



RULE 9.2 SUBMISSION

by

ASSEDEL (Association européenne pour la défense des droits et des libertés)

on the general measures required for the implementation of

Yüksel Yalçınkaya v. Türkiye Grand Chamber judgment

for the 1501st meeting of the Committee of Ministers

7 May 2024

**DGI Directorate General of Human Rights and Rule of Law
Department for the Execution of Judgments of the ECtHR
F-67075 Strasbourg Cedex FRANCE**

7 May 2024

by email

**Rule 9.2 Submission from ASSEDEL in the Case of Yüksel Yalçınkaya v. Türkiye
[GC] (15669/20)**

I. INTRODUCTION

1. This Rule 9.2 concerns the implementation of general measures pertaining to the implementation of the *Yüksel Yalçınkaya v. Türkiye* judgment. The submission is prepared by ASSEDEL (Association européenne pour la défense des droits et des libertés). [ASSEDEL](https://www.assedel.org) is a non-governmental association based in Strasbourg, whose objective is to disseminate, promote, and defend human rights and fundamental freedoms in the spirit of the European Convention on Human Rights, both within the Council of Europe system and at the local, national, and international levels.

2. The submission provides the Committee of Ministers with information based on expert and legal opinions prepared by prominent jurists in Türkiye on the general measures required for the implementation of the *Yalçınkaya v. Türkiye* Grand Chamber judgment¹. Furthermore, ASSEDEL asks the Committee of Ministers to schedule the *Yalcinkaya* judgment for examination on the agenda of the Committee of Ministers as soon as possible, given the ongoing practice of the Turkish courts and high-level officials (in the aftermath of the *Yalçınkaya* judgment) described below, which is contrary to the measures prescribed by the judgment, and given the ongoing investigations and prosecutions for membership of an armed terrorist organization in similar circumstances as those of Yüksel Yalçınkaya.

¹ Yüksel Yalçınkaya v. Türkiye Grand Chamber, Application no. 15669/20, 26.09.2023.

3. The submission provides information on the approach of the Turkish domestic courts with regard to necessary general measures, as well as statements made by high-level Turkish officials following the judgment. It also sets out contextual information on the domestic court's approach towards the re-opening of the criminal proceedings in similar cases, with reference to the general measures called for by the Turkish authorities under Article 46 of the ECHR².

II. CASE SUMMARY

4. Yüksel Yalçınkaya, who was a teacher before the 15 July 2016 coup attempt, was arrested and detained after the coup attempt on suspicion of membership of an armed terrorist organization which is described by Turkish authorities as FETÖ/PDY (i.e. the Gülen Movement, as described by its volunteers). In 2017, the indictment was issued against him, based on his use of the Bylock application, as well as having an account at Bank Asya, a legal bank at the relevant time, being a member of a trade union closed by a decree-law, and two anonymous witness statements. Mr. Yalçınkaya was sentenced to 6 years and 3 months in prison for membership of the armed terrorist organization. The applicant's appeals against his conviction were rejected by higher courts on abstract and stereotype grounds and at final phase, in 2019, the Constitutional Court found his individual application to be manifestly ill-founded through a summary ruling.

5. On 26 September 2023, the ECtHR Grand Chamber delivered its judgment, finding violations of Article 6(1), Article 7 and Article 11 of the ECHR. The ECtHR found a violation of the principle of no punishment without law on account of the applicant's conviction for membership in an armed terrorist organisation based decisively on the use of an encrypted messaging application by the name of "ByLock", without establishing

² See, *Yüksel Yalçınkaya v. Türkiye* judgment, § 418, as follows: "*The Court is therefore of the opinion that in order to avoid it having to establish similar violations in numerous cases in the future, the defects identified in the present judgment need, to the extent relevant and possible, to be addressed by the Turkish authorities on a larger scale – that is, beyond the specific case of the present applicant. It accordingly falls to the competent authorities, in accordance with the respondent State's obligations under Article 46 of the Convention, to draw the necessary conclusions from the present judgment, particularly in respect of, but not limited to, the cases currently pending before the domestic courts, and to take any other general measures as appropriate in order to resolve the problem identified above that has led to the findings of violation here (see paragraph 414 above; see also, mutatis mutandis, Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland [GC], no. 26374/18, § 314, 1 December 2020). More specifically, the domestic courts are required to take due account of the relevant Convention standards as interpreted and applied in the present judgment. The Court underlines in this respect that Article 46 of the Convention has the force of a constitutional rule in Türkiye in accordance with Article 90 § 5 of the Turkish Constitution, according to which international agreements duly put into effect have the force of law and no appeal lies to the Constitutional Court to challenge their constitutionality (see paragraph 141 above).*"

the offence's constituent material and mental elements in an individualized manner (Article 7). Under Article 6(1) of the ECHR, the Court found a violation of the right to a fair trial on account of prejudice to the defence due to the non-disclosure of raw data obtained from ByLock's server without adequate procedural safeguards (Article 6 § 1).

6. The Court also found a violation of freedom of assembly and association on account of the domestic courts' unforeseeable extension of the scope of offence when relying on the applicant's membership of a trade union and an association considered as affiliated with a terror organisation, to corroborate his conviction (Article 11).

7. The Court held that Türkiye had to take general measures as appropriate to address, on a larger scale, the defects which had led to the findings of violation in this judgment, notably with regard to the Turkish judiciary's approach to the use of ByLock. In accordance with obligations under Article 46 of the Convention, Turkey must "*draw the necessary conclusions from the present judgment, particularly in respect of, but not limited to, the cases currently pending before the domestic courts, and to take any other general measures as appropriate in order to resolve the problem*". The Court noted that there were – at the time - approximately 8,000 applications on its docket involving similar complaints under Articles 7 and/or 6 of the Convention and, given that the authorities had identified around 100,000 ByLock users, many more might potentially be lodged.

III. INDIVIDUAL MEASURES

8. Following the ECtHR's judgment, Kayseri 2nd Assize Court acknowledged the request for re-opening of the case and decided to adjourn the hearing on 02.04.2024, with a scheduling order dated 28.11.2023. The details of the Yalçinkaya's re-trial are as follows.

9. Firstly, the Assize Court has included matters that were not investigated during the investigation phase and the first trial. Accordingly, the witness Tuğba Avcı, who was not heard in the first trial, was heard. The witness in question is a person who was not previously heard during the investigation and the first trial. The witness Tuğba Avcı's statement that the applicant was a member of an armed terrorist organization was based on her statement that she constantly saw a newspaper, the name of which she could not remember, in front of the door of his house.

10. Secondly, Kayseri 2nd Assize Court requested that the raw data on the Bylock content allegedly belonging to Yalçinkaya be sent, if it is possible to obtain it, in addition to the Bylock Determination and Evaluation Report. This was the only request regarding the grounds for violation given by the ECtHR under Article 6, and there was no request

regarding how the reliability of the Bylock data was ensured. The Ankara Chief Public Prosecutor's Office rejected this request, which was included in the minutes of court order. The reason given was that "...since the raw data is not decryptable, it is not possible to extract it on the basis of User ID without any processing. It is not possible to give the entire raw data to any suspect or defendant, as it would also contain information about all suspects associated with Bylock."

11. Afterwards, Kayseri 2nd Assize Court made some requests in the order regarding Mr. Yalçınkaya's Bank Asya account activity, whether he had canceled his Digitürk subscription or whether there were any statements given against him as to effective remorse. These requests are also incompatible with the ECtHR's findings under Article 7. As a matter of fact, in the Yalçınkaya judgment, the ECtHR stated that these acts were legal acts that benefit from the presumption of legality³. Accordingly, the court decided to assign an expert to investigate these facts.

12. At the end, the Assize Court also decided to examine whether the applicant's first-degree relatives had committed any crimes and whether there were any judicial proceedings against them. Although the applicant had served his imprisonment sentence, the court prohibited him from leaving the country and scheduled his next hearing on 12 September 2024.

13. As a result of all these requests and the first session of the Yalçınkaya's re-trial, our initial observation is that the Kayseri 2nd Assize Court did not understand and interpret the ECtHR's findings correctly.

IV. GENERAL MEASURES

The practice of the Turkish domestic courts concerning the re-opening of the criminal cases and the outcomes of the ECtHR's findings

³ See, *ibid.* § 343, as follows: "Nevertheless, the Court cannot but note the lack of any meaningful discussion in the domestic courts' judgments as to how those acts could be evidence of criminal conduct, even in an ancillary manner. It observes in this regard that, at the time they were undertaken, the acts in question were all seemingly lawful acts that benefited from the presumption of legality (see Taner Kılıç, cited above, § 105) and that moreover pertained to the applicant's exercise of his Convention rights, in so far as the membership of a trade union and an association were concerned (see the further discussions within the framework of Article 11 of the Convention in paragraphs 385-397 below). The domestic courts were therefore required to clarify how these acts had reinforced the finding regarding the applicant's membership of an armed terrorist organisation. The Court notes in particular that the explanation provided by the applicant to account for his Bank Asya transactions was never verified or otherwise addressed by the domestic courts."

14. Shortly after the ECtHR's judgment and the obligations prescribed under Article 46, those who have been convicted in similar 'ByLock trials' have petitioned domestic courts to re-open their criminal cases. However, domestic courts have systematically rejected requests for the re-opening of the criminal cases, citing as justification the lack of any ECtHR violation judgment against the individuals who made the requests. Previously made communications⁴ to the Committee of Ministers by other associations (Stitching Justice Square) have provided detailed information and documentation on these petitions.

15. Trials concluded after the Yalçinkaya judgment and the convictions rendered by different level courts also contradict the findings of the Grand Chamber in Yalçinkaya judgment and the individuals have been imprisoned for their so-called membership of an armed terrorist organization due to their legal actions. As submitted by Stitching Justice Square, following the announcement of the Yuksek Yalcinkaya judgment, 611 people were detained in 77 provinces for using the Bylock program or similar charges⁵.

Statements made by the high-level officials about the Yalçinkaya judgment

16. The systematic refusal by the Turkish judicial authorities to grant the re-opening of the criminal proceedings in similar cases should be considered in the context of statements made by high-level officials made after the Yalçinkaya judgment.

17. On 26 September 2023, the day on which the ECtHR announced the Yalçinkaya Grand Chamber judgment, the Minister of Justice Yılmaz Tunç made a statement on his official account and emphasized that the ECtHR had delivered a decision contrary to the ECHR⁶.

18. The President of the Constitutional Court, Mr. Zühtü Arslan, stated that he fundamentally disagreed with the ECtHR's judgment on Yalçinkaya and said "*We do not agree with the ECtHR decision. The Constitutional Court's decision is definite. Therefore, they have rendered a judgment other than our judgment. The ECtHR's decisions are publicly known and discussed. The most recent decision is also being discussed. But*

⁴ Rule 9.2 submissions by Justice Square on the implementation of Yüksek Yalçinkaya v. Türkiye (15669/20), 31.10.2023, [https://hudoc.exec.coe.int/eng?i=DH-DD\(2023\)1389E](https://hudoc.exec.coe.int/eng?i=DH-DD(2023)1389E) and 13.02.2024, [https://hudoc.exec.coe.int/eng?i=DH-DD\(2024\)217E](https://hudoc.exec.coe.int/eng?i=DH-DD(2024)217E)

⁵ Rule 9.2 submission by Justice Square on the implementation of Yüksek Yalçinkaya v. Türkiye (15669/20), 13.02.2024, paras.13-14, [https://hudoc.exec.coe.int/eng?i=DH-DD\(2024\)217E](https://hudoc.exec.coe.int/eng?i=DH-DD(2024)217E)

⁶ See, https://twitter.com/yilmaztunc/status/1706691787002191985?ref_src=twsrc%5Etfw%7Ctwcamp%5Etweetembed%7Ctwterm%5E1706691787002191985%7Ctwgr%5E66ab0c3c43aca58fa88dcecbdeba56e1d795e827%7Ctwcon%5Es1_&ref_url=https%3A%2F%2Fwww.bbc.com%2Fturkce%2Farticles%2Fcv2le2e07q1o

*ultimately the courts in Türkiye will determine the verdict. We will look at it in the re-opening of the criminal case. It will be brought before us and we will decide then."*⁷

19. At the opening ceremony of the Turkish Grand National Assembly new legislative year, the President described the ECtHR's judgment on Yalçinkaya as the last straw and made the following statements: *"The recent decisions of the European Court of Human Rights, an institution of the Council of Europe, have been the last straw. The members of the terrorist organization and their supporters who take courage from this decision should not be encouraged for no reason. This decision will not help the Fethullahist scoundrels who are already condemned in the conscience of the judgment."*⁸

20. As is clear from the judgments of the domestic courts and the statements of high-level officials, the Turkish authorities do not recognize the ECtHR's judgment. Domestic courts state that the judgment is binding only on the Yalçinkaya case and does not constitute grounds for re-opening proceedings or acquittal in other similar cases (despite the Court's judgment referring to general measures in respect of, but not limited to, the cases currently pending before the domestic courts).

21. In this respect, ASSEDEL hereby brings to the attention of the Committee of Ministers the expert and legal opinions prepared by well-known jurists in Türkiye after the delivery of the Yalçinkaya judgment, which set out by means of detailed legal norms how the re-opening of cases and acquittal processes should be conducted in similar cases. The original texts of these opinions are also attached as annexes to the submission.

Expert and legal opinions of jurists on the general measures required for the implementation of the Yalçinkaya judgment

22. Prof. Dr. Sami Selçuk is the former President of the First Presidency of the Court of Cassation and Head of the Department of Criminal Law at Bilkent University. His expert opinion (**Annex-1**) written first summarizes the principles of universal legal norms regarding the legality of crimes and punishments under criminal law. According to the Turkish Penal Code and the ECtHR, as *per* Article 7 of the Convention, the legal definition of crimes and their sanctions must be statutory, clear and unambiguous, and as a requirement of the principle of supremacy of law, the Convention must be observed

⁷ See, <https://www.diken.com.tr/aym-baskani-arслан-aihm-kararina-katilmiyoruz/>

⁸ See, <https://aktifhaber.com/gundem/erdogandan-aihm-in-yalcinkaya-kararina-tepki-bardagi-tasiran-damla-olmustur.html>

even in times of war or other extraordinary circumstances, and be closed to interpretations that allow for any deviation.

23. In view of the acquittal of defendants who have been convicted, based *inter alia* on the use of the ByLock application, for the crime of 'establishing a terrorist organization' and for the crime of 'being a member of such an organization', it is necessary to assess whether the requirement of *intent* for the crime of membership of an organization has been established and, in particular, that it must be proven that the use of Bylock has contributed materially or morally to the FETÖ/PDY terrorist aims by using force (coercion and violence).

24. As a result, the intention to use force and violence must be concretely demonstrated as evidence of the charges of membership and leadership of a terrorist organization in these proceedings. The expert opinion emphasized that a charge of membership of a terrorist organization cannot be made with evidence such as being a Bylock user, being a member of an association, having an account in a bank, attending religious conversations, subscribing to newspapers. Accordingly, Turkish courts should base their proceedings on this reasoning and should allow the re-opening of the criminal procedure for all the similar cases.

25. Prof. Dr. Doğan Soyaslan is lecturer at Çankaya University; his legal opinion (**Annex-2**) sets out steps to be taken for both the Yalçinkaya case, as well as for similar cases and trials. Firstly, implementation of individual measures requires the re-opening of the criminal proceedings against Mr. Yalçinkaya and his acquittal.

