve 6. maddesinin 1. paragrafının ihlal edildiğine dair tespitlere yol açtığı kanaatindedir.”

Aynı muhakeme, Mahkemenin, ulusal mahkemelerin bağımsızlık ve tarafsızlık güvencelerine ilişkin şikâyetleri incelemekten, Sözleşme’nin 6. maddesinin 1. fıkrası uyarınca yapılan diğer şikâyetleri incelemesini ve bunlara ilişkin karar vermesini kolaylıkla haklı gösterebilir.

12. Bununla birlikte, Mahkemenin öncelikle, başvuranın ulusal mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığına ilişkin şikâyetlerini aşağıdaki nedenlerden dolayı incelemesi gerektiğini düşünüyorum: a) Hükümet, bu şikâyetlerin kabul edilebilirliğine ilişkin bir itirazda bulunmuştur (kararın 360. paragrafı), bu nedenle Mahkemenin bunu dikkate alması ve karara bağlaması gerekirdi; b) ulusal mahkemelerin bağımsızlık ve tarafsızlık güvenceleri kurumsal niteliktedir ve bu güvenceler, “kanunla kurulmuş mahkeme” güvencesi ile birlikte, 6. madde kapsamında korunan diğer bütün güvencelerin varlığının *olmazsa olmaz (sine qua non)* koşullarını oluşturur; c) eğer bu güvenceler (veya bunlardan herhangi biri) eksikse, Mahkeme, diğer korumaların varlığını doğrulamaya veya 6. madde bağlamında sunulan diğer şikâyetleri incelemeye gerek kalmaksızın, otomatik olarak (*per se*) 6. maddenin ihlal edildiği sonucuna varır ve d) Mahkemenin kararında davanın doğrudan merkezinde yer alan sorun olarak gördüğü konu, yukarıda b) bendinde belirtildiği gibi, bağımsız ve tarafsız bir mahkemenin varlığından kaynaklanan veya onun var olduğunu sayan delillerin ve adaletin idaresiyle ilgilidir.

13. Kendi adıma, mahkemelerin bağımsızlığına ve tarafsızlığına ilişkin şikâyetleri inceleyerek başladım ve başvuranın davasına bakan hâkimler önünde bunları dile getirmemiş olması nedeniyle bu şikâyetlerin kabul edilemez olduğunu tespit ettim; ikinci olarak, 6. maddenin 1. fıkrası bağlamında, silahların eşitliği ve çekişmeli yargılama ilkelerinin ihlal edildiği yönündeki şikâyetleri inceledim. Bu şikâyetler kararda incelenmiş ve söz konusu hükmün ihlal edildiğine karar verilmiştir. Mahkeme, kararın 364. paragrafında, başvuran tarafından ileri sürülen argümanların hem ulusal yargılamada hem de kendi önündeki yargılamada, davasının incelenmesine katılan hâkimlere veya davasında ortaya çıkabilecek somut sonuçlara ilişkin herhangi bir spesifik iddia olmaksızın, yargı makamına yönelik genel bir eleştiri içerdiğini gözlemlemektedir (başvuranın bu konudaki argümanları için, bk. kararın 359. paragrafı). Bana göre, Mahkemenin bu görüşü, söz konusu şikâyetlerin kabul edilebilirliklerine ilişkin ayrı bir inceleme teşkil etmektedir ancak bu incelemede eksik olan tek şey, kabul edilemezlik tespitinin açık bir şekilde ifade edilmesidir. Bununla birlikte Mahkeme, 364. paragrafta yer alan görüşten açıkça çıkan sonucu belirtmek yerine, 365. paragrafta bu şikâyetlerin kabul edilebilirliğini ve esasını ayrı ayrı incelemeye gerek olmadığını değerlendirmektedir.

b) Başvuranın, Sözleşme'nin 6. maddesinin 3. fıkrasının c) bendi tarafından güvence altına alınan etkili bir şekilde hukuki yardım alma hakkının ihlal edildiğine ilişkin şikâyeti

14. Sözleşme'nin 6. maddesinin 3. fıkrasının c) bendi kapsamında sunulan söz konusu şikâyetle ilişkin olarak, Mahkemenin, şikâyetin kabul edilebilirliğini ve esasını ayrı ayrı incelemeye gerek olmadığı yönündeki kararına katılıyorum (kararın 367. paragrafı). Nitekim Mahkeme, daha önce ceza yargılamasında diğer bazı güvencelerin, yani silahların eşitliği ve

çekişmeli yargılama ilkesine ilişkin güvencelerin (kararın 356 ve 367. paragrafları) bulunmaması nedeniyle Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının ihlal edildiğine hükmetmiştir; hâlbuki bu güvenceler zımni olsa bile bunların göz ardı edilmesi aynı sonuca, yani Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrası ile ayrıca 6. maddesinin 3. fıkrasının c) bendi tarafından açıkça güvence altına alınan asgari hakkın ihlaline yol açabilir.

15. Ancak, kararın 366. paragrafında yer alan (Mahkemenin içtihadının güncel durumunu yansıtan), Sözleşme'nin 6. maddesinin 3. fıkrasında sıralanan asgari güvencelerin veya hakların tek başlarına bir amaç olmadığı, ancak ceza yargılamasının bir bütün olarak adilliğini korumaya her zaman katkıda bulunma amacı taşıdığı şeklindeki muhakemeye saygıyla katılmıyorum. Naçizane görüşüm, Sözleşme'nin 6. maddesinden kaynaklanan güvencelerin her birinin, adil yargılanma kavramının vazgeçilmez bir unsuru veya bileşeni olduğu ve bunlardan herhangi birini etkileyen herhangi bir eksiklik veya yetersizliğin, yargılamanın adilliğini tamamen yok ettiği'dir. Tevazu ile belirtmek isterim ki, hukukun üstünlüğü ilkesine ve etkililik ilkesine uygun olan bu görüş, yargılamanın genel adilliğinin tercih edilen anlamına ilişkin yukarıda açıkladığım, yani 6. maddenin bütün güvencelerine tam olarak uyulması ve yerine getirilmesine dair görüşü (bu görüşün 7. paragrafı) takip etmektedir. Bununla birlikte, kısaca Mahkemenin, Sözleşme'nin 6. maddesinin 3. fıkrasının c) bendi bağlamındaki şikâyetin kabul edilebilirliğini ve esasını ayrı ayrı incelemenin gerekli olmadığı kanaatinde olması sebebiyle, bu konudaki görüşümü veya bu konuda karara katılmadığımı daha fazla açıklamayacağım.

16. Söz konusu şikâyetin, benim aksime, çoğunluğun kabul edilebilirliğinin veya esasının incelenmesine gerek olmadığını değerlendirdiği diğer şikâyetler arasında, kararın hüküm kısmının 5. paragrafında yer alması nedeniyle, bu konuda lehte oy kullanamadım ve aleyhte oy kullanmak durumunda kaldım.

c) Başvuranın 8. maddeden doğan haklarının ihlal edildiği bağlamındaki şikâyeti

17. Meslektaşlarıma olan tüm saygımla, somut olayın özel koşullarında, başvuran tarafından 8. madde bağlamında ileri sürülen şikâyetin kabul edilebilirliği ve esası hakkında karar verilmesine gerek olmadığı sonucuna katılamıyorum.

18. Başvuran, başvuru formunda, ByLock verilerinin, Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu’nun 6. maddesinin 2. fıkrası ve Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 134 ve 135. maddeleri ihlal edilerek, mahkeme kararı olmaksızın toplanması ve kullanılması nedeniyle, haberleşme özgürlüğüne herhangi bir yasal dayanaktan yoksun bir müdahale sonucunda özel hayatına saygı hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvuran, Mahkeme önündeki görüşlerinde bu hususları tekrarlamış ve ayrıca, Sözleşme’nin 8. maddesinin özünde ihlal edildiği iddiasını İstinaf Mahkemesi önünde, daha sonra Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi önünde açıkça ileri sürdüğünü belirtmiştir. Dolayısıyla başvuran, bu konudaki şikâyetinin kabul edilebilir olduğunu değerlendirmiştir.

19. Başvuran, şikâyetinin esasına ilişkin olarak, görüşlerinde şu argümanları ileri sürmüştür. Başvuran, 8. madde tarafından güvence altına alınan haklara yapılan bir müdahalenin, ancak kanunla öngörülmesi, söz konusu fıkra da sıralanan meşru amaçlardan bir veya daha fazlasını izlemesi ve bu amaca veya amaçlara ulaşmak için demokratik bir toplumda gerekli olması halinde 8. maddenin 2. fıkrası bağlamında haklı gösterilebileceğini ifade etmiştir. Bununla birlikte başvuran, somut olayda bu koşulların açıkça karşılanmadığı kanaatine varmıştır. Başvuran, Milli İstihbarat Teşkilatının ve emniyet birimlerinin, herhangi bir yasal dayanağı olmaksızın yazışmasına saygı gösterilmesi hakkını ihlal ettiğini ve HTS (Historical Traffic Search) kayıtlarının, davası çerçevesinde kullanılmadan önce, yürürlükteki hükümler ihlal edilerek bir yıldan uzun bir süre boyunca saklandığını ileri sürmüştür.

Başvuran, ByLock uygulamasına ilişkin MİT tarafından yürütülen operasyonun tamamen orantısız olduğunu ve tek amacının, herhangi bir ayırım gözetmeksizin, kitlesel ölçekte hassas kişisel veri toplamak olduğunu değerlendirmiştir. Başvuran, bir bütün olarak yargılamanın, MİT tarafından kötüye kullanımlara karşı herhangi bir güvence sağlamadığını eklemiştir. Başvurana göre, yazışmasına saygı gösterilmesi hakkını kullanmasına yapılan müdahale yasa dışı ve açıkça orantısızdı ve sonuç olarak 8. maddeyi ihlal etmiştir. Başvuran, her hâlükârda, sadece sıradan bir iletişim uygulamasının cep telefonuna indirilmesinin (kendisine göre bu temel bir haktır) suç teşkil ettiğinin değerlendirilmesinin kendi başına 8. maddenin ihlali anlamına geldiği kanaatine varmıştır.

20. Başvuran tarafından sunulan oldukça ikna edici bu görüşler ışığında, kararın 372 ve 373. paragraflarında belirtilen, yani davanın 8. maddeye ilişkin yönünün, 6. madde kapsamında ileri sürülenlere göre çevresel bir sorun olduğu ve bu şikâyetin kabul edilebilirliği ve esası hakkında ayrı bir incelemede karar vermeye gerek olmadığı görüşüne katılmıyorum.

21. Sonuç olarak, naçizane görüşüme göre, 8. madde kapsamında ileri sürülen şikâyet kabul edilebilir niteliktedir ve ayrıca, özellikle başvuranın 8. madde ile güvence altına alınan özel hayatına ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkıyla ilgili olarak, bu madde ihlal edilmiştir.

3. Başvurana manevi tazminat bağlamında herhangi bir meblağ ödenmesine hükmedilmemesi ve adil tazmine ilişkin kalan taleplerin reddedilmesi kararına yönelik muhalefet görüşüm

22. Başvuran, manevi tazminat olarak 50.000 avro talep etmiştir (kararın 420. paragrafı), ancak Mahkeme, 425. paragrafta belirtildiği üzere, bu bağlamda kendisine herhangi bir meblağ ödenmemesine karar vermiştir:

“Manevi zararlar ilgili olarak, Mahkeme, başvuranın tespit edilen ihlaller nedeniyle bazı sıkıntı ve kaygılara maruz kalmış olabileceğini kabul etmektedir. Ancak bununla birlikte, 46. madde kapsamındaki tespitleri çerçevesinde belirtildiği üzere, başvuranın CMK’nın 311 § 1 (f) maddesi uyarınca, işbu kararın ardından iç hukuktaki yargılamaların yeniden başlatılmasını sağlama imkânına sahip olduğunu ve talep etmesi halinde, mevcut davada söz konusu olan Sözleşme hükümlerinin gerekliliklerine uygun olarak yargılamaların yeniden başlatılmasının ilke olarak en uygun telafi şekli teşkil edeceğini kaydetmektedir. Dolayısıyla Mahkeme, ihlal tespitinin mevcut davada yeterli adil tazmin olarak kabul edilebileceği kanaatinde ve dolayısıyla başvuranın bu başlık altındaki talebini reddetmektedir.”

23. Mahkeme, hüküm kısmının 6. paragrafında, “ihlal tespitinin, başvuran tarafından maruz kalınmış olabilecek tüm manevi zarar için kendi başına yeterli bir adil tazmin sağladığına” karar vermektedir.

24. Hüküm kısmının 6. paragrafına karşı oy kullanan değerli meslektaşlarım Hâkim Schembri Orland, Hâkim Pastor Vilanova ve Hâkim Šimáčková tarafından sunulan kısmi muhalif görüşü önceden okuma fırsatım oldu. Görüşlerinin neredeyse tamamına katılıyorum ve görüşlerine katılmayı düşündüm, ancak meslektaşlarım tarafından öne sürülen unsurlara bazı önemli hukuki argümanlar ve sorular eklemek üzere görüşlerimi ayrıca ifade etmeye karar verdim. Bu nedenle ve aynı zamanda bu görüşün meslektaşlarımın görüşlerinde ele alınmayan ve katılmadığım ya da katıldığım hususları ele alması nedeniyle, manevi tazminat konusunu da görüşüme dâhil etmeye karar verdim ve bu konuyu hem kavramsal boyutuyla hem de uygulama boyutuyla ele almaya çalışacağım. Söz konusu adil tazmin sorununa ilişkin olarak, iki görüşün büyük ölçüde birbirini tamamlayıcı ve karşılıklı olarak güçlendirici nitelikte olduğu kanaatindeyim.

25. Sözleşme’nin 41. maddesinin, belirtildiği şekliyle, “Sözleşme’nin bir hükmünün ihlal edildiği yönündeki tespit” “zarar gören taraf” için tek başına yeterli bir “adil tazmin” teşkil edebileceği anlamına geldiği şeklinde yorumlanamayacağı, zira “ihlal tespitinin” “adil tazmin” için ön bir koşul oluşturduğu ve Mahkemenin bu iki unsuru eşdeğer tutamayacağı

kanaatindeyim (bk. aynı anlamda, *Grzęda/Polonya* [BD], no. 43572/18, 15 Mart 2022 kararına eklenen, Hâkim Felici ile ortak kısmi muhalefet şerhimin 7. paragrafı ve mevcut davada Hâkim Pastor Vilanova ve Hâkim Šimáčková'nın da katıldığı Hâkim Schembri Orland tarafından sunulan kısmi muhalefet şerhinin 3. paragrafı).

26. Sözleşme'nin 41. maddesi, Mahkemenin adil tazmin kararı ve elbette özellikle manevi tazminat bağlamında adil tazmin kararı verebilmesi için toplu olarak yerine getirilmesi gereken üç koşul ya da kriter ortaya koymaktadır. Bunlar şu şekilde sıralanabilir: a) Mahkeme, Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verir; b) ilgili Yüksek Sözleşmeci Tarafın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldırabilir ve c) Mahkeme, adil tazmin verilmesine gerek olduğuna hükmeder.

27. Mahkeme, somut olayda, 41. maddede ortaya konan ilk koşulu, yani ihlal tespitini incelemekle yetinmekte ve ne yazık ki, herhangi bir gerekçe veya açıklama yapmaksızın, bu koşulun yerine getirilmesinin, tek başına, başvuran tarafından maruz kalınmış olabilecek tüm manevi zarar için yeterli bir adil tazmin teşkil ettiğini değerlendirmektedir. Mahkeme, böylece döngüsel bir muhakeme yapmaktadır: Adil tazmin kararının *olmazsa olmaz* (*sine qua non*) bir koşulu olan ihlal tespiti, adil tazmin kararının kendisi haline gelmektedir. Kanaatimce, 41. maddenin lafzı da amacı da bu yorumu ve uygulamayı haklı çıkaramaz.

28. Buna göre, 41. maddenin Mahkemenin adil tazmin kararı verebilmesi için üç koşulun yerine getirilmesini gerektirmesi nedeniyle, bu koşullardan birinin yerine getirilmesinin tek başına yeterli tazmin teşkil ettiğine karar vermek mantıksal bir hatadır.

29. Üzülerek belirtmeliyim ki, hüküm kısmının 6. paragrafı, 41. maddenin amacının, mevcut davada ihlal edildiği tespit edilen 6, 7 ve 11. maddeler gibi insan haklarını güvence altına alan Sözleşme'nin maddi hükümleriyle ilgili olsa da bu hükümlerin amacıyla aynı olmadığı gerçeğinin gözden kaçırıldığını göstermektedir. Amaçları aynı olsaydı, 41. madde anlamsız olurdu ve saçma sonuçlara yol açardı.

30. Sonuç olarak ve meslektaşlarıma olan tüm saygımla, hüküm kısmının 6. paragrafında belirtilen gerekçe, 41. maddede yasal bir dayanağı olmaması ve davanın esası ile adil tazmin konusunu hatalı bir şekilde birbirine karıştırması nedeniyle geçerli ve meşru bir gerekçe teşkil etmemektedir.

31. Başvurana haklarının ihlal edilmesinin sonucu olarak manevi zarar bağlamında tazminat verilmesine hükmedilmemesi, bana göre, söz konusu hakların korumasını yanıltıcı ve kurgusal hale getirmektir. Bu durum, Sözleşme'nin doğasında bulunan etkililik ilkesinin gerektirdiği gibi, insan haklarının korunmasının teorik ve yanıltıcı değil hem somut hem de etkin olması gerektiğini belirten Mahkemenin içtihadına aykırı olmaktadır (*Artico/İtalya*, 13 Mayıs 1980, §§ 33 ve 47-48, A serisi no. 37). Başvuranın 6, 7, 8 ve 11. maddelerinden doğan haklarının teorik ve yanıltıcı değil, somut ve etkin olabilmesi için, Mahkeme, yalnızca ilgili maddelerin ihlal edildiği sonucuna vararak değil, aynı zamanda 41. madde uyarınca başvurana adil bir maddi tazminat ödenmesine karar vererek, bu maddi hükümleri Sözleşme'nin 41. maddesiyle bağlantılı olarak uygulamalıdır.