26. Further, the grounds of the Yalçinkaya judgment should be applied to all Bylock trials. In pending similar cases, local courts should not consider the mere use of the Bylock application as an indication of membership of an organization, in accordance with the presumption of innocence and objective responsibility. In other words, they should not convict Bylock users, as well as those who are members of certain associations and unions affiliated with FETÖ/PDY, or those who subscribe to certain newspapers, by accepting these as evidence.

27. The expert opinion notes that the Constitutional Court should rule that the right to a fair trial has been violated in the individual applications of persons who have been convicted on the basis of Bylock use, union-association membership, newspaper subscription, which are pending before the Constitutional Court, and should return the case file back to the first instance court.

28. Finally, the Yalçınkaya judgment should be applied retrospectively as a reason for re-opening of the criminal cases for those who had been convicted through final ‘Bylock decisions’.

29. A three-tier distinction is made in terms of how the retrial of the finalized cases in question can be legally initiated depending on the stage in which the cases are situated:

- a. If the conviction is finalized after the Court of Cassation judgment, the Chief Public Prosecutor of the Court of Cassation may, *ex officio* or upon the applicant's request, appeal the decision to the Criminal Chamber that upheld the conviction. Since it is in favor of the accused, there is no time limit (Article 308 of the Code of Criminal Procedure). The grounds for appeal should be the erroneous implementation of a law (Article 288/2 of the Code of Criminal Procedure).
- b. If the conviction is finalized after the judgment of the Criminal Chamber of the Regional Court of Appeal, the Chief Public Prosecutor's Office of the Regional Court of Appeal may appeal to the Criminal Chamber as of the notification of the judgment. He/she may file an objection *ex officio* or upon the request of the applicant's lawyer. No time limit is required for the appeal in favor of the accused (Article 308/A of the Code of Criminal Procedure).
- c. If the conviction is finalized after the decision of the first instance court due to the failure to appeal against it, then, after the *Yalçınkaya* judgment, the judgment may be brought into conformity with the law through overturning in the interest of the law according to Article 309 of the Code of Criminal Procedure. In this case, the Ministry of Justice, upon being informed of the ECtHR judgment, may request the Court of Cassation to overturn the judgment of the court of first instance by submitting its reasons.

30. Consequently, expert Mr. Soyaslan indicated that the Yalçınkaya judgment applies to all similar proceedings, that all ongoing ‘ByLock’ proceedings should result in acquittal, and that, for finalized convictions, the above-mentioned retrial processes should be followed, and these individuals should also be acquitted.

31. In February 2024, the Executive Board Member of the Human Rights Center of the Union of Turkish Bar Associations, Attorney Dr. Serkan Cengiz, published a report titled “*Evaluation of the ECtHR Yüksel Yalçınkaya v. Türkiye*” (**Annex-3**).

32. According to this report, the Yalçınkaya judgment is the first judgment on the entirety of FETÖ/PDY-related criminal proceedings. It is a requirement of Article 90, Paragraph 5 of the Constitution that the findings of the ECtHR's judgment be taken into account on a wider scale, including, but not limited to the cases pending before the local courts, in

order to find an appropriate solution to eliminate the underpinnings of the structural problems identified and pointed out by the ECtHR under Article 46. Within this context, a change in jurisprudence should be made to eliminate the structural problems identified by the ECtHR for trials based on the use of Bylock applications and other such evidence for ongoing trials. For finalized convictions, the retrial institution should operate based on the principle of *restitutio in integrum*.

33. Assoc. Prof. Dr. Tolga Şirin (**Annex-4**), lecturer at Marmara University Faculty of Law, prepared an expert opinion upon the request of another person convicted on similar evidence, addressing the effects of the Yalçinkaya judgment towards other similar cases. Regarding the impact of the Yalçinkaya judgment on the referenced case, Mr. Şirin referred to Article 311(e) of the Code of Criminal Procedure which as follows: "*... e) If new facts or new evidence have been produced, which when taken in to consideration solely or together with the evidence previously submitted, are of the nature that require the acquittal of the accused or the conviction of the accused because of a provision of the Criminal Code that require a lighter punishment; ...*". Accordingly, the conditions for re-opening the criminal case are fulfilled when it comes to convictions rendered as a result of proceedings based on evidence such as the use of the Bylock application, delivered subsequently to the Yalçinkaya judgment. As a result, the expert argues that all institutions and organizations using public power, especially judicial bodies, should take the necessary steps to return the victims of violations to their status before the violation. Mr. Şirin highlighted that the first step for national judges in this direction is to activate the institution of renewal of the proceedings and the second step is to conduct trials according to the principles set out in the Yalçinkaya judgment.

34. The legal opinion prepared by Prof. Dr. Mustafa Ruhen Erdem (**Annex-5**), lecturer at Yaşar University Faculty of Law, evaluated whether a person who is currently on trial for FETÖ/PDY membership at first instance can be convicted based on the evidence in his file. As noted by Mr. Erdem, the evidence in the case file in question includes the alleged use of Bylock, taking part in the board of directors of an association closed down by a decree law, having a bank account at Bank Asya, being in contact with high-level leaders of FETÖ/PDY, and the witness statements. Mr. Erdem pointed out that in order to answer the question whether the person concerned can be convicted as a result of the aforementioned evidence, the principles of the Yalçinkaya judgment must be applied, which is binding for the Turkish judiciary under Article 46 of the Convention for similar FETÖ/PDY trials. The expert report concluded that the person could not be convicted of membership of an armed terrorist organization on the basis of the outstanding evidence in the relevant case file.

Concrete steps required to be followed for Bylock prosecutions under the general measures

35. As a result of the expert and scientific opinions summarized above, following the Yalçinkaya judgment, the steps to be taken in Bylock trials under Article 46 ECHR should be as follows:

- The national jurisprudence on Bylock trials needs to be revised according to the ECtHR's findings.
- As a result of this jurisprudence;
 - Ongoing trials at first instance must result in acquittal;
 - Convictions pending before the Court of Appeal and Court of Cassation should be overturned;
 - For the individual applications before the Constitutional Court, violation decisions should be issued and the files should be sent back to the courts of first instance for re-trials.
- As regards final convictions, requests for re-trial should be accepted under applicable procedural law in accordance with the procedure detailed in paragraph 27. However, given the current resistance of local courts to apply this procedure, a legislative amendment should be made to Article 311, subparagraphs e and f of the Criminal Procedure Code. In this context, the relevant subparagraphs should be amended so that the Yalçinkaya judgment not only has consequences for the applicant but also for all other Bylock trials, as requested by the ECtHR under Article 46.

V. CONCLUSION AND RECOMMENDATIONS

36. The current Turkish judicial practice in similar cases and the statements of high-level authorities reveal that this type of proceedings (and convictions) continue, ignoring the general measures that should have been taken for the implementation of the *Yalçinkaya* judgment. The domestic courts' justification for this practice is the incorrect interpretation that the ECtHR judgment applies only to Mr. Yalçinkaya and has no effect on other similar proceedings (despite the fact the Court had applied Article 46). However, the implementation of this judgment requires appropriate general measures that can address these violations particularly in respect to the cases currently pending before the domestic courts at the time of the judgment, **but not limited to these**. The Court specifically indicated that the authorities need to take any (other) general measures as appropriate in order to resolve the problem identified. This also means that solutions should be put in place to trigger the re-opening of closed ByLock proceedings in which defendants were

convicted. Specifically, the Turkish authorities should consider the enforcement of Article 311 (subparagraphs e and f) of the Criminal of Criminal Procedure and should carry out legal amendments to the relevant subparagraphs of that article to address the systemic problem in the Yalçinkaya judgment. The Turkish courts should order the acquittal of individuals as a result of the re-trials by implementing the findings in Yalçinkaya Grand Chamber judgment.

37. In conclusion, within the context of general measures required, ASSEDEL requests the Committee of Ministers schedule the case for examination at its'earliest convenience and ask Türkiye to:

- submit a comprehensive action plan taking into account the findings and recommended steps in the expert legal opinions presented above,
- revise the substantive principles implemented in proceedings and investigations carried out in similar cases in accordance with the ECtHR *Yalçinkaya* Grand Chamber judgment, and
- introduce a procedure for initiating the re-opening of the criminal proceedings for all similar cases by carrying out legal amendments to the subparagraphs e and f of Article 311 of the Code of Criminal Procedure.

ASSEDEL

List of annexes

Annex-1: Expert opinion of Prof. Dr. Sami Selçuk

Annex-2: Legal opinion of Prof. Dr. Doğan Soyaslan

Annex-3: "*Evaluation of the ECtHR Yüksel Yalçinkaya v. Türkiye*" report published by the Human Rights Center under the Union of Turkish Bar Associations

Annex-4: Expert opinion of Assoc. Prof. Dr. Tolga Şirin

Annex-5: Legal opinion of Prof. Dr. Mustafa Ruhen Erdem

BİLİMSEL GÖRÜŞ

Prof. Dr. Sami SELÇUK

(Eski Yargıtay Birinci Başkanı)

(Eski İ. D. Bilkent Ü. Hukuk Fakültesi öğretim üyesi)

“Terorizmi tanımlayan tarih ve sayılı Terörle Mücadele Yasası’nın birinci maddesinde yapılan terör suçunun yasal tanımı (tipiklik) ve yapılan başvuru (no. 15669/20) üzerine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Büyük Dairesinin 26 Eylül 2023 tarihinde hüküm kurduğu “Yüksel Yalçınkaya / Türkiye Davası”nda, Ceza Yargılaması Yasası’nın (CYY) 67/6. maddesi ve fıkrası uyarınca Türk mahkemelerinde “ByLock” adlı şifreli mesajlaşma uygulamasının kullanılması konusundaki görüşü üzerine, Ankara Ağır Ceza Mahkemesinin kurduğu hüküm (Dosya No. Esas, Karar No. dolayısıyla Sanık, müdafisi ’nin (Ankara) isteği üzerine aşağıdaki bilimsel sonuçlara ulaşılmıştır.

I-“TERÖR” TANIMININ “SUÇ DÜZENLEME, SUÇ VE YAPTIRIMLARINI ÖNGÖRME TEKELİNİN YASALLIĞI”NA İLİŞKİN GÜVENCE İLKESİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Bilindiği üzere, hukukun üstünlüğü ilkesine dayanan demokratik devlet, bireyleri yalnızca hukuk kurallarıyla korumakla yetinemez; çağcıl devletlerin bile zaman zaman başına buyruk kotardıkları hukuka karşı da korumak durumundadır (Benzer görüş: Roxin, ileten: Akbulut, Berrin, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara, 2019, s. 287, dipnot. 287). Zira özgürlük temelinde yükselen ve yargılamayı da içeren böyle bir hukuk düzeninde çağcıl suç hukukunun değişmez iki işlevi vardır: Birincisi, insanın iç dünyasına asla girmemek, düşünce ve inanç dünyalarına yasaklar getirmeksizin her sorunu gün ışığında tartıştıran, yarıştıran bir barış tekniği olmak.

İkincisi de bir eylemi suç olarak düzenlerken, bu eyleme yaptırım uygularken ve bu eylemi yargılarken başına buyruk olmamak; sıkı sıkıya yasal çerçevede kalmak. Buna göre devlet, suç saydığı eylemleri yasalarla önceden düzenleyip açık, anlaşılır, sınırları belirli biçimde tanımlamalı, böylelikle bireyleri yasaklar konusunda uyarmalı, bunların yaptırımlarını ve nasıl yargılayacağını önceden belirlemelidir.

Bu durumu, herkesin bildiği üzere, çağcıl suç hukuku, Aydınlanmadan, özellikle Montesquieu ve Beccaria’dan bu yana küresel bir ilke olarak benimsemiş ve Latince olarak açıklamıştır. “Nullum crimen, nulla poena (et securitas mensura), nullum iudicium sine lege scripta” ([yazılı] yasadışı suç, ceza [ve önlem] ve yargılama olmaz (Merle, Roger, *Traité de droit criminel, I, problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général*, Paris, 2001, n. 151).

Demokratik devlet, bu işlevi yerine getirirken, yani bir eylemi suç olarak öngörürken, onu yaptırıma bağlarken ve yargılarken verdiği bu söze (taahhüt) bağlı kalacak ve güvenilir bir devlet olduğunu her zaman sergileyecek ve kanıtlayacaktır. Bir başka deyişle bir yargılama organı, yasayla tanımlanmayan bir eylemi asla suç olarak görmeyecek ve ona el atamayacak; eğer bu eylem yasada öngörülen bir suç ise, o zaman da yasada öngörülen bir ceza ve / ya önlem dışında bir yaptırımı söz konusu eylem hakkında asla uygulamayacak; eğer eylem yaptırıma bağlanan bir suç ise, mahkeme bunu kesinlikle yasalara uygun biçimde yargılayarak karar verecektir. Böylelikle devletin bireylere başına buyruk

davranmasının önlenmesi amacı da gerçekleşmiş olacaktır (Önder, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, 1992, İstanbul, s. 58).

Bu küresel ve uluslararası ilke, AIHS (m. 15, 7), Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi (m. 11 / 2) ve 1950 tarihli İnsan Hakları ve Ana Özgürlüklerini Korumaya ilişkin Avrupa Sözleşmesinde (m. 7 / 1) de yer almıştır.

Bu ilkeye ülkemizde ilk yer veren Yasa, 1274 (1858) tarihli “Ceza Kanunname-i Hümayunu”dur (m. 1, 2, 3, 4, 5). Daha sonra sırasıyla 1876 tarihli Kanun-i Esasi (m. 10), 1961 Anayasası (m. 33), 1926 / 765 sayılı TCY (m. 1) ve 1982 Anayasası (m. 38) bu hak ve özgürlüklerin olmazsa olmaz güvencesi olan bu ilkeyi benimsemiştir.

Bu ilke, yürürlükteki TCY’nin ikinci maddesinde daha ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bunun tarihsel bir nedeni vardır ve o da şudur: 1926 / 765 sayılı TCY döneminde ilkin Yargıtay CGK, somut bir varlığı olmadığı halde alınıp satılabilmesine, başkalarına ve mirasçılara aktarılabilmesine, dolayısıyla ekonomik değeri bulunmasına dayanarak genişletici / örnekseme (kıyas, analogie) yorum yöntemlerine başvurarak, tıpkı elektrik akımı gibi, telefon hattının kullanılmasını malvarlığına sokması (CGK, 27.6.1988, 6-175 / 306); daha sonra da bu kararın Yargıtay İçtihatları Birleştirme kararına (6.4.1990, 1989-2 / 1990-3) dönüşmesidir. Bunun üzerine yasa yapıcı, haklı olarak daha ayrıntılı üç fıkradan oluşan yasal bir düzenlemeyle gelecekte buna benzer kararların önünü kapatmak istemiştir. Özetle Yasa’nın, suçta ve cezada yasallık ilkesi başlığı altında bu ilkeye ilişkin düzenlemesi şöyledir: “Yasanın açıkça suç saymadığı bir eylem için kimseye ceza verilemez ve güvenlik önlemi uygulanamaz. Yasada yazılı cezalardan ve güvenlik önlemlerinden başka bir ceza ve güvenlik önlemine hükmolunamaz. Yönetimin (yürütmenin) düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza öngörülemez. *Yasaların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz*”.

Özellikle son cümle Yasa yapıcısının yukarıda özetlenen kaygısını yansıtmaktadır.

Ekleyelim ki, Anayasa’mıza ve AYM kararlarına göre, bu ilke yönetsel yaptırımları da içermektedir (Anayasa Mahkemesi, 23.02.2006, E. 2005 / 42, K. 2006 / 27, RG, 23.03.2007)

Bilindiği üzere Montesquieu’ye göre, zorba (despotik) yönetimlerde yasa olmadığından yargıçlar, başlarına buyruk; monarşik (meşrutî) yönetimlerde ise, yasa açıksa, yargıçlar yasanın bu açık hükmüne göre, değilse yasanın özüne (ruhuna) göre karar verirler. Oysa cumhuriyet yönetimlerinde, tıpkı dinsel yorumun temel ilkesi olan “Kutsal kitap kendini kendisi yorumlar” (scripture must interpret itself) (Gözler, Kemal, Hukuka Giriş, Bursa, 2018, s. 302) anlayışında görüldüğü gibi, yargıçlar yasaların metinleriyle sıkı sıkıya bağlıdır; yorum yetkileri yoktur. Onlar, yasaların sözcüklerini yineleyen birer ağızdan başka bir şey değildirler (Montesquieu, Œuvres complètes, Seuil, Paris, 1964, De l’esprit des lois, livre I, chapitre, 2, livre XII, chapitre, 3).

Bu anlayış aslında Justinianus’tan (Giustiniano, Jüstinyen) bu yana geçerli olan “*yorum erki, yasayı yapan erke aittir: ejus est interpretari legem cujus est condere legem*” kuralına dayanmaktadır. Bu yüzden “yasama yorumu” (*référé législatif*), Devrimden sonra bile uzun süre Fransa’da, 1832-1865 yılları arasında Belçika’da, 1961 Anayasa’sına değin Türkiye’de gündemde kalmıştır (Gözler, Hukuka Giriş, s. 284-286).

Bütün bunların etkisi altında kalan Beccaria da, ilkin ceza yasalarının nasıl kaleme alınması ve yorumlanması gerektiği üzerinde durmuş, ustası Montesquieu’nün etkisiyle

yargıçlara yorum yapmayı yasaklamıştır (Montesquieu, Œuvres complètes, Seuil, Paris, 1964, De l'esprit des lois, livre I, chapitre, 2, livre XII, chapitre, 3; Beccaria, Cesare, (Sami Selçuk), Suçlar ve Cezalar Hakkında, Ankara, 2019, n. IV, V). Beccaria'ya göre, yazılı hukuka girmesi gereken ilkeler, üçtür: Yasak olan eylemi tanımlamak (III, XI, XVI, XXX, XLVII); cezayı belirlemek (VIII, XVI, XLVII) ve yargılamanın nasıl yürütüleceğini yasal kurallara bağlamak (XLVI).

Günümüzde ise yasaların yorum tekeli, elbette yargıca ait ise de, ceza hukukunda bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunmasının biricik güvencesi ve "suçlunun Magna Carta'sı" olan (S / S-Eser, iletenler: Koca / Üzülmüş, s. 57) bu "suçların yasallık ilkesi"ne sıkı sıkıya uyulmak gerekir.

Bilindiği üzere bu ilkenin, bütün suç hukuku yapıtlarında ayrıntılarıyla yer alan ve yasama, yasa yapıcı, yürütme, yargılama erklerine ve yargıçlara yönelik belirleyici iletileri ve işlevleri bulunmaktadır.

Bunlardan salt yasama erkine / yasa yapıcıya yönelik ilke, bilindiği üzere, "açık ve seçiklik (lex clarus et distinctus) ya da besbellilik (lex certa) ilkesi"dir.

Bilindiği üzere Beccaria, yasaların herkesin anlayacağı dille, açık ve seçik (clarus et distinctus, vazih ve mümeyyiz, bu kural, Descartes'ındır) olmasını, yani konusu ve nesnesi başka şeylerle karışmayan berrak bilgi, arı duru düşünceyi sergilemesini, ceza yasalarını berrak, arı duru biçimde kaleme alınmalarını çok sık dile getirmiştir (IV, V, XI, XXIV, XXX, XLI, XLVII). Aslında yasaların anlaşılabilir dille yazılmaları kuralı, eski Roma'dan bu yana bilinmektedir: Leges ab omnibus intellegi debent: yasalar, herkes tarafından anlaşılabilirdirler". Öte yandan Sokrates'ten bu yana düşünürler, bu konuda kafa yormuşlardır. Platon'un "Yasalar"ında, Thomas Morus'un (1480-1535) "Düşülke"sinde (Utopia) bu konu irdelenmiştir (L'Ile d'Utopie ou la meilleure des Républiques, (P. Grunbaum-Ballin), Paris, 1935, s.71). Montesquieu de sorun üzerinde durmuştur (aynı yapıt, De l'esprit des lois, livre, VI, chapitre, 11, XI, chapitre 6; Lettres persanes, lettres, 1, 8, 9, 34, 37, 62, 72, 80, 113). Sonraki düşünürler ise, konuyu daha da derinlemesine incelemişlerdir. Gerçekten, Rossi'nin dediği gibi, yasalar, cebir formülleri gibi matematikçiler için değil, halk için yapırlar. Bu yüzden, daha önce de değinildiği üzere, insanlar, yasa hükümlerine kolaylıkla ulaşabilmeli, bunların anlamını ve sonuçlarını kolayca algılayabilmelidirler. Kısacası, kullanılan sözcükler, açık, kesin, belirgin olmalıdırlar. Zira yasalar, halk için yapırlar. Bu, aslında evrensel bir kuraldır. Özellikle ceza yasalarında kesinlik ilkesi, özgürlüklerin vazgeçilmez güvencesidir (Giorgio Marinucci-Emilio Dolcini, Corso di diritto penale, I, Giuffrè, Milano, 2001, s. 121 vd., 163 vd.; ayrıca bakınız: Sami Selçuk, Türkiye'nin Demokratik Dönüşümü, s. 100, dip not, 138'deki sonucunu kaynaklar).

Ancak, yasalarımızda yalın ve anlaşılabilir anlatımların kullanıldığını, sözcük ve terim birliğinin bulunduğunu, kavramlara aynı anlamların yüklendiklerini ileri sürmek çok güçtür. Ayrıntılı bilgi için bkz. (Montaigne, Essais, France Loisirs, Seuil, 1967, s. 663). Yasalarımızın dili hakkında bakınız: Sami Selçuk, Önce Dil, Ankara, 1993, s. 67 vd.). Bugün bu ilke, daha önce değinildiği üzere insan hakları bildirilerine de girmiştir: "Suçların yazılı, kesin, sonuçları önceden kolayca görülebilir biçimde yasayla belirlenmesi ilkesi" (*nullum crimen sine lege poenali scripta, scripta, certa e previa*) benimsenmiş; "ceza yasaları, cezalandırmadan önce açık biçimde uyarmalıdır" (*nemoat lex priusquam feriat*) denmiştir (Beccaria'nın Locke, özellikle Montesquieu'den aldığı açıktır. Montesquieu, aynı yapıt, De l'esprit des lois, livre, II, chapitre, 2, livre VI, chapitres, 3, 4, 5, 7, XI, chapitre,

6, XVI; Delitala, anılan yazı, s. 967- 971; Jean-Claude Bécane / Michel Coudere, La loi, Dalloz, Paris, 1994, s. 228 vd.; Yves Mathieu, Le terrorisme, Dalloz, Paris, 1997, s. 73. (Kaynaklar için bakınız: Sami Selçuk, Türkiye'nin Demokratik Dönüşümü, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara, 2001, s. 99, 100, 172, dipnotlar, n. 138, 139, 267).

Açıklık ve seçiklik (lex clarus et distinctus) ya da besbellilik (lex certa) ilkesi, ceza yasası düzgüsünün suç oluşturan eylemin ve yaptırımının orta boy insanlarca, yorum gereği duymaksızın, kolaylıkla anlaşılabilir olmasını, böylelikle hangi eylemi yapıp yapmayacaklarını önceden bilebilip ayırımına varmalarını, yani bu bilgiyle suçlu duruma düşmemelerini sağlayacak biçimde kesin anlamlı sözcüklerle tanımlamasını anlatmaktadır. Hiç kuşkusuz bu ilkeye uymak, suç oluşturan eylemleri bilmeleri açısından insanlar için önemli bir güvence; yasa yaparken açık ve seçik olmaya özen gösteren ve duraksamalara izin vermeyen devlet açısından ise vazgeçilemez bir güvenilirlik ölçütüdür.

AIHM'nin kararları da bu yöndedir.

Çünkü bu ilke, yorum yapmayı yasaklamasa da, belirsiz ve yoruma açık yasal düzenlemeleri ve suç hukukunda örneksemeyi (benzetme, kıyas, analogie) yasaklamaktadır.

Bu açıdan temel yasalardan biri olan Türk Ceza Yasasının sözgelimi, 305'inci maddesinde düzenlenen "*Temel milli yararlar karşı faaliyette bulunmak için yarar sağlama*" suçunda kullanılan kavramların sınırları belirsizdir. Özellikle maddede geçen "*ulusal yarar*" teriminin içeriği ve sınırı elbette belirli değildir.

Platon'un "Yasalar"ında, Thomas Morus'un (1480-1535) "Düşülke"sinde (Utopia) bu konu irdelenmiştir (L'Ile d'Utopie ou la meillure des République, (P. Grunebaum-Ballin), Paris, 1935, s.71). Montesquieu de sorun üzerinde durmuştur (aynı yapıt, De l'esprit des lois, livre, VI, chapitre, 11, XI, chapitre 6; Lettres persanes, lettres, 1, 8, 9, 34, 37, 62, 72, 80, 113). Sonraki düşünürler ise, konuyu daha da derinlemesine incelemişlerdir. Gerçekten, Rossi'nin dediği gibi, yasalar, cebir formülleri gibi matematikçiler için değil, halk için yapılırlar. Bu yüzden, daha önce de değinildiği üzere, insanlar, yasa hükümlerine kolaylıkla ulaşabilmeli, bunların anlamını ve sonuçlarını kolayca algılayabilmelidirler. Kısacası, kullanılan sözcükler, açık, kesin, belirgin olmalıdırlar. Zira yasalar, halk için yapılırlar. Bu, aslında evrensel bir kuraldır. Özellikle ceza yasalarında kesinlik ilkesi, özgürlüklerin vazgeçilmez güvencesidir (Giorgio Marinucci-Emilio Dolcini, Corso di diritto penale, I, Giuffrè, Milano, 2001, s. 121 vd., 163 vd.; ayrıca bakınız: Sami Selçuk, Türkiye'nin Demokratik Dönüşümü, s. 100, dip not, 138'deki sonucunu kaynaklar). Ancak, yeri gelmişken belirteyim ki, yasalarımızda yalın ve anlaşılabilir anlatımların kullanıldığını, sözcük ve terim birliğinin bulunduğunu, kavramlara aynı anlamların yüklendiklerini ileri sürmek çok güçtür. En yakın örnek, yürürlük 2004 / 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Yasasıdır. Bir iki örnekle yetineyim. Deyiş, terim yerine deyim diyen, suç öngörmek yerine "suç koyma"ktan söz eden, "üstesinden gelinemez yanlış" ya da "kaçınıl(a)maz yanlış"ya (madde, 30) kimi zaman "sakınılamaz hata" (madde, 2) diyerek terim ve kavram birliğini ciddiye almayan bir yasadır bu. Vaktiyle Montaigne, bu konuda şöyle demişti: "Yasalar, çoğu kez yetersiz, eşitlik hıncı içinde kıvranan, adaletsizliğe uğramış insanlar, boş ve kararsız yazarlar tarafından yapılırlar. Yasalar kadar, yaygın biçimde yanlış ve rasgele olan hiçbir şey yoktur." Montaigne, Essais, France Loisirs, Seuil, 1967, s. 663). Yasalarımızın dili hakkında bakınız: Sami Selçuk, Önce Dil, Ankara, 1993, s. 67 vd.). Bugün bu ilke, daha önce değinildiği üzere insan hakları bildirilerine de girmiştir: "Suçların yazılı, kesin, sonuçları önceden kolayca görülebilir biçimde yasayla

belirlenmesi ilkesi” (*nullum crimen sine lege poenali scripta, scripta, certa e previa*) benimsenmiş; “ceza yasaları, cezalandırmadan önce açık biçimde uyarmalıdır” (*moneat lex priusquam feriat*) denmiştir (¹ Beccaria’nın Locke, özellikle Montesquieu’den aldığı açıktır. Montesquieu, aynı yapıt, *De l’esprit des lois*, livre, II, chapitre, 2, livre VI, chapitres, 3, 4, 5, 7, XI, chapitre, 6, XVI; Delitala, anılan yazı, s. 967- 971; Jean-Claude Bécane / Michel Couderc, *La loi*, Dalloz, Paris, 1994, s. 228 vd.; Yves Mathieu, *Le terrorisme*, Dalloz, Paris, 1997, s. 73. (Kaynaklar için bakınız: Sami Selçuk, *Türkiye’nin Demokratik Dönüşümü*, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara, 2001, s. 99, 100, 172, dipnotlar, n. 138, 139, 267).

Açıklık ve seçiklik (*lex clarus et distinctus*) ya da besbellilik (*lex certa*) ilkesi, ceza yasası düzgüsünün suç oluşturan eylemin ve yaptırımının orta boy insanlarca, yorum gereği duymaksızın, kolaylıkla anlaşılabilir olmasını, böylelikle hangi eylemi yapıp yapmayacaklarını önceden bilebilip ayırmasına varmalarını, yani bu bilgiyle suçlu duruma düşmemelerini sağlayacak biçimde kesin anlamlı sözcüklerle tanımlamasını anlatmaktadır. Hiç kuşkusuz bu ilkeye uymak, suç oluşturan eylemleri bilmeleri açısından insanlar için önemli bir güvence; yasa yaparken açık ve seçik olmaya özen gösteren ve duraksamalara izin vermeyen devlet açısından ise vazgeçilemez bir güvenilirlik ölçütüdür.

Yaptırımın türü, miktarı, sınırları, bunların belirlenmesinde uyulacak kurallar ve ölçütler açısından da elbette aynı ilke geçerlidir.

AİHM’nin kararları da bu yöndedir.

Elbette bu ilke, yasalarda açık ve seçik olan betimleyici kavramlara yer vermeyi gerektirmekte ise de, Beccaria’nın dediklerini tersine yorum yapmayı yasaklamamaktadır. Ancak yine de yasal düzenlemelerde bu konuda özenli olmak; olabildiğince herkesin üzerinde uyduğu sözcüklere yer vermekte yarar vardır.

İleride görüleceği üzere, yasa yapıcısı ve yargıç, suç hukukunda örnekseme (benzetme, kıyas, analogie) yasağı bulunduğunu asla unutmamalıdır.

Bu açılardan bakıldığında söz konusu ilkeye göre, yasa yapıcının yaptırımını belirleyip eylemin koşullarını yönetime bıraktığı “ak” ya da “açık düzgü”lerden kaçınması gerekir. Zira bu ilkeye göre, Bakanlar Kurulunun yasayla kendisine verilen yetkiye dayanarak kararname ya da tüzükle ya da bakanlık veya müsteşarlıklar tarafından çıkarılan yönetmelik, sirküler, tebliğ gibi düzenleyici işlemlerle suç yaratılması elbette Anayasaya aykırıdır (Erman, *Ticari Ceza Hukuku*, I, Genel Kısım, İstanbul 1992, s. 39, 40).

Ancak somut yaşamda bu ilkeye her zaman uyulduğu söylenemez.

Sözgelimi, temel yasalardan biri olan TCY’nin 305’inci maddesinde düzenlenen “*Temel milli yararlar karşı faaliyette bulunmak için yarar sağlama*” suçunda kullanılan kavramların sınırları belirsizdir. Özellikle maddede geçen “ulusal yarar” teriminin içeriği ve sınırı elbette belirli değildir.