32. Yukarıda belirtildiği üzere, 41. maddenin üç koşulunun da toplu olarak karşılanması gerekmektedir. Mahkeme, Sözleşme'nin 6, 7 ve 11. maddelerinin ihlal edildiğine karar verdiğine göre, 41. maddenin ilk koşulunun yerine getirildiği açıktır. Şahsen 8. maddenin de ihlal edildiği sonucuna vardığımı belirtmeliyim.

33. Şimdi 41. madde tarafından ortaya konan ikinci koşulu, yani “Yüksek Sözleşmeci Tarafın iç hukukunun bu ihlalin sonuçlarını ancak [kısmen]

ortadan kaldırabilmesi” koşulunu inceleyelim. Mahkeme, kararın 425. paragrafında, gerekçesini, somut olayda söz konusu olan Sözleşme hükümlerinin gereklerine uygun olarak yargılamaların yenilenmesi olasılığına dayandırmakta ve başvuranın talep etmesi halinde, böyle bir yenilemenin “ilke olarak en uygun telafi şeklini teşkil edeceğini” ileri sürmektedir. Mahkeme, yukarıda alıntılanan ifadelerle, 41. maddenin ikinci koşulunu incelediğini açıkça belirtmese de durumun bu olduğu açıktır. Bununla birlikte, naçizane fikrime göre, yargılamaların yenilenmesi olasılığı, Mahkemeyi bu ikinci koşulun yerine getirildiğini tespit etmekten ve sonuç olarak somut olayda başvurana maddi tazminat bağlamında adil tazmin ödenmesine karar vermekten alıkoymaz. Buna yönelik üç neden görüyorum: a) doğası gereği, yargılamaların yenilenmesi uygun bir telafi şekli olmayabilir; b) yargılamaların yenilenmesi tam tazminat sağlamayabilir ve c) yargılamaların yenilenmesi belirsiz bir tedbirdir (Mahkemenin kendisi de bu belirsizliği yansıtan “olasılık” terimini kullanmaktadır).

34. Yargılamaların yenilenmesi belirsiz bir tedbir teşkil etmektedir; zira somut olayda Mahkeme, aynı kararda, davanın esası ve adil tazmin hakkında karar vermektedir ve dolayısıyla söz konusu tedbiri yürürlüğe girdikten sonra değerlendirme imkânı olmayacaktır. Mahkeme, diğer bir ifadeyle, bu davada, esas hakkındaki kararını verdikten sonra, adil tazmin konusundaki kararını ertelememiştir; hâlbuki adil tazmin konusundaki kararının ertelenmesi, yargılamanın yenilenmesi tedbirinin davalı Devlet tarafından gerçekten alınmış olduğu konusunda ikna olmasını sağlayabilirdi. Ichim’in gözlemlediği gibi: “Hâkimlerin iç hukukun herhangi bir telafiye izin verip vermediğini değerlendirebilmesi için, Devlete bunu kanıtlama imkânı sunması gerekecektir [ki bu da] geçmişte davanın esasına ilişkin ilk kararın ve ardından adil tazmine ilişkin ikinci bir kararın verilmesi uygulamasıyla

kolaylaştırılmıştır.⁶ Yukarıda belirtilenler ışığında ve yargılamaların yenilenmesinin tam tazminat sağlayan uygun bir telafi şekli olduğu varsayılsa bile, Mahkeme, bu tedbirin davalı Devlet tarafından gerçekten alınıp alınmadığını veya alındıysa, başvuranın mevcut kararın konusu olan yargılamalar sırasında çektiği sıkıntı ve kaygıları telafi edip edemeyeceğini tespit edemeyecektir. Dolayısıyla, iç hukuk tam tazminata imkân vermediği için, 41. maddenin ikinci koşulu da yerine getirilmiştir.

35. Mahkeme, kararın 425. paragrafında, yargılamaların yenilenmesi tedbirini belirttikten sonra ve 41. maddenin ilk koşulu üzerinde durmadan, “somut olayda ihlal tespitinin yeterli adil tazmin teşkil ettiği ve sonuç olarak, başvuranın bu bağlamdaki taleplerinin reddedilmesi” sonucuna varmaktadır. Meslektaşlarıma olan tüm saygımla, Mahkeme, bu şekilde karar vererek, Sözleşme’nin 41. maddesinin birinci ve ikinci koşullarını birbirine karıştırmakta ve bunları tek ve aynı koşul olarak ele almaktadır; bununla birlikte, adil tazmini değerlendirirken bu koşullara açıkça atıfta bulunmamaktadır. Her hâlükârda, hüküm kısmının 6. paragrafı, 41. maddenin ilk koşulundan sadece üstü kapalı bir şekilde bahsetmektedir ve her ne kadar “koşul” terimi Mahkeme tarafından bir kez daha kullanılmamış olsa da *kendiliğinden (per se)* manevi tazminat talebinin reddedilmesini gerektirmektedir.

36. 41. madde tarafından ortaya konan üçüncü koşula, yani adil tazmin sağlanması gerekliliğine (gereklilik koşulu) dönüldüğünde, bu koşulun da somut olayda karşılandığı açıktır; zira başvuran, tespit edilen ihlaller nedeniyle sıkıntı ve kaygı yaşamıştır. Daha da önemlisi, söz konusu ihlaller, ciddi niteliktedir ve mutlaka başvuranın bu tür duygu ve üzüntüler yaşamasına neden olmuştur. Ancak, kararın manevi tazminat konusunu ele

⁶ Bk. Octavian Ichim, *Just Satisfaction under the European Convention on Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, s. 67.

alan tek paragrafı olan 425. paragrafında bu koşuldan bahsedilmemektedir. Ayrıca Mahkeme, başvuranın yaşadığı sıkıntı ve kaygıya rağmen, takdir yetkisinin neden başvurana manevi tazminat bağlamında herhangi bir meblağ ödenmesine karar vermesine imkân tanımadığına dair hiçbir gerekçe göstermemektedir. Mahkeme bu koşulu uygulamak istiyorsa, uygulamasında şeffaflık, açıklık ve tutarlılık sağlamak için bunu belirtmeli ve açıkça açıklamalıdır. Mahkeme, yargılamaların yenilenmesinin tam tazminat teşkil ettiği ve sonuç olarak manevi tazminat bağlamında bir meblağ ödenmesine gerek olmadığı kanaatine varırsa, bunu yine açıkça belirtmelidir. Ancak, yukarıda belirtildiği gibi, yargılamanın yenilenmesi 41. maddenin ikinci koşulu açısından hiçbir zaman tam tazminat sağlayamaz. Dahası, belirsiz bir tedbir olan yenileme, Mahkemeye, takdir yetkisi uyarınca, mevcut davada başvurana manevi tazminat bağlamında herhangi bir meblağ ödenmesine karar vermeyi reddetme yetkisi veren bir unsur teşkil edemez.

37. Yukarıda belirttiğim gibi, Sözleşme'nin 6, 7, 8 ve 11. maddeleri tarafından güvence altına alınan haklarının sonucu olarak başvurana manevi zarar bağlamında tazminat verilmesine hükmedilmemesi, bana göre, söz konusu hakların korumasını yanıltıcı ve kurgusal hale getirmektir. Bu nedenle, başvurana, Sözleşme'nin 41. maddesinde öngörülen adil tazmin kapsamında manevi tazminat olarak bir meblağ ödenmesine karar verirdim. Bununla birlikte, azınlıkta olduğum için, verilmesi gereken meblağın miktarını belirlemem gerekli değildir.

38. Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiği sonucuna vardığım için ve kararın hüküm kısmının 6. paragrafı 8. maddenin ihlali nedeniyle maruz kalınan manevi zararlarla ilgili olmadığı için (zira çoğunluk böyle bir ihlal tespit etmemiştir), adil tazmine ilişkin kalan taleplerin reddi ile ilgili hüküm kısmının 8. paragrafına da karşı oy kullandım. Bu yönde oy kullandım çünkü 8. maddenin ihlalinin, başvurana manevi tazminat bağlamında ödenmesine hükmedilmesi gereken meblağın belirlenmesinde önemli bir husus olması

gerektiği kanaatindeyim. Öte yandan, 8. madde kapsamında ileri sürülen şikâyetin incelenmesine gerek olmadığını değerlendiren Hâkim Schembri Orland, Hâkim Pastor Vilanova ve Hâkim Šimácková tarafından sunulan görüşe katılmamamın nedenlerinden biri de budur: Manevi tazminat miktarını hesaplamak için kullandıkları temel, benim kullanacağım temelden farklı olacaktır çünkü 6, 7 ve 11. maddelerin ihlaline ek olarak, 8. maddenin de ihlal edildiğini düşünüyorum.