TCY’nin ve AİHM’in Sözleşme’nin 7. maddesi uyarınca suçların soyut yasal tanımı (tipiklik, tipicité Tatbestand, Rechtswidrigkeit), ve yaptırımları yasal, açık ve seçik (*lex clarus et distinctus*), besbelli (*lex certa*) olmalıdır (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Bu güvence ilkesine, AİHM’e göre, hukukun üstünlüğü ilkesinin gereği olarak, Sözleşme’ye göre, savaş ya da başkaca olağanüstü durumlarda bile uyulmak, bu bağlamda herhangi bir sapmaya, sözgelimi, kıyasa izin veren yorumlara kapalı olmak gerekmektedir.

Bu bilgilerin ışığı altında 1991/3713 sayılı “Terörle Mücadele Yasası”nın 2.7.2012 sayılı Yasa ile değiştirilen ilk maddesindeki “**terör tanım**”ıyla ilgili **birinci maddesini** olduğu gibi yazalım ve bu tanımda kullanılan sözde terimlere, kısaca aşağıdaki metinde altı çizilen sözcüklere bakalım: “**Terör**, cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasi, 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 mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir.”

Sadece altı çizilen deyişler, “**terör suçu**”nun “**yasal tanım**”ının (tipiklik) tartışılmayacak oranda sakat olduğunu ortaya koymaktadır. Çünkü bu kavramların hiçbirinde herkesin, dolayısıyla yargıçların oybirliğiyle aynı tanımda buluşmaları olanaksızdır. Dolayısıyla terör suçunun yasal tanım ve düzenlemesi, “**açık-seçiklik ilkesi**”ne bütünüyle aykırıdır. Kanımızca okur-yazar ortalama her insanın **anlayacağı ve içerik ve tanımlarında uzlaşacağı** biçimde “**terör suç**”unun **tanımının açık-seçiklik ilkesi** doğrultusunda yapılması zorunludur. Özellikle maddede başvuru olan “**amaç**” ve “**şiddet**” kavramlarının kesin sınırları ve boyutları, herkesin, özellikle de bilim insanları ve yargıçların uzlaşacağı biçimde belirlenmelidir.

II-AİHM’NİN GÖRÜŞÜ KARŞISINDA “BYLOCK” KULLANILMASI

Kayseri C. Başsavcılığının 06/01/2017 tarih ve 2017/1138 soruşturma, 2017/260 esas sayılı iddianamesiyle sanık Yüksel Yalçınkaya hakkında “silahlı terör örgütüne üye olma ve terör suçlarını işlediği iddiasıyla Türk Ceza Yasası’nın (TCY) 314/2 ve 3713 Sayılı Terörle Savaşım Yasası’nın 5/1, 53, 63’üncü maddeleri gereğince cezalandırılması isteğiyle dava açılmış; mahkemece TCY’nin 314/2, 5/1, 62’nci maddelerine göre, 6 YIL 3 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir.

Hükümlülük kararının başlıca dayanakları, Bank Asya’da bir hesap sahibi olması, bir sendika (Aktif Eğitimciler Sendikası) ve derneğe (Kayseri Gönüllü Eğitimciler Derneği) üye olması; bu hukuksal görüşün özellikle üzerinde durduğu “ByLock” adlı şifreli bir mesajlaşma uygulamasını kullanmasıdır.

Nitekim adı geçen hükümlü, yargılanmanın ve mahkûmiyeti kararının Sözleşme’nin 6, 7, 8 ve 11. Maddelerine aykırı olduğu iddiasıyla 17 Mart 2020 tarihinde AİHM’e başvurmuştur; sonuçta Büyük Daire, 18 Ocak 2023 tarihinde kamuya açık olarak yapılan duruşma sonucunda kararını 26 Eylül 2023 tarihinde açıklamıştır.

Bu karara göre, “terör örgütü”nün var olup olmadığı eylemin kanıtlanmasına ilişkin bir konu olduğu için bu konuda karar verme yetkisi, elbette duruşma yapan mahkemelerin tekelindedir. Bu bağlamda 17/25 Aralık ve sonrasındaki olaylar ve MGK kararlarıyla ortaya çıkan görüşleri, “Hizmet Hareketi”nin bir suç örgütü olduğu yolundaki kabulü, çürütmüştür.

“Terör örgütü kurma” suçu nedeniyle açılan davada sanık Fetullah Gülen’in beraat etmesi, böyle bir yapılanmaya üye olma suçundan 2017 yılından önce kesinleşen bir mahkeme kararı bulunmaması karşısında, bir örgüt üyeliği suçunun kasıt ögesinin oluşup oluşmadığı değerlendirilmek ve özellikle ByLock kullanılmasının FETÖ/PDY’nin zor

(cebir ve şiddet) kullanarak terörist amaçlar taşıdığının ve bu kapsamda maddi ya da manevi katkıda bulunduğunun kanıtlanması zorunlu olmaktadır.

Bu konuda AİHM, şu noktalara dikkati çekmiştir:

A-Yerel Mahkemeler Açısından

a-Ceza Hukuku Uygulaması

aa-Yerel mahkemeler ya da kamusal organlar, ByLock kullanıldığını belirleseler bile, hükümlülük için bu belirleme, tek başına yeterli olamaz (§ 257). Ayrıca silahlı terör örgütü üyeliği için tipiklik ögesinde aranan süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluğa dayalı organik bir bağın kanıtlanması zorunludur (§ 264, § 265). Dolayısıyla aslında ByLock kullanıcısı olduğu iddia edilen her insanın yerel mahkemelerce “silahlı terör örgütü üyesi” olarak değerlendirileceği yolundaki ulaştığı “yargı,” temelsidir (§ 266).

bb-Bunların dışında ByLock kullanılması, suçun yasal tanımında (tipiklik, TCY, m. 314/2) bir alt öge de değildir. Dolayısıyla yerel mahkemelerin “ByLock kullanma” davranışını bırakınız suçun bütünü olarak, bir ögesi olarak görmeleri ve buna göre karar vermeleri, suçun yasal tanım (tipiklik) ögesine ve de böylesi bir eylemin öngörülebilirlik ilkesine aykırıdır (§ 267). Dolayısıyla böyle bir hükümlülük kararı, “suçların yasallığı ilkesi”ni dışlamakla kaymayacak, ceza hukukunda hiçbir temeli olmayan bir suç karinesi yaratacak; dolayısıyla suç eyleminin somut olarak gerçekleşmesine ilişkin somut güvenceyi öngörülemez biçimde yıkacak boyutta çarpıtılmış bir anlayışın ürünü; dolayısıyla çok çarpıcı ve hukuk açısından benimsenemez nitelikte çok çarpık bir yaklaşımın ürünü (§ 242, § 268, § 270, 271) olup, ceza hukukunda “suçların yasallığı temel ilkesi”ni yok edici olup, Sözleşme’nin 7. maddesinin ihlali demektir (§ 272).

AİHM, özet olarak, özellikle derece mahkemelerince suçun [özel] kast ögesinin oluştuğunun gösterilemediğini, mahkemelerin yükletilen suçun kurucu öğelerinin oluşup oluşmadığını göstermeden, sadece ByLock kullanmaya ceza sorumluluğu yüklediğini (§ 262, 264), Yargıtayın oluşturduğu TCY’nin 314 maddesinin ikinci fıkrasına ilişkin koşullara dahi uyulmadığını (§ 262), oysa özel kasıt ögesinin bu suçun oluşması açısından olmazsa olmaz bir öge olduğunu, ulusal mahkemelerin başvurucunun “*örgütün nihai amacını bilerek ve isteyerek hareket ettiğine dair somut delillere dayalı*” manevi unsurun oluştuğunu göstermekte yetersiz kaldığını (§ 248, 253, 263-264), mahkemelerin ceza yasasını geniş ve öngörülemez şekilde uygulamalarının “*suçun kurucu maddi ve özellikle manevi unsurun yok sayılmasına yol açtığını*,” bu uygulamanın yükletilen suçu objektif sorumluluğa dayanan bir eyleme dönüştürerek suç hukukunun kapsamından çıkarttığını, böylelikle de bütün Batı, Batıdan alınan Türk yasalarının ve iç hukukun gereklerine aykırı olarak uygulandığını (§ 271); somut olayda da durumun bu olduğu sonucuna ulaşmıştır.

Özetle AİHS’nin 7’nci maddesine ters düşecek biçimde sanığın işlediği iddia edilen suçun vazgeçilemez öğelerinin “düşman ceza hukuku” kavramını anımsatır biçimde genişletildiği ve böylelikle de AİHM’nin en duyarlı olduğu “yasadır suç ve ceza olmaz” ilkesinin çiğnendiği belirlenmiştir (§§ 271-272).

b-Ceza Yargılama hukuku Açısından

Her şeyden önce AİHM, “*Herkes, kendisine yöneltilen herhangi bir suç isnadının ... karara bağlanmasında, ... yasayla kurulmuş bir mahkeme tarafından ... adil bir ... duruşma yapılmasını isteme hakkına sahiptir. ...*” (§ 274) diyen Sözleşme’nin 6. maddesi karşısında “ByLock kullanılması” kanıtı, iç hukuk açısından yasal olarak elde edilmiş ve

bu bağlamda yargılama süreci adil olarak yürütülmüş müdür (§ 310) sorunları üzerinde durmuş ve aşağıdaki sonuçlara ulaşmıştır:

aa-Dava dosyasındaki bilgiler, ulusal mahkemeler ve Hükümet tarafından MİT'in faaliyetlerinin yasal dayanağı olarak ileri sürülen İstihbarat Hizmetleri Yasası'nın 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 yargılama yetkisine ilişkin güvenceler söz konusu değildir. Zira Ankara Dördüncü Sulh Ceza Mahkemesinin ByLock verilerinin CMK'nın 134. maddesi uyarınca incelenmesine yönelik kararı, MİT'in veri toplama faaliyetinin *post factum* yargısal denetimini içerdiğini göstermemektedir. Zira bu yaklaşım doğrultusunda ve MİT'in ilgili verileri adli makamlara sunmadan önce aylarca tuttuğu göz önüne alındığında, AİHM, başvuranın ByLock verilerinin güvenilirliğine ilişkin kuşkularının soyut ya da temelsiz olarak kolayca göz ardı edilebileceği konusunda Hükümetten ayrı düşündüğü ortaya çıkmaktadır. Dolayısı ile AİHM, MİT ya da yargılama makamları tarafından ortaya çıkan kuşkuları gidermek için bir önlem alınıp alınmadığı konusunu araştırmıştır (§ 317).

Bundan başka ByLock verilerinin MİT tarafından alınması sırasında adli makamlara teslim edilinceye değin bütünlüklerini sağlamaya yönelik özel güvenceleri ortada yoktur. Bu durum karşısında "kaliteleri" konusunda *ilk bakışta* şüphe uyandırdığı açıktır (§ 323).

AİHM'ye göre, yürütme erki, ByLock ile ilgili verilerin başvurana verilmemesini haklı çıkarmak için neden göstermemiş, başvurana ulusal mahkemeler tarafından ham verilerin özellikle de kendisini ilgilendirdiği oranda neden ve kimin kararıyla kendisinden saklandığına ilişkin hiçbir açıklama yapmamıştır. Ayrıca ByLock kullanıcı listelerinin nasıl oluşturulduğu ve bireysel ByLock kullanıcılarına ilişkin ham verilerin neden izole edilemediği ve ilgili kullanıcılarla paylaşılmadığı konusunda daha çok bilgi içeren tamamlayıcı analiz raporunun aleyhindeki suç yargılaması sırasında başvurana sunulmadığı soruları gündeme gelmiştir.

bb-Bu nedenle başvuran, bu gerekçelerin geçerliliğine karşı çıkma ya da çatışan yararlar arasında adil bir denge kurmak ve savunma haklarını güvence altına alma gibi bir çabanın gösterildiğine itiraz etmek ve bunlara karşı kanıt sunma olanağından yoksun kılınmış (§ 331); ayrıca başvuranın ham verilerin içeriğinin ve bütünlüğünün doğrulanması için bağımsız bir incelemeye sunulması isteğini dahi ulusal mahkemeler göz önüne almamıştı (§ 332).

B-AİHM Açısından

a-AİHM, başvuranın ByLock kanıtlarının güvenilirliğine ilişkin kaygılarını ele almış ve aşağıdaki sonuçlara ulaşmıştır:

aa-MİT tarafından yayınlanan farklı ByLock kullanıcı listeleri arasında, belirlenen ve kovuşturulan kullanıcı sayısı ile indirme sayısı arasında tutarsızlık ve bunlara ulusal mahkemelerce yanıt vermeme;

bb-Savunma makamının kanıtlarla doğrudan ilişki kuramama ve bunların doğruluğunu ve güvenilirliğini ilk elden doğrulayamama durumlarının ortaya çıkması nedeniyle ulusal mahkemeler, bu konuları daha kapsamlı incelemeye tabi tutmak zorundadır.

bb-Dahası, başvuran, ulusal mahkemeler önünde sürekli olarak, verilerin doğruluğunu ve bütünlüğünü sağlamak için çeşitli güvenceler öngören CMK'nın 134.

maddesi uyarınca ByLock verilerinin toplanmadığını ya da kendisiyle paylaşılmadığını savunmuş ve böylece bu kanıtların hem hukuka uygunluğuna ve hem de güvenilirliğine de itiraz etmiştir.

Buna karşılık yerel Mahkeme ise, veri toplama yargılamasının hukuka uygunluğunu ve başvuranın ByLock sunucusuyla bağlantı kurduğunu doğrulamanın dışında, ulusal mahkemelerin sunucudan elde edilen verilerin bütünlüğü, özellikle de 9 Aralık 2016 tarihinde adli makamlara iletilmeden önceki dönemde nasıl sağlandığı konusuna titizlikle davranmamış ve de bu konunun ele alındığı başka herhangi bir karara ya da uygulamaya da yollama yapılmamıştır.

cc-Bunların dışında özel olarak, ByLock verilerinin MİT tarafından toplanması ile sulh ceza mahkemesinin bunların incelenmesine yönelik kararı arasında, başvuran da dahil olmak üzere şüphelilerin soruşturulması ve tutuklanması için suç delili olarak kullanıldığı gerçeği göz önünde tutulmamıştır.

dd-MİT'in ceza yargılamalarında kanıt olarak kullanılmak üzere veri toplama yetkisinin bulunmadığı ve 9 Aralık 2016 tarihinde verilen mahkeme kararının bu şekilde toplanan kanıtları geriye dönük olarak "hukuka uygun" ve güvenilir kılamayacağı yönündeki iddialar, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtay tarafından incelenmemiş ve gözletilmemiştir (§ 334).

ee-Ham verilerin başvuranla paylaşılması mümkün olmasa dahi, taraflar arasındaki "adil denge" kurulmak, en azından yargılamanın, başvuranın, özellikle bu uygulama üzerindeki faaliyetlerinin niteliği ve içeriği de dahil olmak üzere, kendisiyle ilgili deşifre edilen materyalin tamamı hakkında yorum yapmasına olanak sağlanması zorunlu olduğu halde başvuranın hükümlülüğünden sonra da dosyaya veriler girmiş, üstelik başvuranın bu verilerin yokluğuna ilişkin itirazları, Yargıtay tarafından reddedilmiştir (§ 335).

ff-AİHM, aşağıdaki sonuca da ulaşmıştır: Savunmanın değerlendirilmesi sırasında ortaya çıkan önyargı nedeniyle ulusal mahkemelerin ByLock kanıtlarına ilişkin gerekçeleri yetersiz kalmıştır. Zira başvuran, savcılığın elindeki ByLock verilerine doğrudan karşı çıkamamış, bu ölçü ve nedenle de ulusal mahkemeler, bunları yeterli gerekçelerle destekleme ve başvuranın bunların doğruluğuna ilişkin itirazlarını ele alma olanağından yoksun kalmıştır. (§ 337).

gg-AİHM, ByLock uygulamasının 2016 yılının başlarına dek, yani yaklaşık iki yıl boyunca herhangi bir denetim olmaksızın halka açık uygulama mağazalarından ya da sitelerinden indirilebildiğine dikkat çekmiş; Bunun kanıtın teklik özelliğini ve gücünü zayıflattığını; dolayısıyla "örgütsel amaçlar" için kullanılıp kullanılmadığını doğrulamak için iddia edilen her kullanıcı için bu uygulama üzerinden gerçekleştirilen belirli faaliyetlerin incelenmesi gerektirdiğini vurgulamıştır (§ 338).

hh-AİHM, ByLock kullanımının yalnızca belirli bir grupta sınırlandırarak nitelikte olmadığı, yaygın olarak kullanıldığı, bunu başvuranın ulusal mahkemeler önünde de dile getirdiği (§ 339); Yargıtay da dâhil olmak üzere ulusal mahkemelerin, ByLock'un münhasır ve örgütsel olduğu iddiasına ilişkin olarak öncelikle MİT tarafından yapılan tespitleri yargılama dışı bir bağlamda kabul ettiklerini, özellikle bu tespitleri derinlemesine incelemediklerini (§ 340); aleyhindeki kanıtlara karşı çıkma, iddia makamıyla eşit düzeyde karşı çıkma güvencesinde yoksun kaldığı kanısına ulaşmakla kalmamış, ulusal mahkemelerin başvuranın özel ve ilgili istek ve itirazlarına yanıt vermemesi, savunmaya

duyarsız kalması başvuranın gerçekten “dinlenmediği” konusunda kuşku duymuştur (§ 341).

ii-AİHM, ayrıca yargılama yöntemlerine uygun olarak gerekçelendirilmiş kararlar, adaletin yasal olarak yerine getirilmesi açılarının öneminin büyük olduğu kaygısıyla ulusal mahkemelerin, davanın özüne ilişkin yaşamsal konularda sessiz kalmasına, başvuranın, mahkemelerin bulgularına ve ceza yargılamasının “sadece şekil yönünden” yürütülmesine ilişkin haklı kaygılar duymasına yol açılmaması gerektiğini vurgulamıştır (§ 341). AİHM, kısaca, AİHS m. 6 anlamında, çekişmeli yargılama (hükme esas alınan ana delile sanığın erişememesi) ve silahların eşitliği (savcı ile sanık arasında ByLock deliline erişme konusundaki eşitsizlik) ilkeleri ile, yargılamanın sonucunu esastan etkileyecek savunma argümanlarına mahkemelerin cevap vermemesi nedeni ile de gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğini örtülü olarak değerlendirmiştir.

jj-AİHM, demokratik toplumda adil yargılanma hakkının yerine getirilmesine, hiçbir yarar için kısılanmayacağı kanısında bulunduğu elde edilen kanıtların, elektronik olsun ya da olmasın, ulusal mahkemeler tarafından adil yargılamanın temel ilkelerini örseleyecek biçimde kullanılmayacağı (§ 344); başvuranın Bank Asya’da hesap açmasını, sendika ve dernek üyeliği kanıtlarının, ByLock’u destekleyici nitelikte kanıt ve sınırlı öneme sahip olması yüzünden incelememişse de, ulusal mahkemelerin kararlarında, bu eylemlerin, ikincil olarak da olsa, nasıl suç davranışına kanıt olabileceğine ilişkin anlamlı bir tartışmanın eksikliğini, bu bağlamda, söz konusu eylemlerin, gerçekleştirildikleri tarihte, yasallık karinesinden yararlanan görünüşte yasal eylemler olduğu (bkz. Taner Kılıç, § 105) ve dahası, bir sendikaya ve bir derneğe üyelik söz konusu söz konusu olduğu takdirde, başvuranın Sözleşme’deki haklarını kullanmasıyla ilgili bulunduğunu belirlemiş; bütün bunları gözeterek ulusal mahkemelerin, bu eylemlerin başvuranın silahlı bir terör örgütüne üye olduğuna ilişkin bulguyu nasıl güçlendirdiğini açıklığa kavuşturması gerektiğini; özellikle başvuranın Bank Asya işlemlerini açıklamak için sunduğu açıklamanın ulusal mahkemeler tarafından hiçbir zaman doğrulanmadığına ya da başka bir şekilde ele alınmadığına dikkati çekmiştir (§ 243).

kk-AİHM’ye göre, ceza yargılamalarının kendine özgü özellikleri vardır. Dolayısıyla binlerce kişiyle ilgili şifrelenmiş elektronik veri içeren temel kanıtların nitelik ve kapsamı açısından ulusal mahkemeler, adil yargılama kavramına denk düşmesi için önlemler almak, bu kanıtlara karşı çıkma olanaklarını sağlamak, kararlarını sağlam gerekçelere dayandırmak ve karşı çıkışlara olanak vermek zorundadır. Bu olanak ve güvencelerin yoluğu, adil yargılanma ilkesine aykırıdır (§ 345, § 356). Dolayısıyla FETÖ/PDY üyeliğinden hükümlülük kararlarında ByLock kanıtlarına dayanmak, benimsenmesi olanaksız genelleştirici bir yaklaşımdır (§ 364). Zira AİHM, Sözleşme’nin “Herkes, çıkarlarını korumak için sendika kurma ve sendikalara üye olma hakkı da dahil olmak üzere, barışçıl olarak toplanma ve başkalarıyla birlikte örgütlenme özgürlüğüne sahiptir” diyen maddesine göre, örgütlenme hakkının, dernek kurma hakkını da içerdiği kanısındadır (§ 385). Öte yandan AİHM, yargılama konusu sendika ve derneğin, darbe girişimi sonrasında FETÖ/PDY ile bağlantılı oldukları gerekçesiyle 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile kapatılmadan önce yasal olarak kuruldukları ve faaliyet gösterdikleri, bu yüzden Sözleşme’nin 11. maddesi kapsamına giren ve şiddeti özendirmeyen ya da demokratik toplumun temellerini reddetmeyen eylemlerin “yasallık karinesi”nden yararlanması gerektiğini vurgulamıştır (§390). Oysa Yerel Mahkeme, başvuranın bu yapılar içerisinde herhangi bir eylemde bulunup bulunmadığına ve eğer bulunmuşsa, bu eylemlerin niteliğinin ne olduğuna ilişkin herhangi bir açıklama yapmamış

(§ 391), hükümet ise, başvuranın sendika ve dernek üyeliklerine ilişkin yasallık karinesini çürütmek için herhangi bir kanıt sunmamıştır (§ 392).

II-AİHM, T. Ceza Yasası'nın 314. maddesinin kapsamını, bu hükmü yorumlayan yargısal görüşlerde zorunlu olan ve silahlı bir terör örgütüne üyeliği gösteren süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk ölçütlerini, bunları yerine getirecek somut öğeler bulunmaksızın, suç oluşturan bir davranış göstergesi başlığı altında, her ikisi de o dönemde yasa içinde etkinlik gösteren bir sendikaya ve bir derneğe üyeliği içerecek şekilde öngörülemeyen bir biçimde genişletildiği (§394), dolayısıyla yasal tanım (tipiklik) ögesine ters düşüldüğünü belirlemiştir.

B-SONUÇ

Yukarıda belirtilen hususlar ışığında AİHM aşağıdaki sonuçlara ulaşmıştır:

a-Mahkeme, yürürlükteki T. Ceza Yasası'nın 314/2. Maddesinin, başvuranın Aktif Eğitim-Sen ve Kayseri Gönüllü Eğitimciler Derneği üyeliğiyle ilgili olarak yorumlama şeklini, bu hükmün kapsamını öngörülemeyen bir şekilde genişlettiği, keyfi müdahalelere karşı gerekli asgari korumayı sağlamadığı ve bu nedenle Sözleşme'nin 11/2. maddesinin gerektirdiği şekilde "yasa ile öngörülmüş" olarak benimsenemeyeceği (§ 396), son çözümlemede mevcut davada Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlal edildiği kanısına ulaşmıştır (§ 402).

bb-AİHM'in Sözleşme'nin 46. maddesinde "*Yüksek Sözleşmeci Taraflar, taraf oldukları her davada Mahkeme'nin nihai kararına uymayı taahhüt ederler. Mahkeme'nin nihai kararı, kararın uygulanmasını denetleyecek olan Bakanlar Komitesi'ne iletilir*" denilmesi karşısında Mahkemenin Sözleşme'nin ihlal edildiğine ilişkin kararı, ilgili davalı Devlet'e, ihlale son verme ve ihlalden önceki duruma dönme yükümlülüğü (§ 404) getirmektedir.

cc- Bundan başka Mahkeme, bir kişinin Sözleşme'nin 6. ve 7. maddelerinin ihlal edilerek kurulan hükümlülüklerde, istek üzerine, yargılamanın yenilenmesi ya da davanın yeniden açılmasını ilke olarak benimsediğinden (§ 406-407); bu doğrultuda CMK'nın 311/1 (f) maddesi uyarınca Sözleşme'nin ya da Protokollerinin ihlal edildiğine ilişkin Mahkeme'nin nihai kararını izleyen bir yıl içinde yargılamanın yenilenmesinin istenilebileceğini (§ 411); bu gibi somut dava(lar)da yargılamanın yenilenmesi yoluna değinirken, "benzer olaylara ilişkin alınacak tedbirleri" de hükme bağlamıştır (§§ 413-418).

dd-Bundan başka AİHM, mevcut davada, Sözleşme'nin 7. ve 6. maddeleri kapsamındaki ihlallerin, özellikle **ulusal mahkemelerin ByLock kullanımına ilişkin nitelendirmelerinden kaynaklandığını da belirleyerek bu uygulamanın kullanıldığı ulusal mahkemelerde ilke olarak** herkesin T. Ceza Yasası'nın 314/2. maddesi uyarınca silahlı terör örgütüne üyelikten hüküm giyebileceğine işaret etmiştir (§ 413).

ee- Bu bağlamda AİHM, önüne gelen davada Sözleşme'nin 7. ve 6. maddelerinin ihlal edildiğinin belirlenmesine yol açan durumun, münferit bir olaydan kaynaklanmadığını ya da olayların belirli bir şekilde gelişmesine bağlanamayacağını, sistemik olabileceğini belirlemiş, dolayısıyla sorunun çok sayıda kişiyi etkilediğini, ByLock kullanılmasına dayanan hükümlülük kararlarına ilişkin ve Sözleşme'nin 7. ve / ya da 6. maddeleri kapsamında kalan ve sayısı 8.000'i aşan yakınmaların Mahkemede beklediğini vurgulamış (§ 414); mevcut davada yargılama yetkisinin Büyük Daireye bırakılmasından sonra Hükümet'ten, Anayasa Mahkemesi de dahil olmak üzere, ulusal

mahkemeler önünde görülmekte olan ve özellikle mevcut davada olduğu gibi ByLock mesajlaşma uygulamasının kullanılmasıyla ilgili T. Ceza Yasası'nın 314/2. maddesi uyarınca suçlamalar içeren ceza davası sayısını gözeterek ve yetkililer tarafından belirlenen ByLock kullanıcılarının sayısının yüz bin civarında olduğunu göz önünde bulundurarak, Sözleşme'nin 6. ve/veya 7. maddeleri kapsamında benzer şikâyetleri içeren daha birçok başvurunun kendisine yapılabileceğini not düşmüştür (§ 415).

ff-Bu durum karşısında AİHM'ye göre, bir ihlal, çok sayıda insanı etkileyen sistemik bir sorundan kaynaklandığı takdirde, böyle bir karara uyulması için ulusal düzeyde genel önlemler alınması gerektiği sonucuna ulaşılmış; Mahkeme İçtüzüğü'nün 61. maddesi uyarınca pilot karar usulü çerçevesinde sıklıkla başvurulmakla birlikte bu yöntemin uygulanmadığı davalarda genel önlemlere vurgu yapılmıştır. Bunlardan hangi yöntem benimsenirse benimsensin, bu tür göstergelerde güdülen amaç, ulusal düzeydeki sistemik sorunları çözerek sözleşmecî devletlerin sözleşme sistemindeki rollerini yerine getirmelerine yardımcı olmaktır (§ 416). Dolayısıyla Mahkeme bu bağlamda, "Bakanlar Komitesi'nin Rec(2004)6 sayılı tavsiye kararında belirtildiği üzere, devletlerin Sözleşme ihlallerinin altında yatan sorunları çözme konusundaki genel yükümlülüğü vurgulamakta, sözleşmecî devletler ise, Mahkeme tarafından belirlenen sistemik ve yapısal insan hakları sorunlarını çözme ve, Devlet ve Hükümet Başkanları Zirvesi sırasında açık bir şekilde ifade edildiği üzere, bağlayıcı niteliklerini göz önünde bulundurarak AİHM kararlarını tam, etkili ve hızlı bir şekilde uygulanmasını sağlama konusundaki aslında taahhütte bulunmuşlardır (bkz. Reykjavik Deklarasyonu Ek IV). Zira AİHM'nin amacı ve kaygısı, aslında insan hakları koruma sisteminde belirlenen kusurun hızlı ve etkili bir şekilde düzeltilmesini kolaylaştırmaktır. Gerçekten aslında Komite kararları sadece önüne getirilen davaları karara bağlamakla bitmemeli, bu konuda bir kusur belirlendiğinde, ulusal makamlar, Bakanlar Komitesi'nin denetimine tabi olarak ve de Sözleşme sisteminin temelini oluşturan ikincilik ilkesine uygun ve gerekirse geriye dönük olarak ihlali önleyici önlemleri almalıdır. Böylelikle Mahkeme, bir dizi benzer davadaki ihlal olgusunu yinelemek zorunda kalmayacaktır (§ 417).

Nitekim Mahkeme, önceki kararlarında geçen şu paragrafı da yinelemiştir: "*Ayrıca, Mahkeme'nin Sözleşme kapsamındaki temel görevinin, Sözleşme'nin 19. maddesinde tanımlandığı üzere, 'Yüksek Sözleşmecî Tarafların Sözleşme ve Protokollerinde üstlendikleri taahhütlere uyulmasını sağlamak' olduğu hatırlanmalıdır. Sözleşme'ye ilişkin herhangi bir sorunun kalmadığı davalarda sürekli olarak bireysel kararlar verilmesi gerekliliğinin bu görevle uyumlu olduğu söylenemez. Bu yargısal uygulama, Sözleşme kapsamındaki insan hakları korumasının güçlendirilmesine yararlı veya anlamlı bir şekilde katkıda bulunmaz; ...*" (§ 417).