Sonuç

39. Sonuç olarak, 6. madde kapsamındaki sunulan şikâyetlerle ilgili olarak ve çoğunluğun aksine, öncelikle ulusal mahkemelerin bağımsız ve tarafsız olmadığına ilişkin şikâyetleri inceler ve kabul edilemez bulurdum. Ardından, silahların eşitliği ve çekişmeli yargılama ilkelerinin yokluğu nedeniyle 6. maddenin 1. fıkrasının ihlal edildiğini tespit ederdim. Ancak, bu yokluğu dengelemek için yeterli ve uygun güvencelerin olup olmadığını değerlendirmenin gerekli olduğu konusunda çoğunluğa katılmıyorum; gerçekten de çoğunluk durumun böyle olmadığını tespit etmiştir. Dahası, bu noktada çoğunluk ile aynı fikirde olarak, 6. maddenin 1. fıkrasının ihlal edildiğinin tespit edilmesi nedeniyle, başvuranın 6. maddenin 3. fıkrasının c) bendi tarafından güvence altına alınan etkili bir şekilde hukuki yardım alma hakkının ihlal edildiğine ilişkin şikâyetini incelemeye gerek olmadığı kanaatindeyim. 8. madde bağlamında sunulan şikâyete ilişkin olarak, çoğunluğun, kabul edilebilirlik ve esasın incelenmesine gerek olmadığı yönündeki görüşünü paylaşmıyorum: Kendi adıma, kabul edilebilirliğini inceler ve 8. maddenin ihlal edildiği sonucuna varırdım. Son olarak, çoğunluğun aksine, ihlal tespitinin tek başına manevi tazminat bağlamında yeterli adil tazmin sağlamayacağı kanaatindeyim ve azınlıkta olmasaydım, değerli meslektaşlarım Hâkim Schembri Orland, Hâkim Pastor Vilanova ve

YÜKSEL YALÇINKAYA/TÜRKİYE KARARI - AYRIK GÖRÜŞLER

Hâkim Šimáčková ve bu konuda muhalif olan diğer hâkimler gibi ben de başvurana manevi tazminat olarak bir meblağ ödenmesine karar verirdim.

HÂKİM RAVARANI, HÂKİM BÂRDSEN, HÂKİM
CHANTURIA, HÂKİM JELIĆ, HÂKİM FELICI VE HÂKİM
YÜKSEL TARAFINDAN SUNULAN ORTAK KISMI
MUHALEFET ŞERHİ

I. UZLAŞMA NOKTALARI

1. Bu ortak görüşü yazan çoğunluğumuz, yerel mahkemelerin 1) başvuranın davadaki ana delil unsurlarına etkili bir şekilde itiraz etmesini sağlayacak yeterli güvenceleri sağlamaması, 2) davanın merkezinde yer alan temel sorunları incelememesi ve 3) kararlarını gerekçelendirmemesi nedeniyle Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının ihlal edildiği yönünde Mahkemenin vardığı sonucu (kararın 345. paragrafı) paylaşmaktayız. Ancak, Hâkim Yüksel bu görüşü veya aşağıdaki 9, 12 ve 13. paragraflarda belirtilen görüşleri paylaşmamaktadır (bk. kendi ayrık görüşü).

2. Ayrıca, çoğunluğun, FETÖ/PDY'nin başvurana atfedilen eylemler sırasında terör örgütü olarak sınıflandırılmamış olmasının Sözleşme'nin 7. maddesinin ihlaline neden olmadığı yönündeki görüşüne katılıyoruz (bk. kararın 253. paragrafı).

3. Dahası, ulusal mahkemelerin, başvurayı silahlı terör örgütüne (FETÖ/PDY) üye olmaktan mahkûm ederken, başvuranın Aktif Eğitim-Sen Sendikasına ve Kayseri Gönüllü Eğitimciler Derneğine üye olmasını destekleyici delil olarak dikkate alması nedeniyle Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlal edildiği yönünde çoğunluğa katılıyoruz (kararın 396. paragrafı).

II. ÇOĞUNLUĞA KATILMADIĞIMIZ NOKTALAR

4. Çoğunluk, başvuranın, belirleyici ölçüde ByLock uygulamasını kullandığı iddiasına dayanan silahlı terör örgütü üyeliğinden mahkûmiyeti ve

bu nedenle, iç hukukun geniş ve öngörülemeyen bir yorumuyla, ulusal mahkemelerin aslında ByLock kullanıcılarına objektif sorumluluk yüklemesi nedeniyle (kararın 214-272. paragrafları), Sözleşme'nin 7. maddesinden doğan gerekliliklere aykırı olduğu gerekçesiyle söz konusu hükmün ihlal edildiği sonucuna varmaktadır. Aşağıdaki nedenlerden dolayı bu incelemeye katılmıyoruz.

5. İlk olarak, ulusal mahkemeler, ByLock kullanımının Ceza Kanunu'nun 314. maddesinde tanımlandığı şekliyle silahlı terör örgütüne üye olma suçunun *maddi unsurunu (actus reus)* oluşturmadığını açıkça belirtmiştir. Kanun tarafından tanımlandığı şekliyle söz konusu suç oluşturana objektif ve subjektif tüm bu unsurların varlığı, yerleşik adli uygulamaya uygun olarak kanıtlanmalıydı.

6. İkinci olarak, karardan, başvuranın mahkûmiyetinin, Aktif Eğitim-Sen Sendikasına ve Kayseri Gönüllü Eğitimciler Derneğine üye olması ve FETÖ/PDY'nin talimatları doğrultusunda Bank Asya'ya geliriyle orantılı miktarda para yatırması gibi dava dosyasındaki diğer delil unsurlarıyla birlikte ByLock uygulamasını kullanmasına dayandığı anlaşılmaktadır (kararın 68, 70, 88, 94 ve 384. paragrafları). Mahkemeler tarafından bu diğer delil unsurlarına verilen öneme katılmayabiliriz. Öte yandan, ulusal mahkemelerin bu şekilde karşılaştığı sorunların delil unsurlarına ve olayların tespitine ilişkin olduğuna şüphe yoktur. Nitekim başvuranın davasında ve daha genel olarak ulusal yargılamalardaki ana sorunlardan biri, ByLock'a ilişkin unsurların delil değerinin belirlenmesiydi.

7. Üçüncü olarak, Mahkemenin 7. maddeye ilişkin kapsamlı içtihatları, bu hükmün amacının, bir kişinin bir eylem veya ihmalinin suç teşkil edip etmediğini makul bir şekilde öngörebilmesini sağlamak, böylece davranışının hukuki sonuçlarını öngörülebilir kılmak ve keyfi kovuşturmalara karşı korumak olduğunu göstermektedir (kararın 238 ve 239. paragrafları). Delillere ilişkin sorular - özellikle delil unsurlarının değerlendirilmesi ve bu tür unsurlardan makul olarak ne çıkarılabileceğine ilişkin olanlar - bir eylem

veya ihmalin hukuki sonuçlarının öngörülebilirliği ile değil, bu eylem veya ihmalden mahkûm edilme olasılığı ile ilgilidir (bk. örneğin, *Del Río Prada/İspanya* [BD], no. 42750/09, AİHM 2013, *Khodorkovskiy ve Lebedev/Rusya*, no. 11082/06 ve 13772/05, 25 Temmuz 2013, *Vasiliauskas/Litvanya* [BD], no. 35343/05, AİHM 2015, *Žaja/Hırvatistan*, no. 37462/09, 4 Ekim 2016 ve *Pantolon/Hırvatistan*, no. 2953/14, 19 Kasım 2020). Ayrıca, *Korbely/Macaristan* ([BD], no. 9174/02, AİHM 2008) ve *Navalnyye/Rusya* (no. 101/15, 17 Ekim 2017) kararlarının doğru bir şekilde okunmasının, çoğunluğun, Sözleşme'nin 7. maddesi uyarınca yaptığı değerlendirmenin bir parçası olarak, “suçun kurucu unsurlarının ve özellikle de subjektif unsurun (manevi unsur) varlığının, başvuranın davasında, uygulanabilir hukukun gerekliliklerine uygun olarak usulüne uygun bir şekilde tespit edilip edilmediğini belirlemenin” Mahkemenin görevi olduğu yönündeki görüşüyle (kararın 260. paragrafı) uyuşmadığını da belirtmek isteriz.

8. Dördüncü ve sonuç olarak, çoğunluk tarafından benimsenen alışılmadık yaklaşım, Mahkemenin 7. maddenin mantığından ve kapsamından uzaklaştığı ve böylece hukuk ile olgu arasındaki ayrımı yapısal olarak bulanıklaştırdığı izlenimini verebilir.

III. 6. MADDENİN 1 FIKRASININ GEREKLİLİKLERİ BAĞLAMINDA ULUSAL MAHKEMELERİN BAŞVURANIN BYLOCK KULLANIMINA DAYANMASI

9. Çoğunluğun, ulusal mahkemelerin ByLock kullanımına dayanması nedeniyle başvuranın Sözleşme tarafından güvence altına alınan haklarının ihlal edildiğine ilişkin değerlendirmesine katılıyoruz. Ancak bize göre, daha doğal, tutarlı ve güvenli olan yol, Mahkemenin, Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrası bağlamında, delil unsurlarının değerlendirilmesine ilişkin asgari gerekliliklerle ilgili olarak hâlihazırda benimsediği, yani Mahkemenin

yalnızca ulusal mahkemeler tarafından delillerin değerlendirilmesinin keyfi veya açıkça makul olmaması halinde müdahale ettiği bir yol olurdu (bk. diğer birçok atıf arasında, *Moreira Ferreira/Portekiz (no. 2)* [BD], no. 19867/12, § 85, 11 Temmuz 2017).