Özetle bütün bu nedenlerle AİHM, gelecekte çok sayıda davada benzer ihlalleri belirlemek zorunda kalmamak amacıyla önüne gelen davada belirlenen yanlışların ilgili ve mümkün olduğu ölçüde, Türk makamları tarafından daha geniş bir ölçüde, bir başka anlatımla önüne gelen özel davanın ötesinde ele alınması gerektiği görüşündedir. Dolayısıyla, davalı TC Devleti'nin Sözleşme'nin 46. maddesi kapsamındaki yükümlülüklerine uygun olarak, verilen karardan esinlenerek özellikle ulusal mahkemeler önünde görülmekte olan davalarla sınırlı kalmamak üzere, gerekli sonuçları çıkarmak ve burada ihlal bulgularına yol açan yukarıda belirlenen sorunu çözmek için uygun düşen başkaca genel önlemleri alması gerekmektedir. Kısaca ulusal mahkemeler, mevcut kararda yorumlandığı ve uygulandığı şekliyle ilgili Sözleşme ölçütlerini dikkate almalıdır. AİHM, Sözleşme'nin 46. maddesinin, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş uluslararası

anlaşmaların yasa düzeyinde olduğu ve bunların anayasaya uygunluğuna itiraz etmek için Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı yolundaki Türkiye Anayasası'nın 90/5. maddesi uyarınca Türkiye'de anayasal bir kural hükmünde olduğunu anımsatmak gereğini duymuştur (§ 418).

Son çözümlemede AİHM, özellikle Sözleşme'nin "*Mahkeme, işbu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşme Tarafının iç hukuku bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören tarafın adil tazminine hükmeder*" diyen 41"inci maddesi hükmünü de anımsatmış (§ 419); maddi tazminat talebinin kanıtlanmaması ve manevi tazminatın da, başvuranın CMK'nın 311/1 (f) maddesi uyarınca, mevcut kararın verilmesinin ardından iç hukuktaki yargılamaların yeniden başlatılması imkânına sahip olunması ve istenilmesi durumunda mevcut davada söz konusu olan Sözleşme hükümlerinin gerekliliklerine uygun olarak yargılamaların yeniden başlatılmasının ilke olarak en uygun telafi biçimi olduğu kanısını vurgulamış (§ 424-425) ve başvurana giderler olarak toplam 15,000 avro ödenmesine karar vermiştir (§ 432).

AİHM, Sözleşme'nin altıya karşı on bir oyla, bire karşı on altı oyla, 6/1. maddelerinin ihlal edildiğine; 11. maddesinin ise oybirliğiyle çiğnendiğine; bire karşı on altı oyla, Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamındaki öbür yakınmaların ve Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamındaki yakınmanın kabul edilebilirliğini ve esasını incelenmesine gerek bulunmadığına; yediye karşı on oyla, ihlal belirlenmesinin, başvuranın uğradığı manevi zarar için tek başına yeterli ve adil bir tazmin biçimi oluşturduğuna; üçe karşı on dört oyla, davalı Devletin, üç ay içinde, başvuru sahibine, masraf ve harcamalar için 15,000 avro (on beş bin avro) ve bunun yanı sıra başvuru sahibinden istenilmesi olası her türlü vergiyi, uzlaşma tarihinde geçerli olan kur üzerinden davalı Devletin para birimine çevrilmek üzere ödemesine; ayrıca yukarıda belirtilen üç aylık sürenin bitiminden uzlaşmaya kadar, yine yukarıda belirtilen tutar üzerinden, temerrüt süresi boyunca Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal borç verme oranına eşit bir oranda artı yüzde üç puan basit faiz ödemesine; yediye karşı on oyla, başvuranın adil tazmin talebinin geri kalanının reddine karar vermiş; bu karar, İngilizce ve Fransızca olarak hazırlanmış ve Mahkeme İç Tüzüğü'nün 77/2. ve 3. maddeleri uyarınca 26 Eylül 2023 tarihinde Strazburg'daki İnsan Hakları Binası'nda halka açık bir duruşmada açıklanmıştır.

Özetle, ulusal mahkemelerce "sanığın örgütün nihai amacını (şiddete başvurma) bilerek ve isteyerek örgüte üye olduğu" sorunu, somut delillere dayalı olarak (suçluluk karinesine değil [*la présomption de culpabilité*], § 268) gösterilmedikçe suçun manevi ögesi kanıtlanmamış olacak ve yeniden yargılamada bile, hükümlülük kararı verilirse AİHS m. 7 ihlali yeniden yaşanacaktır.

AİHS m. 6'ya gelince, yukarıda açıklandığı üzere, ByLock'a ilişkin kanıt (delil) açısından çekişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkeleri ile gerekçeli karar hakkının gerekleri yerine getirilmeden yapılacak her yargılamada aynı ihlal yeniden yaşanmış olacaktır.

AİHS m. 11 açısından ise, kararda kullanılan dil dikkate alındığında, suç oluşturan herhangi bir faaliyete dayanılmadan, "*sırf derneğe veya bir sendikaya üyelik*" hiçbir ceza yargılamasında suç delili olarak dahi gösterilemez. Zira böyle bir durum, örgütlenme özgürlüğünün ihlali demektir.

ULAŞILAN SONUÇ: Görüldüğü üzere, AİHM'nin özellikle Yalçınkaya kararından da anlaşılacağı üzere terör örgütü üyeliği ya da yöneticiliği suçlamasının kanıtı olarak, cebir ve şiddet içerikli bir eyleme yönelik iradenin somut biçimde ortaya konulması zorunludur. Söz konusu irade bu kapsam ve biçimde ortaya konulmadıkça, salt Bylock iletişim sisteminin kullanılması gibi yetersiz bir kanıt dayanılarak terör örgütü üyeliği ya da yöneticiliği suçundan hükümlülük kararı verilemez. Dahası kararda belirtilen Bank Asya adlı bankaya para yatırılması, dernek ve sendika üyesi olunması, sohbet isimli toplantılara katılma, gazetelere abone olma gibi terör içerikli bir davranış sergilemeyen eylemlere dayanılarak terör örgütü suçlaması yapılamaz.

Özetle başka kanıtlarla doğrulanmadıkça ByLock iletişim sisteminin kullanılması, hükümlülük açısından tek başına yetersiz bir kanıt aracıdır. Dolayısıyla Türk mahkemelerin de bu konuda aynı duyarlılığı göstermeleri bir zorunluluktur. Bu duyarlılığın gösterilmediği belirlendi takdirde Ceza Muhakemesi Yasası'nın hükümlü yararına olağan üstü bir yasa yolu olan "yargılamanın yenilenmesi" (m. 311/2) yolu gündeme gelebilecektir. 26 Aralık 2023.

Prof. Dr. Sami SELÇUK

(Eski Yargıtay Birinci Başkanı)

(Eski İ. D. Bilkent Ü. Hukuk Fakültesi)

Ceza ve Ceza Yargılaması hukukları anabilim dalı başkanı)

HUKUKİ MÜTALAA

Sayın Av. Mustafa Onur ASLAY,

Yüksel YALÇINKAYA hakkında anayasal düzeni yıkmak amacıyla (md. 314/2) kurulan FETÖ/PDY örgütüne üyelikten dolayı verilen mahkumiyet hükmünde AIHM kanunsuz cezalandırılmama, adil yargılanma hakkı ve dernek kurma özgürlüğünün ihlal edildiği, Kayseri Ağır Ceza Mahkemesi'nin hükmünün ve iç hukuktaki benzer davaların AIHM kararı doğrultusunda yargılamanın yenilenmesi (CMK md. 311/1-f) hükümleri uyarınca yeniden değerlendirmesi gerektiğine ilişkin dosya CMK md. 67/6 uyarınca isteminiz üzerine tarafımdan incelenmiş ve aşağıda belirtilen neticeye varılmıştır. (Taraf mütalaaları soruşturma ve kovuşturma makamlarının almış oldukları bilirkişi mütalaalarıyla aynı hükümlere tabidir. CGK 09.10.2007, 2006/7-336, 2007/198)

TÜRKİYE CUMHURİYETİ MAHKEMELERİ KARARLARI

a) Kayseri Cumhuriyet Başsavcılığı, öğretmen olan Yüksel Yalçinkaya hakkında FETÖ/PDY mensuplarının örgüt içi haberleşmede kullandıkları ByLock uygulamasını adına kayıtlı cep telefonundan kullandığı, Yalçinkaya'nın Bank Asya'da bir hesabı olduğu, FETÖ/PDY örgütüyle iltisaklı olan Aktif Eğitim-Sen sendikasının ve Kayseri Gönüllü Eğitimciler Derneği'nin üyesi olduğu, 672 sayılı Kanun hükmünde kararname ile ihraç edildiği, isimsiz bir telefon ihbarının FETÖ/PDY üyesi olduğunu bildirdiği, örgüt üyeliğinin süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk arz ettiği gerekçeleriyle, Kayseri Ağır Ceza Mahkemesinde 06.01.2017 tarihinde dava açmıştır.

b) Kayseri Ağır Ceza Mahkemesi Kararı

Mahkeme, sanık Yüksel Yalçinkaya hakkında Kayseri Emniyet Müdürlüğü tarafından hazırlanan rapora göre, kendi telefonundan ByLock uygulaması kullandığı, FETÖ/PDY ile bağlantılı olmaları nedeniyle kapatılan bir sendikaya (Aktif Eğitim-Sen) ve derneğe (Gönüllü Eğitimciler) üye olduğu, Bank Asya'ya para yatırdığı, Şubat 2014'te örgütün talimatıyla 17-25 Aralık 2013 sürecinde ekonomik zorluklardan kurtarmak amacıyla bankaya para yatırdığı, MİT ByLock verilerini 2937 sayılı Kanun (Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu) uyarınca topladığı, ByLock ana sunucusunun Litvanya'dan elde edildiği, Litvanya'da CMK hükümlerinin geçerli olmadığı, bu nedenle ByLock verilerinin MİT tarafından hukuka aykırı bir şekilde toplandığını iddia etmenin mümkün olmadığı, bir dernek ve sendikaya üye olmanın silahlı terör örgütü üyeliği için tek başına yeterli olmadığı, ancak örgüt içi haberleşme aracı olan ByLock kullanımı ile birlikte değerlendirildiğinde sanığın silahlı terör örgütüne üyeliğinin Kabul edilebileceği gerekçeleriyle, sanık Yüksel Yalçinkaya'yı 21.03.2017 tarihinde Anayasal

düzeni yıkmak için kurulmuş bulunan silahlı terör örgütüne üyelikten (TCK 314/2) altı yıl üç ay hapis cezasına mahkum etmiştir.

c) Ankara Bölge Adliye Mahkemesi Kararı

İlgili Ceza Dairesi, ByLock'un terör örgütü mensupları tarafından kullanıldığı, Yüksel Yalçinkaya'nın eğitim durumu itibariyle örgütün amacını bilebilecek durumda olduğu, Kayseri Ağır Ceza Mahkemesi'nin değerlendirme ve tespitlerinde isabet olduğu gerekçesiyle, Kayseri Ağır Ceza Mahkemesi hükmünü 09.10.2017 tarihinde onaylamıştır.

d) Ankara Bölge Adliye Mahkemesi Kararına Karşı Temyiz Başvurusu

Başvuran (sanık Yüksel Yalçinkaya avukatı), Milli istihbarat Teşkilatı'nın ByLock verilerini elde etme yönteminin hukuka aykırı olduğunu, Fetö örgütünün yıllarca legal bir statüde faaliyetini sürdürdüğünü, Fetö örgütünün Anayasal düzeni yıkmak amacıyla kurulmuş bir örgüt olduğunu bilmediğini, özel kastın yokluğunu, ByLock verilerinin mahkeme önünde tartışılmadığını, MİT'in delil toplama yetkisinin bulunmadığını, sendikaya üye olduğu zaman sendikanın hukuka uygun kurulmuş olduğunu, Bank Asya'ya para yatırdığında bankanın yasalar çerçevesinde faaliyetini yürüttüğünü belirterek Yargıtay'a başvurmuş, Yargıtay, temyiz başvurusunu reddetmiştir.

e) Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru

Bireysel başvuruda, ByLock verilerinin toplanmasında usulsüzlükler olduğunu, delillerin değerlendirilmesinde mahkemenin keyfi davrandığını, çekişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerine uyulmadığını, altıyüz bin (600.000)'den fazla kişinin ByLock kullandığını, bunlarının tümünün örgüt üyesi olmasının mümkün olmadığını, MİT raporlarında ifade edilen bulguların yargılamada tartışılmadığını, Gülen Hareketinin yasal bir hareket olduğunu bildiğini, amacının Anayasal düzeni yıkmak olduğunu bilmediğini belirterek, 13.12.2018 tarihinde sanık Yüksel Yalçinkaya, Anayasa Mahkemesine başvurmuştur.

Anayasa Mahkemesi şikayetlerin açıkça dayanaktan yoksun olması ve kabul edilebilirlik kriterlerini karşılamaması nedeniyle 26.11.2019 tarihinde bireysel başvuruyu reddetmiştir.

Bunun üzerine Sanık YALÇINKAYA, Avrupa İnsan Haklarının Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesinin 6, 7, 8 ve 11. maddelerinin ihlal edildiği gerekçesiyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurmuştur.

f) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kararı

1- Mahkeme, failin (başvuranın) cezalandırılması için yapmış olduğu fiil ile kendisi arasında manevi bir bağ olması gerektiğini, mahkemenin uygulama yaparken kanunlara bağlı olduğunu, kanunu atlayamayacağını, örgüt üyeleri için üye olma bilinci ve kastının gerekli olduğunu, failin örgütün amacını



bilmesi gerektiğini, örgütün amacını bildiği halde örgüt içinde yer alması gerektiğini, suçun özel kasıtlı işlenebileceğini, somut olayda bunların kanıtlanamadığını;

ByLock'un bir ticari mesajlaşma uygulaması olmadığını, Gülen Hareketiyle bir tür bağlantıya işaret ettiğini, ancak bağlantının TCK 314/2 anlamında suçun nesnel ve öznel unsurlarına uygun olduğu ölçüde kabul edilebileceğini, örgüt üyeliğinin manevi unsuru için yeterli olmadığını;

Suçun manevi unsurunun gerçekleşmesi için tek başına ByLock kullanmanın yeterli olamayacağını (Türk Mahkemelerinin yeterli saydığını), failin ByLock'un örgütsel faaliyet için kullanıldığını ve örgütün amaçlarına hizmet eden bir uygulama olduğunu bilmesi gerektiğini;

Mahkemelerin (Türk Mahkemeleri), salt ByLock kullanımını suç saydıklarını, bunun Kabul edilemeyeceğini, silahlı terör örgütüne üyelik suçunun manevi unsurunun olayda gerçekleşmediğini, failin, Bylock'un silahlı örgütün amacına hizmet eden bir uygulama olduğunu ve örgütün amacı ile ilgili hizmet verdiğini bilmesi gerektiğini, olayda bunların sabit olmadığını;

Mahkemelerin (Türk Mahkemeleri), ByLock kullanımını başvuruçunun aleyhine geniş yorumladığını, keyfi uyguladığını, objektif ceza sorumluluğu mantığı ile değerlendirdiğini, ByLock kullanmayı örgüt üyeliği için karine saydığını;

Bir örgüte terör örgütü sıfatını mahkemelerin verebileceğini, MİT ya da hükümetin veremeyeceğini, başvuranın ByLock kullandığı veya Bank Asya'ya para yatırdığı tarihlerde Fetö örgütünün mahkeme kararı ile terör örgütü sayılmadığını;

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, terörle mücadelenin zorluğunu bilmekte olduğunu, örgütlerin kullandıkları yöntem ve taktiklerin değiştiğini, örgütlerin geleneksel yöntemlerin dışına çıkarak amaçlarına gizlice ulaşmaya çalıştıklarını, Türk mahkemelerinin karşılaştıkları zorlukları anladıklarını ancak;

Ulusun yaşamını tehdit etmiş olsalar dahi bunların soruşturulmasında ve kovuşturulmasında hukukun üstünlüğünün uygulanacağını, terörle Sözleşme'nin 7. maddesinde öngörülen kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi çerçevesinde mücadele edilebileceğini belirterek;