10. Anayasa Mahkemesinin 15 Nisan 2021 tarihli kararında açıkladığı üzere (Mahkeme kararının 184. paragrafı), bir kişinin silahlı terör örgütüne üye olmaktan mahkûm edilebilmesi için, mahkemenin bu kişi ile örgüt arasında organik bir bağlantı olduğunu (örgütün faaliyetlerinin sürekliliği, çeşitliliği ve yoğunluğu temelinde) tespit edebilmesi ve bu kişinin örgütün hiyerarşik yapısı içerisinde bilerek ve isteyerek hareket ettiğini gösterebilmesi gerekmektedir.

11. Bu bağlamda, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun, bir kişinin FETÖ/PDY'nin talimatları doğrultusunda ByLock ağına katıldığının ve ByLock'u gizliliği sağlamak için kullandığının tüm makul şüphelerin ötesinde tespit edildiği durumlarda, bu tespitin söz konusu kişi ile örgüt arasında bir tür bağlantı olduğunu kanıtlayabileceği yönündeki görüşünü (kararın 160. paragrafı) kabul etmeye hazırız.

12. Bununla birlikte, böyle bir tespit ile ulusal mahkemelerin başvuranın davasında vardıkları ve yalnızca Ceza Kanunu'nun 314. maddesinde tanımlandığı şekliyle suçu oluşturan objektif ve sübjektif tüm unsurların mevcut olduğu yönünde tamamen basmakalıp birkaç cümle ile gerekçelendirilen sonuç arasında bir boşluk vardır. Nitekim ulusal mahkemeler, başvuranın FETÖ/PDY'nin 2016 yılındaki başarısız darbeye ilgili iddia edilen operasyonları ve amaçları konusunda gerekli bilgi ve niyete sahip olduğunun makul şüphenin ötesinde tespit edildiğini değerlendirmek için hangi delil unsurlarına dayandıklarını açıklamamışlardır. Delillerin ilişkin, bir yandan ulusal mahkemeler tarafından yapılan olgusal tespitler ile diğer yandan sunulan delil unsurlarından çıkarılabilecekler, özellikle de başvuranın ByLock uygulamasını kullandığı tespitinden çıkarılabilecekler arasında açık bir boşluk bulunmaktadır. Bizim görüşümüze göre bu,

Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının ayrı ve ek bir ihlali anlamına gelmektedir.

IV. SÖZLEŞME'NİN 46. MADDESİ KAPSAMINDA GENEL TEDBİRLERİN BELİRTİLMESİ GEREKLİLİĞİ

13. Açıklandığı üzere, Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrası yerine 7. maddesinin uygulanması gerektiği konusunda çoğunluğa katılmıyoruz. Bununla birlikte, çoğunluğun, bu davanın Türkiye'yi etkileyen ciddi bir sistemik sorunun bir parçasını oluşturduğu ve davalı Hükümet tarafından, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin denetimi altında genel tedbirlerin uygulanması yoluyla, somut olaydan daha geniş bir ölçekte ele alınması gerektiği yönündeki değerlendirmesine tamamen katıldığımıza şüphe yoktur (kararın 413-418. paragrafları).

HÂKİM FELİCİ TARAFINDAN SUNULAN KISMİ MUHALEFET ŞERHİ

SÖZLEŞME’NİN 41. MADDESİ BAĞLAMINDA ADİL TAZMİN: MANEVİ TAZMİNAT

1. “Sözleşme’nin 7. maddesinin ihlal edildiğine” karar verilen kararın hüküm kısmının 2. paragrafına katılmıyorum. Bu bağlamda Hâkim Ravarani, Hâkim Bårdsen, Hâkim Chanturia, Hâkim Jelić ve Hâkim Yüksel ile birlikte ortak bir ayrık görüş sundum. Bu noktadaki fikir ayrılığına bir başka neden daha eklemek istiyorum. Ulusal mahkemeler, başvuranın FETÖ/PDY’ye bağlı örgütlere üyeliğine dayanmıştır. Bu gerçek, kararda 11. madde kapsamında yapılan incelemede çoğunluk tarafından kabul edilmektedir (paragraf 384). Çoğunluğun, başvuranın Aktif Eğitim-Sen Sendikasına üyeliğinin mahkûmiyetinin temelinde bulunan olgusal unsurlardan biri olduğu gerekçesiyle 11. maddenin ihlal edildiği sonucuna götüren söz konusu madde kapsamında bir inceleme yaparken, aynı zamanda 268. paragrafta, “ByLock kullanımına ilişkin olgusal tespitin tek başına silahlı terör örgütüne üye olma suçunun kurucu unsurlarını oluşturduğunun kabul edildiği” sonucuna varmasını anlamak imkânsız olmasa da zordur. 7. maddeyi somut olaya uygularken çoğunluğun mantığı, 11. maddenin ihlal edildiğine dair herhangi bir tespiti kesin olarak hariç tutmak gibi görünmektedir.

2. Mevcut ayrık görüşün nedenlerine dönecek olursak, kararın hüküm kısmının “ihlal tespitinin, başvuran tarafından maruz kalınmış olabilecek tüm manevi zarar için tek başına yeterli adil tazmin sağladığına” karar verilen 6. paragrafına ve “adile tazmine ilişkin kalan taleplerin reddine” karar verilen 8. paragrafına katılmadığımı vurgulamak isterim.

3. Dolayısıyla, uğradığı manevi zarar için başvurana tazminat ödenmesine hükmedilmemesi kararına katılmıyorum (kararın 420-425. paragrafları ve hüküm kısmının yukarıda belirtilen paragrafları).

4. Başvuran, diğerlerinin yanı sıra, Sözleşme’nin 6. maddesinin 1. fıkrası, 7. maddesi ve 11. maddesi tarafından güvence altına alınan haklarının ihlal edilmesine bağlı olarak çektiği üzüntü ve sıkıntı nedeniyle maruz kaldığı kanaatine vardığı manevi zarar bağlamında 50.000 avro talep etmiştir. Ancak, çoğunluğun 7. maddenin ihlal edildiğine ilişkin tespitine katılmadığım için, başvuran tarafından 6 ve 11. maddeler kapsamında ileri sürülen talebi incelemekle yetiniyorum. Çoğunluğun aksine, başvuranın yargılamaların adil olmamasının kendisi için üzüntü ve sıkıntı kaynağı olduğuna yönelik iddiasını kabul ediyorum.

5. Bana göre, Sözleşme’nin 41. maddesi tarafından adil tazmin verilmesi için belirtilmiş olan tüm koşullar somut olayda karşılanmaktadır: Bir Sözleşme hükmü, daha açık olarak 6. maddesi “ihlal edilmiştir”; ilgili Yüksek Sözleşmecî Tarafın hukuku, “söz konusu ihlalin sonuçlarının yalnızca kusurlu olarak giderilmesine” imkân vermektedir; son olarak, üzüntü ve sıkıntı yaşadığı için başvurana böyle bir tazminat verilmesine “gerek vardır”.

6. Sözleşme’nin 41. maddesinin, Sözleşme’nin bir hükmünün ihlal edildiğinin tespit edilmesinin tek başına “zarar gören taraf” için yeterli “adil tazmin” teşkil edebileceği şeklinde yorumlanamayacağı kanaatindeyim. Nitekim bir ihlal tespiti “adil tazmin” ödenmesi için bir ön koşul teşkil etmektedir ve Mahkeme, bu iki unsuru eşit olarak değerlendiremez (bk. aynı anlamda, *Grzęda/Polonya* [BD], no. 43572/18, 15 Mart 2022 kararının ekinde yer alan ve Hâkim Serghides ile birlikte yazdığım kısmi muhalefet şerhinin 7. paragrafı).

7. Mevcut davada Mahkeme, manevi tazminat bağlamında ödeme yapılmamasına karar vermiş ve bu yaklaşımını bilhassa kararının 425. paragrafında aşağıdaki şekilde açıklamıştır:

“Manevi zararlar ilgili olarak, Mahkeme, tespit edilen ihlallerin başvuran açısından sıkıntı ve endişe kaynağı olabileceğini kabul etmektedir. Bununla birlikte, 46. madde kapsamında belirttiği gibi, başvuranın mevcut kararın verildiği tarihten itibaren CMK’nın 311. maddesinin 1. fıkrasının f) maddesi gereğince iç hukuktaki

yargılamaların yenilenmesi yoluyla tekrar görülmesini sağlama imkânına sahip olduğunu ve talep etmesi halinde, Sözleşme'nin mevcut davada söz konusu olan hükümlerinin gerekliliklerine uygun olarak yargılamanın yenilenmesinin ilke olarak en uygun çözüm şeklini oluşturacağını gözlemlemektedir.”

8. Yukarıdaki ayrı görüşte dile getirilen düşünceleri bütünüyle yineliyorum. Önceki paragrafta belirtilen özel yaklaşımla ilgili olarak - yani, kararın 425. paragrafında Mahkemenin “[başvuranın] talep etmesi halinde, (...) yargılamanın yenilenmesinin ilke olarak en uygun çözüm şeklini oluşturacağını” belirtmesi - yargılamanın yenilenmesinin belirsiz bir tedbir olduğunu vurgulamak isterim (Burada kullanılan “imkân” ifadesine bakınız.). Mevcut davada, Mahkeme hem esas hem de manevi tazminat konusunda karar verdiğinden, ulusal düzeyde yargılamanın yenilenmesinin olası sonucunu kontrol etme imkânına sahip olmayacaktır. Ayrıca, yargılamanın yenilenmesi, uygun veya tam bir telafi sağlayıcı olarak kabul edilemez.

9. Başvuranın, 6 ve 11. maddelerle güvence altına alınan haklarının ihlal edilmesinden kaynaklanan manevi zarar için tazminat ödemeyi reddetmek, kanaatimce, bu hakkın korunmasını aldatıcı ve kurmaca kılmakla eşdeğerdir. Bu durum, Sözleşme'nin doğasında bulunan etkililik ilkesi uyarınca, insan haklarının korunmasının teorik ve aldatıcı değil, somut ve de etkili olması gerektiğini belirten Mahkeme içtihadına aykırıdır (*Artico/İtalya*, 13 Mayıs 1980, §§ 33 ve 47-48, Seri A no. 37).

10. Bu nedenle, başvurana, Sözleşme'nin 41. maddesi bağlamında manevi zarar için adil tazmin ödenmesine karar verirdim.

HÂKİM YÜKSEL'İN KISMİ MUHALİF VE KISMİ MUTABIK GÖRÜŞÜ

A. SÖZLEŞME'NİN 6. MADDESİYLE İLGİLİ OLARAK

Çoğunluğun, mevcut davada Sözleşme'nin 6 § 1 maddesinin ihlal edildiği yönünde vardığı sonuca katılamıyorum. Bu görüş ayrılığının üç temel nedeni bulunmaktadır. İlk olarak, Mahkemenin, ulusal mahkemelerin kararlarına ilişkin analizi, içtihadıyla uyumlu görünmemektedir. İkinci olarak, çoğunluğun, elektronik delillerin ortaya çıkardığı yeni meseleleri ve bu unsurların, başvuranın davasında oynadığı rolü gereğince dikkate aldığı konusunda ikna olmadım. Üçüncü olarak, Sözleşme'nin 6 § 1 maddesi kapsamında yapılan analizde, Türkiye'nin 15. madde bağlamında yaptığı derogasyonun etkilerinin yeterince dikkate alınmadığını düşünüyorum.

- 1-

Öncelikle, ulusal mahkemelerin kararlarının çoğunluk tarafından yapılan analizinin, Mahkemenin içtihadıyla uyumlu olduğu hususunda ikna olmadım. Mahkemenin içtihadına göre, Mahkeme, “Sözleşme'nin ihlal edilip edilmediği hususuyla ilgili karar vermeden önce ‘yargılamayı bir bütün olarak’ değerlendirmeye” çalışmaktadır (bk. *Mirilashvili/Rusya*, no. 6293/04, § 164, 11 Aralık 2008 ve *Edwards/Birleşik Krallık*, 16 Aralık 1992, § 34, A Serisi no. 247-B). Yine de çoğunluk, yargılamayı bir bütün olarak değerlendirmeksizin, yalnızca iddia edilen beş münferit eksikliğe odaklanmış görünmektedir (bk. 331-341. paragraflar). Bu iddia edilen eksikliklerin, ayrı ayrı veya birlikte ele alındığında, mevcut davada Sözleşme'nin ihlal edildiği sonucuna varabilmek için yeterli olduğu hususunda ikna olmadım.

a) Ulusal yetkili makamların ham verileri neden iletemediklerini açıklamamış olmalarından kaynaklanan, iddia edilen eksikliklerden ilkiyle ilgili olarak (331. paragraf), çoğunluğun, ham verilerin başvuranın davasında

oynadığı rolü gözden kaçırıyor gibi görünmektedir. i) Çoğunluğun, “mevcut davada ham verileri başvurana iletmemek için meşru nedenler olabileceğini” ve “böyle bir kararın mutlak surette gerekli olup olmadığını söylemenin [Mahkemenin] görevi olmadığını; zira, ilke olarak, kendilerine sunulan delilleri değerlendirmenin ulusal mahkemelere ait olduğunu” kabul ettiğini belirtmek gerekir (bk. 329. paragraf; ayrıca bk. *Rowe ve Davis/Birleşik Krallık* [BD], no. 28901/95, § 62, AİHM 2000-II). İlgili elektronik delilleri başvurana iletmenin mümkün olmayabileceğini kabul etmek ve aynı zamanda, ulusal makamların ham verileri iletmeyi reddetmeleri için gerekçe göstermedikleri iddiasına özellikle vurgu yapmak biraz tutarsız görünmektedir. ii) 22 Mayıs 2020 tarihinde düzenlenen ek rapordan, ham verilerin ön işleme tabi tutulmadan kullanıcı kimliğine göre tasnif edilmesinin mümkün olmadığı ve ham verilerin tamamının belirli bir şüpheliyle başka türlü paylaşılmasının mümkün olmadığı, zira verilerin diğer birçok şüpheliyle ilgili bilgileri de içerdiği anlaşılmaktadır (bk. 121. paragraf). Söz konusu elektronik delillerin karmaşıklığı göz önüne alındığında, bu raporun ve ham verilerin başvurana iletilmesinin neden mümkün olmadığına ilişkin açıklamanın yargılamanın başlarında sunulmamış olmasına bu denli ağırlık verilmesi gerektiğinden emin değilim. iii) Çoğunluk, ByLock’tan elde edilen ham verilerin başvuranın davasında çok önemli bir rol oynadığını düşünüyor gibi görünmektedir. Bu düşünce, çoğunluğun ham verilerle ilgili gerekçeler sağlama ihtiyacına verdiği önemin gerekçesini teşkil ediyor gibi görünmektedir. Ancak bu, ulusal mahkemelerin bilfiil başvuranın mevcut davada ByLock kullandığı sonucuna varma şeklini yeterince dikkate almadığını göstermekte ve elektronik delillerin, ceza yargılamalarında pratikte oynadığı rolün dikkate alınmadığını ortaya koymaktadır. Ulusal mahkemeler başvurayı mahkûm ederken tam olarak ByLock’tan gelen ham verilere dayanmamışlardır. Nitekim Kayseri Ağır Ceza Mahkemesi, soruşturma boyunca Kayseri Emniyet Müdürlüğü tarafından bu başvuruyla ilgili olarak hazırlanan bir ByLock raporuna ve

yargılama aşamasında KOM tarafından düzenlenen rapora dayanmıştır (bk. 68. paragraf). Ankara Bölge Adliye Mahkemesi, yukarıda belirtilen raporlara ek olarak, KOM tarafından 3 Haziran 2017 tarihinde sunulan “ByLock tespit raporuna”, BTK tarafından ibraz edilen iletişim kayıtlarına (bk. 78 ve 79. paragraflar) ve dosyadaki bilgilerin tamamına dayanarak dijital delillerin analizi konusunda uzman bir bilirkişi tarafından hazırlanan rapora dayanmıştır (bk. 80 ve 88. paragraflar). Bu bilirkişi raporu, “[BTK] ve [KOM] tarafından, başvuranın kullandığı GSM hattının [X] numarasına ilişkin ibraz edilen kayıtları ve dosyadaki belgelerin tümünü incelemiştir. BTK tarafından verilen HTS kayıtları, KOM tarafından verilen ByLock tespit ve değerlendirme raporları ile dosyadaki belgelerle tutarlılığı [ve aynı zamanda] ayrıntılı, karşılaştırmalı ve doğrulanabilir niteliği göz önüne alındığında, 29 Haziran 2017 tarihinde sunulan bu rapor [mahkemenin] kararının temelini oluşturmuştur” (bk. 88. paragraf). Kararın 121. paragrafında verilen açıklamalardan, ham verilerin ön işleme tabi tutulmadan tasnif edilmesinin mümkün olmadığı ve bir kullanıcı arayüzü geliştirmenin gerekli olduğu da anlaşılmaktadır. Bu nedenle, çoğunluğun, ham verilerin başvuranın davasında oynadığı rolü gözden kaçırdığı ve bu verilerin iletilmesinin reddedilmesi hususunda gerekçe belirtilmemesinin ulusal mahkemeler açısından bir eksiklik teşkil ettiği iddiasını analiz ederken hata yaptığı kanısındayım.