Başvuranın fiilinin TCK 314/2 maddesinde öngörülen suçun maddi ve manevi unsurlarını ihlal ettiğinin ortaya konulamadığını (ispatlanmadığını), bu gerekçelerle sözleşmenin 7/1 maddesinde öngörülen kanunsuz cezalandırılmama hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

2- Mahkeme (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi), hayatın her alanında dijitalleşmenin arttığını, elektronik delillerin yaygınlaştığını, ancak bunların manipülasyona müsait olduğunu, geleneksel delillerden farklı olduğunu, toplanmalarının zor ve karmaşık olduğunu;



Soruşturma ve yargılamaların pratik ve usulü zorluklar çıkarabileceğini, ancak bu zorlukların 6. maddenin sağladığı temel ilkelerin ihlalinin gerekçesi olamayacağını;

Cezai soruşturmanın başlamasına sebep olduğu için ByLock verilerinin kritik öneme sahip olduklarını, örgütsel bir iletişim aracı olarak kullanıldığı için mahkumiyete sebep olduklarını, ancak ByLock'un içeriğine, güvenilirliğine başvurucunun itiraz edebileceğini;

ByLock'un içeriğini başvuranın bilmediğini, oysa savunmanın aleyhindeki delillere itiraz edebileceğini, mahkemenin (Türk Mahkemesi) ByLock'un içeriğini araştırmadığını;

Örgüt üyesi olmayanların da ByLock kullanabileceklerinin mahkemece yeterince açıklanmadığını;

Mahkemenin (Türk Mahkemesi), başvuranın talep ve itirazlarına sessiz kaldığını, başvuranın gerçek anlamda dinlendiğine ilişkin meşru bir şüphenin olduğunu, adaletin usulüne uygun gerekçelendirilmiş bir karar ile yerine getirilebileceğini, mahkemenin davanın merkezindeki hayati konulara sessiz kaldığını;

Elektronik delillerin terörizmle mücadelede önemli olduğunu, ancak bunların adil yargılanmanın temel ilkelerine uygun olarak değerlendirilmesi gerektiğini, davadaki başarısızlıkların mahkemenin kamuoyunda uyandırması gereken güveni zayıflattığını, yargılamanın adil bir şekilde yapılması gerektiğini karşılamadığını;

Türkiye Cumhuriyeti'nin Sözleşmenin 15. maddesi uyarınca olağanüstü hallerde özgürlüklerin kısıtlanmasına ilişkin derogasyon bildirdiğini, ancak haklı olsa bile devletlerin hukukun üstünlüğüne ve buna bağlı güvencelere saygı göstermek zorunda olduğunu, bireylere karşı keyfi sonuçlara yol açacak davranışlarda bulunmak yetkisi vermediğini, yetkililerin insanın yaşam hakkını ve vücut bütünlüğünü korumakla görevli olduklarını, terörle mücadele nedeniyle orantısız zorluklar çıkaracak şekilde uygulama yapamayacaklarını, başvuranın adil yargılanmasına ilişkin sınırlamalar, durumun yarattığı zaruretlar çerçevesi içinde kesinlikle gerekli olarak değerlendirilemeyeceğini, ByLock sunucusundan elde edilen ham verilerin mahkemenin huzurunda tartışılmaması, savunmanın zarar görmesi nedeniyle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/1. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

3. Mahkemenin (Türk Mahkemeleri), başvurucuyu (Yüksel Yalçınkaya'yı) keyfilige karşı asgari korumadan mahrum bıraktığını, mahkumiyeti desteklemek için, her ikisi de söz konusu dönemde yasal olarak faaliyet gösteren, Fetö ile bağlantılı olduğu düşünülen sendika ve dernek üyeliğine dayanarak, TCK 314/2 maddesinin uygulama alanını aşırı derecede genişlettiğini, hükümetin, başvurucunun 11. madde kapsamına giren haklarına yapılan müdahalenin 15. madde kapsamına giren durumun gerektirdiği zaruretlar çerçevesinde kesinlikle gerekli olduğunu kanıtlayamadığını belirterek, bu gerekçelerle, sözleşmenin 11/1 maddesinde düzenlenen dernek kurma hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir.



Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararına Göre Türk Mahkemelerinin Yapması Gerekenler

a) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararında, hak ihlallerinin başvuru (Yüksel Yalçınkaya) talep etmesi halinde Türk Yargısı tarafından giderilmesini belirtmektedir. Türk mevzuatına göre karar tebliğinden itibaren bir yıl içinde başvuru, kararı veren mahkemeden yargılamanın yenilenmesini talep edebilecektir. Karar mahkemesi hak ihlallerini ortadan kaldıracak, yeni bir karar verecektir.

Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu kararına göre, bireysel başvuru sonucu hak ihlali var Kabul edildiğinde yargılamanın yenilenmesini yapan mahkeme tespit edilen ihlali ve sonuçlarını gidermek zorundadır. Yenileme sebebinin varlık ya da yokluğunda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Önceki kararını ortadan kaldırmak zorundadır. (Mehmet Doğan Başvurusu (B. No. 2014/8875), 07.06.2018.)

b) Mahkemeye (AİHM) göre karar halen derdest (yargılama kesin hüküm ile sonuçlanmamış) davalarda da uygulanacaktır. Halen mahkemenin önünde 8.000 başvuru bulunmaktadır. Yetkililer yaklaşık 100.000 ByLock kullanıcısı tespit etmiştir. Bylock kullanıcı sayısının daha fazla olması mümkündür. Mahkeme kararının ve gerekçelerinin, kararın çıktığı tarihten itibaren yapılan yargılamalara uygulanması gerekmektedir. Böylece mahkeme bir dizi benzer davadaki ihlal bulgularını tekrarlamak zorunda kalmayacaktır.

c) Mahkemeye göre karar gerekirse geriye dönük olarak da uygulanmalıdır. Kesinleşmiş önceki kararlar dolayısıyla mümkün olanların dosyaları mahkeme kararı doğrultusunda gözden geçirilmeli, düzeltici ve telafi edici tedbirler alınmalıdır. Böylece mahkeme bir dizi benzer davadaki ihlal bulgusunu tekrarlamak zorunda kalmayacaktır. Mahkeme bazı davalarda benzer kararları hatırlatmaktadır. (Broniowski, para. 193 ve Scordino/İtalya (No.1) [BD], No. 36813/97 para. 236, AİHM 2006 V; E.G / Polonya ve diğer 175 Bug River (k.k), No. 50425/99, para. 27, AİHM 2008)

Türk Mahkemelerinin Vermesi Gerekli Kararlar

Anayasanın 90/5. Maddesine göre <<Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda, milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.>>



Uluslararası antlaşmalar TBMM'nin bir kanunla antlaşmayı onaylaması ile yürürlüğe girer. (Ay. Md. 90/1)

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 4 Kasım 1950 tarihinde Roma'da imzalanmış, 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe girmiş ve 18 Mayıs 1954 tarihinde Türkiye Cumhuriyeti tarafından onaylanmıştır.

Türkiye Cumhuriyeti sözleşmenin yargılamaya ilişkin hükümlerini 1987 yılından itibaren tanımış ve uygulamıştır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, çok taraflı bir sözleşmedir. TBMM, 1954 tarihinde onaylamış ve usulüne uygun olarak yürürlüğe girmiştir. Usulüne uygun olarak yürürlüğe girdiği için kanun hükmündedir; Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülemeyecektir. (md. 90/1)

Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülemeyeceğine göre antlaşma, anayasaya aykırı hükümler içerebilecektir. Anayasa'ya aykırı hükümler içermesinin anlamı, Anayasa'nın üzerinde olması demektir.

Sözleşmenin uygulanması dolayısıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa ve kanunlara aykırı kararlar verebilecektir.

Sözleşmenin 46. Maddesine göre <<1. Yüksek sözleşmeci taraflar, taraf oldukları her davada mahkemenin nihai kararına uymayı taahhüt ederler.>>

Bu durumda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları, ister Türk mevzuatına uygun olsun ister aykırı olsun, uygulanmak zorundadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine uygunluk uygulaması üç şekilde yapılabilir;

Birincisi, TBMM'nin sözleşmeye aykırı olduğu anlaşılan kanunu değiştirmesi veya sözleşmeye uygun kanun yapmasıdır. Devlet uzun süre bu yönde uygulama yapmış ve mevzuatta uyum sağlanmıştır.

İkincisi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarını uygulamak için TBMM'nin kanunlarda değişiklik yapması veya yeni bir kanun yapması tarzında olabilir. Cumhuriyet hükümetleri uzun yıllar bunu uygulamışlardır.

Üçüncüsü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının, mahkemeler tarafından uygulanması tarzında olabilir. Türk Mahkemeleri karar verirken Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ile uyumlu verebilir ya da Türk Mahkemelerinden verilen karar Türkiye'de iç hukuk yolları tüketilerek bireysel başvuru denetiminden de geçtikten sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne gider ve bu mahkeme hak ihlali kararı verirse, Türk Mahkemesi karar doğrultusunda yeni bir karar verir. Sözleşmenin 46. ve Anayasa'nın 90. maddesinin gereğini yerine getirmiş olur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararının Uygulanması

1. Türk Ceza Muhakemesi hukukuna göre, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin hak ihlali kararı vermesi yargılamanın yenilenmesi (iade-i muhakeme) sebebidir.

Gerçekten CMK 311/1 maddesi (f) fıkrasına göre <<Ceza hükmünün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya Eki Protokollerin ihlali suretiyle verildiğini ve hükmün bu aykırılığa dayandığının, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması... >> halinde yargılama yenilenebilecek, Türk Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararı doğrultusunda yeni bir karar verecektir. Yenileme istemi kararın kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde istenebilecektir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, olayda iddia edildiği ve Türk Mahkemesinde karara bağlandığı gibi TCK'nın 314/2 maddesinin maddi ve manevi unsurlarının ihlal edildiğinin sabit olmadığı, sadece ByLock kullanmasının suçun maddi ve manevi unsurunun gerçekleşmesine yetmeyeceği, bu nedenle başvuranın kanunsuz cezalandırılmama hakkının ihlal edildiği (sözleşme md. 7/1), ByLock içeriklerinin yargılamada tartışılmadığı, bundan savunma hakkının zarar gördüğü, böylece adil yargılanma hakkının (sözleşme md. 6/1) zarar gördüğü gerekçeleriyle, Kayseri Ağır Ceza Mahkemesi'nin verdiği kararda hak ihlalleri yaptığı kanaatine varmıştır.

Yani Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi suçu sabit görmemiştir. Sanığa gerekli olduğu düzeyde savunma hakkı verilmediği kanaatindedir. Suçun sabit olmayışı, sanığın beraat ettirilme nedenidir. Bu durumda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararının kesinleşmesinden itibaren bir yıl içinde başvuru istemesi halinde, Kayseri Ağır Ceza Mahkemesi yargılamanın yenilenmesi istemini kabul edip, başvuru istemesi beraatine karar vermek zorundadır.

2. Halen yargılaması devam eden kesinleşmemiş davalar için mahkemeler sadece ByLock kullanmayı karine, objektif sorumluluk uyarınca örgüt üyesi sayamayacaktır. Bylock kullananları, Fetö örgütüyle iltisaklı bazı dernek-sendika üyeliklerini, bazı gazete aboneliklerini yan delil kabul ederek mahkum edemeyecektir. Çünkü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, insan haklarının korunması konusunda verdiği kararlarla Türk yargısını bağlayacaktır. Mahkeme, hukukumuza göre insan haklarının korunması konusunda en üst mahkeme konumundadır.

3. Türk mahkemelerinin vermiş olduğu kararlar Anayasa Mahkemesinde bireysel başvuru aşamasında ise ByLock kullanma, Fetö ile iltisaklı sendika-dernek üyeliği, gazete aboneliği gerekçeleri ile mahkumiyet halinde TCK 314/2 maddesinde düzenlenen suçun maddi manevi unsurlarının olayda gerçekleşmediği nedeni ile kanunsuz cezalandırmanın insan hakkı ihlali olduğu, ByLock verilerinin savunmada tartışılmamasının adil yargılanma hakkının ihlali olduğu gerekçesiyle ihlal kararı verip dosyayı mahkemesine gönderecektir.



4. Mahkeme kararında (*Yüksel Yalçınkaya/Türkiye* kararı), gerekirse geriye dönük olarak uygulanması gereğine işaret etmektedir. Geriye dönük uygulanabilecek kararlar kesinleşmiş kararlar olabilir. Geçmişte verilen kesinleşmiş kararlar, Yargıtay aşamasından geçmiş olabilirler ya da İstinaf aşaması ile kesinleşmiş olabilir ya da istinafa gelmeden ilk derece mahkemesinin kararından sonra kesinleşmiş olabilir.

a) ByLock kullanmayı esas alan, sendika üyeliği ve gazete aboneliğini destekleyici delil sayan hüküm, Yargıtay incelemesinden geçtikten sonra kesinleşmiş ise (*Yüksel Yalçınkaya/Türkiye* kararından sonra) Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, resen veya başvurucunun istemi üzerine kararı onaylayan Ceza Dairesinden karara itiraz edebilecektir. Sanık lehine olduğu için süre sınırı yoktur (CMK md 308). İtiraz gerekçesi bir hukuk kuralının yanlış uygulanması olabilir (CMK md 288/2).

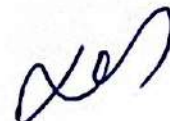
Gerçekten olayda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre başvuru, Türk mahkemesine göre özde mahkumiyet nedeni olan TCK 314/2 maddesinde düzenlenen suçun maddi ve manevi unsurlarını gerçekleştirilmemiştir. Başvurucunun kanunsuz cezalandırılmama hakkı ihlal edilmiştir.

Suçun kanunilik unsuru, başvuru tarafından gerçekleştirilmeyince, Yargıtay Ceza Dairesi itirazı kabul edecek, eski kararını (onama) ortadan kaldırarak Ankara Bölge Adliye Mahkemesi kararını bozarak dosyayı adı geçen mahkeme başkanlığına gönderecektir. Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Dairesi, suçun kanunilik unsuru gerçekleşmediği için başvurucunun beraatine karar verecektir.

b) ByLock kullanımını esas alan, dernek üyeliğini ve gazete aboneliğini dayanak sayan hüküm, Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Dairesi kararından sonra kesinleşmiş ise (*Yüksel Yalçınkaya/Türkiye* kararından sonra) Bölge Adliye Mahkemesi Başsavcılığı, kararın kendisine tebliğinden itibaren ceza dairesine itiraz edecektir. İtirazı resen yapabileceği gibi, başvurucunun avukatının istemi üzerine de yapabilir. Sanık lehine itirazda süre aranmaz. (CMK 308/A)

Ceza dairesi, başvurucunun fiilinin TCK 314/2 maddesinde düzenlenen suçun maddi ve manevi unsurlarını oluşturmadığı gerekçesi ile eski hükmünü kaldırarak, başvurucunun beraati yönünde yeni bir hüküm verecektir.

c) ByLock kullanımını esas alan, dernek üyeliğini veya gazete aboneliğini destek kabul eden hüküm, ilk derece mahkemesinin kararından sonra istinaf ve temyiz edilmediği için kesinleşmiş ise (*Yüksel Yalçınkaya/Türkiye* kararından sonra) kanun yararına bozma yoluyla hukuka uygun hale getirilecektir. Gerçekten de bu durumda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararını öğrenen Adalet Bakanlığı, gerekçeleriyle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığından Yargıtay'a başvurarak, ilk derece mahkemesinin hükmünün bozulmasını isteyecektir.