Çoğunluk, ham verilerin üzerinde durup bunların “kritik öneme” sahip olduğunu öne sürdüğü hâlde, iddia edilen diğer bazı eksiklikleri tespit etmektedir, yani: i) ulusal mahkemelerin, başvuran tarafından sunulan verilerin bağımsız şekilde incelenmesi talebine yanıt vermemesi, ii) ulusal mahkemelerin, özellikle ByLock delillerinin güvenilirliği ile ilgili olarak, başvuran tarafından ileri sürülen diğer bazı argümanlara yanıt vermemesi, iii) ulusal mahkemelerin, kararlarını, verilerin içeriğinin deşifre edilmesini beklemeden vermiş olması ve iv) bu mahkemelerin gerekçelerinde “somut bir boşluk” olması (bk. 332-340. paragraflar). Çoğunluğun bu iddia edilen

eksikliklere ilişkin analizini kabul etmekte zorlanıyorum; zira Mahkemenin içtihadındaki bir dizi kilit ilkeyi yeterince dikkate almadığını düşünüyorum. Örneğin, “6. madde, ulusal mahkemelere, sadece bir tarafın talepte bulunmuş olması nedeniyle bilirkişi raporunun sunulması veya başkaca herhangi bir soruşturma tedbirinin alınmasını emretme yükümlülüğü getirmez” şeklindeki ilkeye dikkat çekiyorum (bk. *Mirilashvili*, yukarıda anılan, § 189). Bu noktada, Mahkemenin içtihadı ve verilerin ulusal mahkemeler tarafından kapsamlı şekilde incelenmesi göz önünde bulundurulduğunda, önerilen sonuca ulaşmanın mümkün olduğundan şüphe duymaktayım. Nitekim çoğunluk, özellikle verilerin şifreli ve/veya hacim veya kapsam açısından büyük ölçekli olduğu durumlarda, elektronik delillerin ele alınmasının, kolluk kuvvetleri ve adli makamları hem soruşturma hem de yargılama aşamasında önemli uygulama ve usul zorluklarıyla karşı karşıya bırakabildiğini kabul ettiği hâlde (bk. 312. paragraf), bu davada yaptığı analizden ne gibi sonuçlar çıkardığını anlamıyorum.

b) Yukarıda belirtilen hususlar ışığında, çoğunluk tarafından tespit edilen iddia edilen tüm eksikliklerin, esasen, yetkililer tarafından gerekçelerin belirtilmemesi gibi tek bir konuya indirgendiği görülmektedir. Bu bağlamda, ulusal mahkemeler tarafından verilen kararların gerekçesine ilişkin olarak Mahkemenin içtihadında ortaya konan normların dikkate alınması önem arz etmektedir. Mahkemeler ileri sürülen her argümana ayrıntılı bir yanıt vermek zorunda olmamakla birlikte, davanın temel meselelerinin ele alındığı karardan açıkça anlaşılmalıdır (bk. *Taxquet/Belçika* [BD], no. 926/05, § 91, AİHM 2010). Ulusal mahkemelerin, başvuran tarafından gündeme getirilen temel meseleleri ele aldıkları, vermiş oldukları kararlardan açıkça anlaşılmalıdır. Başvuranın ulusal mahkemeler önünde dile getirdiği temel endişelerinin şunlar olduğu görülmektedir: i) ByLock kullandığı ve FETÖ/PDY ile iltisaklı örgütlere üye olduğunun varsayıldığı dönemde FETÖ/PDY’nin terör örgütü olarak nitelendirilmemiş olması (71. paragraf), ii) ByLock’tan elde edilen verilerin kanuna aykırı şekilde elde edilmiş olması

(73. paragraf) ve iii) Bu verilerin yeterli bilirkişi incelemesine tabi tutulmamış olması (75. paragraf). i) Ankara Bölge Adliye Mahkemesi, Türk hukukunda, terör örgütü üyeliği suçu için cezai sorumluluğun, o örgütün bu suçun işlenmesinden önce bir mahkeme kararıyla terör örgütü olarak nitelendirilmiş olmasını gerektirmediğini belirtmiştir (bk. 84. paragraf). ii) Ulusal mahkemeler de söz konusu verilerin Türk hukukuna uygun olarak toplandığını belirtmiştir (bk. 85. paragraf). iii) Yukarıda açıklandığı üzere, ulusal mahkemeler verilerin doğrulanması ve incelenmesi konularına da eğilmişlerdir (bk. 76-80. paragraflar ve 88. paragraf). Dolayısıyla, aldıkları tedbirler ve gösterdikleri gerekçelerle, ulusal mahkemelerin ve özellikle de temyiz ve istinaf mahkemelerinin (bk. 83-88. paragraflar ve 98. paragraf), başvuranın davasındaki temel meseleleri ele aldıkları açıktır.

Yukarıda belirtilen hususlar ışığında, sonuç olarak, çoğunluğun Mahkemenin içtihadı ile belirlenen hukuk kuralları bakımından, “aleyhte delillere itiraz etme ve kendisini savunma yönünde gerçek bir imkânı başvurana sağlamak için yeterli güvencelerin” hangi nedenle “düzenlenmediğini” tespit etmediği anlaşılmaktadır (bk. 341. paragraf). Dosyadan anlaşıldığı şekliyle, yargılama bir bütün olarak değerlendirildiğinde, ulusal mahkemelerin başvuranı mahkûm etmek için ilgiliye kabul edilen bilgileri ilettikleri ve bu bilgilere itiraz etme yönünde yeterli bir imkân sundukları tespit edilmektedir. Ulusal mahkemelerin, dosyada bulunan unsurların yeterliliğine ilişkin başvuranın endişelerini dikkate aldıkları ve bu durumun, söz konusu mahkemelerin bunlara cevap vermek için ek denetlemeleri talep etmelerini sağladığı anlaşılmaktadır. Kanaatime göre, bu durum, ulusal mahkemelerin, Mahkemenin yukarıda hatırlatılan içtihadının gerekliliklerine uygun olarak, başvuranın adil yargılanma hakkının korunması için yeterli güvenceleri düzenlediklerini göstermektedir.

- 2-

İkinci olarak, çoğunluğun bu davada ortaya konulan önemli ve yeni sorunlardan biri olan, ceza yargılamalarında elektronik delil unsurlarının kullanılmasına ilişkin sorunu incelememesi karşısında duyduğum üzüntüyü ifade etmek isterim. Büyük Dairenin Sözleşme'nin 6 § 1 maddesi kapsamında yaptığı incelemenin davanın özel bağlamı dâhilinde nasıl iyileştirilmesi gerektiğini değerlendirmesi gerekirdi. Bu durum, söz konusu davanın “bir kişinin iç iletişimi için terör örgütü tarafından tasarlandığı iddia edilen şifreli bir mesajlaşma sistemini kullandığını kanıtlayan elektronik delillerle” ilgili olması hâlinde daha da geçerlidir (bk. 344. paragraf). Bu bağlamda, Mahkemenin “Sözleşme'nin 6. maddesinin terörle ya da diğer ciddi suçlarla etkin tedbirler yoluyla mücadele etmede emniyet yetkililerinin aşırı zorluklarla karşılaşmalarına yol açabilecek bir şekilde uygulanmasının gerekmediği” yönündeki içtihadını hatırlatmak isterim (bk. *İbrahim ve Diğerleri/Birleşik Krallık* [BD], no. 50541/08 ve diğer 3 başvuru, § 252, 13 Eylül 2016). Mahkemenin, aynı zamanda, elektronik delille ilgili sorunun yeni olmasını göz önünde bulundurarak temel ikincillik ilkesini göz ardı etmemesi gerekmektedir. Bu bağlamda, belirli bir delil unsurunun kabul edilebilirliği ve kanıtlayıcı değerinin değerlendirilmesinin ve aynı şekilde bir davaya ilişkin olay ve olguların suç teşkil edip etmediğinin belirlenmesinin temel olarak ulusal mahkemelerin yetkisi kapsamına girdiğini göz önünde bulundurmak gerekmektedir (bk. *Bochan/Ukrayna (no. 2)* [BD], no. 22251/08, § 61, AİHM 2015 ve *Moreira Ferreira/Portekiz (no. 2)* [BD], no. 19867/12, § 83, 11 Temmuz 2017; ayrıca bk. *Correia de Matos/Portekiz* [BD], no. 56402/12, § 116, 4 Nisan 2018). Dolayısıyla, Mahkemenin bu davanın bağlamında Sözleşme'nin 6 § 1 maddesinde öngörülen güvencelerin uygulanma koşullarını inceleme şekli yetersiz olarak görülmektedir.

- 3 -

Çoğunluk, terörle mücadele kapsamında elektronik delil unsurunun kullanılmasına ilişkin yeni sorunu yeterince incelemmediği gibi, Sözleşme'nin 6 § 1 maddesi ve 15. maddesi arasındaki bağlantıyı da incelememiştir. Başvuranın mahkûmiyetine neden olan, soruşturma ve adli işlemlere ilişkin başlıca tedbirler, Sözleşme'nin, 15. madde uyarınca, askıya alınmasının Türkiye ile ilgili olarak yürürlüğe girdiği tarihlerde alınmıştır. Sözleşme'nin askıya alınması, Temmuz 2016'da gerçekleştirilen darbe girişimine doğrudan tepki olarak düzenlenmiştir (bk. 10-15. paragraflar). Darbe girişimi sırasında, darbeciler tarafından kontrol edilen askerler, Meclis ve Cumhurbaşkanlığı yerleşkesi de dâhil olmak üzere Devletin birçok stratejik binasını bombalamışlar, Cumhurbaşkanı'nın bulunduğu otele saldırı düzenlemişler, Genel Kurmay Başkanı'nı rehin almışlar, televizyon stüdyolarına saldırmış ve göstericilere ateş etmişlerdir. Tespitler doğrultusunda, aralarında sivillerin de bulunduğu 250'nin üstünde kişi söz konusu gece öldürülmüş ve 2.000'den fazla kişi yaralanmıştır (bk. 11. paragraf). Bu istisnai koşullara rağmen çoğunluk, Sözleşme'nin 15. maddesi uyarınca Türkiye'nin Sözleşme'yi askıya almasının Sözleşme'nin 6 § 1 maddesi kapsamında gerçekleştirilen inceleme üzerindeki etkilerini belirlemeye yönelik davanın esasıyla ilgili bir inceleme yapmamıştır.

Bu hususta, her şeyden önce, çoğunluğun Sözleşme'nin 6 § 3 (c) maddesi kapsamında Hükûmet tarafından ileri sürülen iddialara dayanmasını onaylamamaktayım. Çoğunluk, Sözleşme'nin 6 § 3 (c) maddesine ilişkin, 354. paragrafta “yargı makamlarının kararları olağanüstü hâl ile belirlenmemiş, yargı faaliyeti kendi kural ve ilkelerine göre yürütülmeye devam etmiştir” yönündeki görüşleri kapsamında Hükûmet tarafından sunulan açıklamayı belirtmektedir. “Bu bilginin sınırlı bir öneme sahip olduğunu” kabul eden çoğunluk yine de, bilginin “ulusal mahkemeler tarafından yürütülen ceza yargılamalarında, başvuranın usuli haklarına gerektiği şekilde saygı gösterilmiştir” yönündeki “(...) Hükûmet görüşleri”ni

yansıttığını ileri sürmektedir (354. paragraf). Bu türden bir muhakemede bulunmakta zorluk çekmekteyim zira Hükûmetin olağanüstü hâlin bu dava açısından uygunluğuna ilişkin herhangi bir görüş sunmadığı zımnen anlaşılmaktadır. Hâlbuki dava dosyası bakımından, bu durumun bir karışıklığa neden olabileceği açıktır. Çoğunluğun dayandığı ve daha genel bir iddia çerçevesinde yer alan cümle, kendi bağlamından çıkarılmıştır. Ayrıca, Sözleşme'nin 6 § 3 (c) maddesi kapsamında ileri sürülen iddialar Sözleşme'nin 6 § 1 maddesine ilişkin olarak sunulan iddialardan tamamen farklıdır. Dolayısıyla, çoğunluğun Sözleşme'nin 6 § 1 maddesi açısından kendi incelemesi kapsamında Sözleşme'nin 6 § 3 (c) maddesi uyarınca sunulan görüşlere dayanmaması gerektiği kanaatindeyim.

İkinci olarak, Sözleşme'nin 6 § 1 maddesi ile 15. maddesi arasındaki bağlantıyı incelemekten kaçınmak için çoğunluk tarafından ileri sürülen başlıca nedenin, başvuranın davasında alınan tedbirlerin hangi nedenle olağanüstü hâl kapsamında gerekli hâle getirildiğine ilişkin “Hükûmetin Mahkeme nezdinde belirli bir unsur ayrıntılı olarak ileri sürmemesi” hususuyla ilgili olduğu anlaşılmaktadır (bk. 355. paragraf). i) Sözleşme'nin 6 § 1 maddesi ile 15. maddesi arasındaki bağlantının incelenmemesine ilişkin yeterli bir gerekçenin görülebileceği konusunda ikna olmadım. Bu bağlantı, Mahkemenin ilk defa bu türden bir bağlamda karşılaştığı bir ilke sorununu ortaya koymaktadır; dolayısıyla, Mahkemenin incelemesini ulusal makamlar tarafından ileri sürülen iddialarla sınırlandırması yeterli değildir. ii) Her türlü varsayımda, çoğunluğun olağanüstü hâlin uygunluğuna ilişkin iddiaları yeterli bir şekilde incelediğini düşünmemekteyim. Dosyadan ve ulusal makamlar ve bilhassa ulusal mahkemeler tarafından sunulan iddialardan, olağanüstü hâlin bu davada temel bağlamsal unsur olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, “münhasırlık” iddiasının “olağanüstü hâlin özel koşullarını karşılamak için hazırlandığını” belirten herhangi bir unsurun bulunmadığını ileri süren cümleye katılamamaktayım (bk. 353. paragraf). Kanaatimce, ByLock'un yalnızca FETÖ/PDY tarafından kullanıldığı

yönünde Yargıtayın vardığı sonuç (bk. 158-160. paragraflar), olağanüstü hâlin ilan edilmesinin amacı ve FETÖ/PDY tarafından ortaya konulan sorunların karmaşıklığı dikkate alındığında, darbenin ardından hüküm süren koşullardan ayrı düşünülemez. Ayrıca, Sözleşme’yi yorumlarken ve uygularken, Sözleşme’nin askıya alınmasına ve Türkiye’nin 15 Temmuz 2016 tarihli askeri darbe girişiminin akabinde karşılaştığı zorluklara ilişkin bağlamın dikkate alınması Mahkemenin içtihadı kapsamında bir yenilik değildir (*Baş/Türkiye*, no. 66448/17, § 221, 3 Mart 2020). Nitekim söz konusu içtihadın incelemesinden, Sözleşme’nin 15. maddesinin farklı bağlamlarda kullanıldığı anlaşılmaktadır: Öncelikle, ulusun hayatı açısından bir tehdit olarak algılanan nispeten münferit bir olayın mevcut olması hâlinde (örneğin bk. *A. ve Diğerleri/Birleşik Krallık* [BD], no. 3455/05 ve diğer başvurular, AİHM 2009) ve ikinci olarak, “[Sözleşmecî Devletin] toprak bütünlüğü, [Devletin] kurumları ve ülkede yaşayanların hayatına yönelik özellikle geniş kapsamda ve şiddette bir tehlikenin” mevcut olması hâlinde (*İrlanda/Birleşik Krallık*, 18 Ocak 1978, § 212, A Serisi no. 25). Farklı türden kamusal tehlikeler karşısında, Sözleşme’nin 15. maddesinin söz konusu tehditten doğan özel bağlam bakımından yorumlanıp yorumlanamayacağını ve uygulanıp uygulanamayacağını sorgulamaktayım. Söz konusu içtihattan anlaşıldığı şekliyle, Sözleşme’nin askıya alınmasının nispeten münferit bir olayla değil, “özellikle geniş kapsamda ve şiddette bir tehlike” ile başlatılması hâlinde, alınan tedbirlerin söz konusu durumun gereklilikleriyle gerekli hâle gelip gelmediğini değerlendirmek için bu genel bağlama daha fazla önem verilmesi gerekli olabilmektedir. Dolayısıyla, olağanüstü hâlin Devletin kurumsal sistemi üzerindeki etkilerinin büyüklüğü (bk. 10-16. paragraflar) ve ulusal yargı makamının “iç iletişimi amacıyla terör örgütü tarafından tasarlandığı iddia edilen şifreli mesajlaşma sisteminin kullanılmasıyla” karşı karşıya kaldığı dikkate alındığında (bk. 344. paragraf), çoğunluğun mevcut davada yaptığı inceleme üzerinde Sözleşme’nin askıya

alınmasına ilişkin bağlamın yaratması gereken etkileri usulüne uygun olarak değerlendirmedeği kanısına varmaktayım.

Yukarıda belirtilen hususlar ve Mahkemenin içtihadı ışığında, çoğunluk tarafından kabul edilen gerekçenin mevcut davada Sözleşme'nin 6 § 1 maddesinin ihlal edildiği sonucuna varılmasını sağlamak için yeterli bir unsur sunmadığı kanaatine varmaktayım. Mahkemenin içtihadı kapsamında belirlenen hukuk kurallarına göre, ulusal mahkemeler tarafından verilen kararlardan, davaya ilişkin temel sorunların ele alındığı anlaşılmaktadır (bk. yukarıda anılan *Taxquet* kararı, § 91) ve Mahkeme, yargılamanın hakkaniyete uygunluğunu değerlendirmek için yargılamayı bir bütün olarak göz önünde bulundurmalıdır (bk. yukarıda anılan *Mirilashvili* kararı, § 164 ve yukarıda anılan *Edwards* kararı, § 34). Hâlbuki bir bütün olarak değerlendirildiğinde, ulusal mahkemelerin verdikleri kararlardan, bu mahkemelerin başvuranın davasına ilişkin temel sorunları inceledikleri anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, ulusal mahkemeler tarafından sunulan gerekçe, elektronik delil unsurlarının rolü ve özellikleri ve olağanüstü hâl dikkate alındığında, davanın koşullarında Sözleşme'nin 6 § 1 maddesinin ihlal edildiği yönünde varılan sonuca katılamamaktayım.

B. SÖZLEŞME'NİN 11 VE 46. MADDELERİNE İLİŞKİN OLARAK

Sözleşme'nin 11. maddesi kapsamında başvuran tarafından sunulan şikâyeteye ilişkin olarak ve davanın kendine özgü koşullarında bu maddenin ihlal edildiği yönündeki sonucu paylaşmama rağmen, çoğunluk tarafından kabul edilen gerekçenin tamamına katılamıyorum. Ulusal mahkemelerin kararda tespit edilen meselelere ilişkin bir açıklama getirecek nitelikte herhangi bir unsur sunmamaları nedeniyle bu hükmün ihlal edildiği kanaatindeyim. Buna karşın, çoğunluğun *Selahattin Demirtaş/Türkiye* (no. 2) (no. 14305/17, 22 Aralık 2020) kararına dayanması nedeniyle “kanunilik”

koşuluna ilişkin olarak izlenen gerekçeyi onaylayamıyorum ve bu davada ifade ettiğim hukuki görüşü sürdürmekteyim.

Bu davada Sözleşme'nin 6 § 1 maddesi ya da 7. maddesinin ihlal edilmediği kanısına vararak, Sözleşme'nin 46. maddesi bağlamında bir bilginin karara dâhil edilmesini de desteklemem mümkün görünmüyor.