Yargıtay Ceza Dairesi, başvuranın TCK 314/2 maddesinde düzenlenen suçun maddi ve manevi unsurlarını gerçekleştirmediği, kanunsuz suç olmayacağı gerekçesiyle, ilk derece mahkemesi hükmünü bozacaktır. İlk derece mahkemesi, başvurucunun beraatine karar verecektir.

SONUÇ: Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında;

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre başvuru Yüksel Yalçinkaya, mahkumiyet için karine kabul edilen Bylock kullanımı ve yan delil olarak kullanılan sendika-dernek üyeliği nedenleri ile TCK 314/1 maddesinde düzenlenen, Anayasal düzeni yıkmak üzere silahlı terör örgütüne üyelik suçunun maddi ve manevi unsurlarını oluşturacak bir fiil işlememiştir.

Kayseri Ağır Ceza Mahkemesi, kişinin kanuna göre cezalandırılma hakkını ihlal etmiştir. (Sözleşme md. 7/1)

Tüm bu nedenlerle Kayseri Ağır Ceza Mahkemesi ile benzer yönde kararlar veren diğer mahkemeler CMK 311/1-f maddesi ve öngörülen diğer yollar uyarınca yargılamanın yenilenmesine ve başvuru sahiplerinin/sanıkların beraatlerine karar vermelidir. 23.10.2023

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN
Ankara Üniv. Hukuk Fak. E. Öğretim Üyesi
Çankaya Üniv. Hukuk Fak. Öğretim Üyesi





TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

İNSAN HAKLARI MERKEZİ

**AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN
YÜKSEL YALÇINKAYA/TÜRKİYE KARARINA İLİŞKİN
DEĞERLENDİRME**

Hazırlayan: Av. Dr. Serkan Cengiz

Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi Yürütme Kurulu Üyesi

Şubat 2024 / Ankara

Türkiye Barolar Birliği Yayınları : 427

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN
YÜKSEL YALÇINKAYA/TÜRKİYE KARARINA İLİŞKİN
DEĞERLENDİRME

Hazırlayan: Av. Dr. Serkan Cengiz

© Türkiye Barolar Birliği
Şubat 2024, Ankara

Türkiye Barolar Birliği
Oğuzlar Mah. Barış Manço Cad.
Av. Özdemir Özok Sokaęı No: 8
06520 Balgat – ANKARA

Tel: (312) 292 59 00 (pbx)

Faks: 312 286 55 65

www.barobirlik.org.tr

yayin@barobirlik.org.tr

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN YÜKSEL YALÇINKAYA/TÜRKİYE KARARINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRME (B.NO: 15669/20, KARAR TARİHİ: 26.09.2023)

I. GİRİŞ

15.07.2016’da gerçekleşen darbe teşebbüsü sonrasında Cumhurbaşkanlığı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından 21.07.2016 tarihinde üç aylık süre için tesis edilen olağanüstü hâl yedi kez uzatılarak 18.07.2018 tarihine kadar devam etmiştir. Bu süreçte otuz yedi Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamesi kabul edilmiştir.¹

Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnameleri (OHAL KHK) ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin olağan mevzuat büyük ölçüde sınırlandırılmış, sadece darbe teşebbüsünün planlayıcısı ve uygulayıcısı olduğu belirtilen yapının resmî ve sivil toplum faaliyetlerini yürüten üyeleri veya bu yapının sempatizanları değil, OHAL ilânına sebep olan vakalarla bir ilgisi bulunmadığı bilinen pek çok kişi veya kuruluş, Anayasa ve AİHS tarafından garanti altına alınan hak ve özgürlüklere aykırı bir anlayışla bir dizi idari ve adli işlem ile yaptırımlara tabi tutulmuştur.² Bu dönemde

-
- 1 Hülya Dinçer, “ Süreklileşen Olağanüstü Halde Hesap Verebilirlik Alanının Daralması ve ‘Kanuni’ Sorumsuzluk Rejimi”, Bildiri, **Kamu Hukukçuları Platformu**, 2022, https://www.kamuhukukculari.org/?sayfa=toplantı_bildiriler&id=14, s.2 (17.01.2024).
 - 2 Hüsnü Öndül, **OHAL KHK’ları ve İnsan Hakları Mücadelesine Etkileri**, İnsan Hakları Derneği, 2021, <https://www.ihd.org.tr/wp-content/uploads/2022/06/OHAL-KHKlar%C4%B1-Raporu.pdf>, (17.01.2024).

olağanüstü hâl gerekçe gösterilerek yasal mevzuatta yapılan değişikliklerin bir kısmı Anayasa Mahkemesi tarafından sonradan iptal edilse de değişikliklerin hatırı sayılır bir kısmı olağanüstü hâlin sona ermesi sonrasında dahi yürürlükten kaldırılmamış ve malesef Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kanunlaştırılarak olağan hukukumuzun bir parçası hâline gelmiştir.

Olağanüstü hâl kapsamında yayımlanan KHK'ler ile 125.678'i kamu görevinden çıkarma olmak üzere toplam 131.922 tedbir işlemi gerçekleştirilmiştir.³ 23.01.2017 tarihinde yürürlüğe giren 685 sayılı Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamesi ile kurulan (anılı KHK, TBMM'de kabul edilerek 7075 sayılı Kanun adını almıştır) ve 22.05.2017 tarihinde göreve başlayan Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu (OHİİK), kendisine yapılan 127.292 başvuru hakkında (17.960 kabul ve 109.332 ret kararı olmak üzere) karar tesis etmiştir.

Anayasa tarafından garanti altına alınan bir dizi temel hak ve özgürlüğün ihlaline yönelik olağanüstü hâl dönemi kaynaklı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine sunulan yakınmalar ağırlıklı olarak, başta tutuklama olmak üzere bir dizi koruma tedbirinin usul ve kanuna aykırı olarak uygulanması ile darbe teşebbüsü öncesindeki bazı tutum ve faaliyetlerin Anayasa m. 36 ve m. 38'e aykırı olarak "terör suçu" ve "terör örgütü üyeliği/yöneticiliği" suçlamasına dayanak yapılması (*adil yargılanma hakkı ile suç ve cezaların geriye yürümezliği/kanuniliği ilkelerinin ihlali*) şeklinde kümelenmiştir.⁴

3 Olağanüstü Hal İşlemleri Faaliyet Raporu (2017-2022), https://ohalkomisyonu.tccb.gov.tr/docs/OHAL_FaaliyetRaporu_20172022.pdf, (17.01.2024), s.1, para.4; Dinçer, s.2.

4 Bu döneme ilişkin olarak iş akdinin feshi (*Pişkin/Türkiye*, B. No:33399/18, 15.12.2020); kullanımı bir terör örgütüne münhasır olmayan şifreli bir mesajlaşma sisteminin aktif olarak kullanılmasına ilişkin ve bu örgüte mensubiyete dair makul şüpheyi haklı çıkarmak için yetersiz iddialar (*Akgün/Türkiye*, B. No:19699/18, 20.07.2021); 15.07.2016 öncesindeki bir kısım paylaşımların, geriye dönük olarak suçu ve suçluyu övme olarak değerlendirilmesi (*Yasin Özdemir/Türkiye*, B.No: 14606/18, 07.12.2021) gibi meseleler de AİHM önüne gelmiştir.

Anayasa Mahkemesi⁵ (AYM) ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin⁶ (AİHM) bu sürece ilişkin verdikleri öncül kararlar ağırlıklı olarak, başta tutuklama olmak üzere bazı koruma tedbirlerinin hukukiliğine odaklanmıştır. *Yüksel Yalçinkaya/Türkiye* kararı AİHM'nin en üst yargı birimi olan 17 hâkimden müteşekkil Büyük Dairesi tarafından karara bağlanmış olup, Fethullahçı Terör Örgütü/Paralel Devlet Yapılanması (FETÖ/PDY) üyesi olduğu iddia edilen ve iç hukuktaki yargılama neticesinde örgüt üyesi olduğu gerekçesiyle mahkûm edilen kişiler açısından yürütülen ceza yargılamasının bütününe konu edinen ilk karar özelliği taşımaktadır.

Bu kapsamda AİHM, *Akgün/Türkiye*⁷ kararında tutuklama koruma tedbiri bakımından sadece Bylock uygulaması kullanımının, tutuklama anında başvuru hakkında tutuklama tedbirinin tesisi bakımından makul şüpheye dayanak teşkil etmeyeceğine karar vermiş; anılı uygulama kullanılarak gönderilen mesajların içeriğinin, gönderildikleri bağlam ile desteklenmesi gerektiğini, aksi hâlde salt şifreli haberleşme uygulamasının kullanımının tek başına suç eyleminin ispatı açısından yeterli olamayacağını belirtmiştir. Bu kapsamda Mahkeme, anılı başvuru özelinde AİHS m. 5 hükmünün ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Yine Mahkeme *Taner Kılıç/Türkiye (No.2)*⁸ kararında Bylock uygulamasının kullanıldığı iddiası dışında geçmişte yasal olan bir yayına abone olunması;

5 *Alparslan Altan* [GK], B. No:2016/15586, 11.01.2018, para.146,147; *Şahin Alpay* [GK], B. No: 2016/16092, 11.01.2018, para.110, 147; *Mehmet Hasan Altan (2)* [GK], B. No: 2016/23672, 11.01.2018, para.241,242; *Salih Sönmez*, B. No:2016/25431, 28.11.2018, para.135-139; *Aydın Yavuz ve Diğerleri* [GK], B. No:2016/22169, 20.06.2017, para.350-359; *Zübeyde Füsün Üstel ve Diğerleri* [GK], B. No: 2018/17635, 26.07.2019, para.139.

6 *Alparslan Altan/Türkiye*, B. No: 12778/17, 16.04.2019; *Baş/Türkiye*, B. No:66448/17, 03.03.2020; *Sabuncu ve Diğerleri/Türkiye*, B. No: 23199/17, 10.11.2020; *Atilla Taş/Türkiye*, B. No: 72/17, 19.01.2021; *İlker Deniz Yücel/Türkiye*, B. No: 27684/17, 25.01.2022, *Taner Kılıç (No:2) /Türkiye*, B.No:208/18, 31.05.2022.

7 *Akgün/Türkiye*, B.No:19699/18, 20.07.2021.

8 *Taner Kılıç/Türkiye (No:2)*, B.No:208/18, 31.05.2022.

kız kardeşinin böyle bir yayından sorumlu kişiyle olan evlilik bağı; çocuklarının, olay zamanında yasal olarak faaliyet gösteren ancak daha sonra OHAL KHK'siyle kapatılan eğitim kuruluşlarında eğitim görmesi gibi hususların, başvurucunun yasadışı bir örgüte mensup olduğunu gösteren belirtiler bütünü olarak kabul edilemeyeceğini, bunların ancak basit ve dolaylı unsurlar olarak değerlendirilebileceği kanaatine ulaşmıştır. Ayrıca AİHM, özellikle başvurucunun Bank Asya'daki *-olayın gerçekleştiği esnada yasal bir bankadır-* hesabı aracılığıyla yasa dışı bir örgütün suç faaliyetlerini finanse etmesine yardımcı olduğuna dair en ufak bir delilin bulunmadığını gözlemlemiştir. Tüm bu sebeplerle delillerin makul şüphe kriterini karşılamadığı dolayısıyla da tutuklama tedbirinin hukukiliği özelinde ve yalnız Bylock iddiasının değerlendirilmesi bakımından AİHS'nin 5. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

AİHM tarafından ele alınan FETÖ/PDY yapılanmasına ilişkin yargılamalarla ilgili olarak bir başka örnek *Pişkin/Türkiye*⁹ başvurusudur. İşbu başvuruda AİHM, 667 sayılı OHAL KHK'sinin ilgili hükmü uyarınca, iş sözleşmesine dayalı olarak uzman sıfatıyla bir kamu kuruluşunda çalışan başvurucunun görevine ulusal güvenlik açısından tehlike yaratan bir örgütle iltisaklı olduğu değerlendirmesine dayanılarak son verilmesini; AİHS m. 6 ve m. 8 bakımından değerlendirmiş, her iki madde açısından da başvurucunun haklarının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

Görüldüğü üzere AİHM'nin *Yüksel Yalçınkaya/Türkiye* kararı, FETÖ/PDY üyesi olduğu iddia edilen kişiler bakımından bir ilk olma özelliği taşısa da, bu durum ceza muhakemesinin ilk kez bir bütün olarak AİHM tarafından incelenmesinden kaynaklıdır. Yoksa

9 *Pişkin/Türkiye*, B.No:33399/18, 15.12.2020.

AİHM, yukarıda kısaca özetlenen içtihatlarda olduğu gibi önüne gelen başvurularda daha önce FETÖ/PDY iltisaklı olduğu iddia edilen kişiler bakımından yine bazı benzer değerlendirmelerle emsal kararlar vermiştir.

II. KARARA İLİŞKİN ARKA PLAN BİLGİSİ

Öğretmen olan başvurucu 2016 yılında FETÖ/PDY üyesi olduğu iddiasıyla gözaltına alınmış, 2017 yılında hakkında düzenlenen iddianamede, Bylock uygulamasını kullandığı, Bank Asya’da şüpheli hesap hareketleri olduğu, terörle iltisaklı olan sendikaya üye olduğu, aleyhinde bir gizli tanık beyanı bulunduğu belirtilerek TCK m. 314/2 uyarınca FETÖ/PDY üyesi olduğu iddiasıyla cezalandırılması talep edilmiştir.

Yapılan yargılama sonucunda başvurucu aynı yıl, FETÖ/PDY üyesi olduğu gerekçesiyle 6 yıl 3 ay hapis cezasına mahkûm edilmiştir. Başvurucunun kanun yolu başvuruları Ankara Bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtay tarafından reddedilmiş, böylelikle karar kesinleşmiştir. Başvurucunun AYM başvurusu da açıkça dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle kabul edilemez bulunmuştur (para. 99-106).

Başvurucu 17.03.2020 tarihinde AİHM’ye sunduğu bireysel başvuruda mahkumiyetinin temel dayanağının Bylock uygulamasını kullandığı iddiası olduğunu, ayrıca Bank Asya’da bulunan hesabı ile Aktif Eğitim-Sen isimli sendikaya ve Kayseri Gönüllü Eğitimciler Derneğine olan üyeliklerinin destekleyici delil olarak kabul edildiğini, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) m. 6 hükmü kapsamında Bylock verilerinin elde edilmesi ve delil olarak kabul edilmesinde usule aykırılıkların bulunduğunu, bu veriye yönelik itirazlarının sunulması açısından güçlüklerle karşı karşıya kaldığını,

bu delile yönelik değerlendirme açısından gerekçeli kararın yetersiz olduğunu ileri sürmüştür.

Başvurucu AİHS m. 7 (suç ve cezaların kanuniliği) ve m. 11 (toplanma ve örgütlenme özgürlüğü) kapsamında, gerçekleştirildiği esnada yasal olan ve suç teşkil etmeyen bazı eylemleri nedeniyle ve mevzuatın oldukça geniş ve keyfi yorumlanması bir sonucu olarak cezalandırıldığını, bir sendikaya ve derneğe üye olmasının mahkumiyetinin gerekçesi olarak kabul edildiğini, böylelikle AİHS m. 7 hükmünün ihlal edildiğini iddia etmiştir (para. 219- 226).

Başvurunun tevzi edildiği Daire,¹⁰ AİHS m. 30¹¹ kapsamında, 03.05.2022 tarihli kararı ile başvurunun Büyük Daire¹² tarafından incelemesi hususunda bir karar tesis etmiştir. Büyük Daire,¹³ 18 Ocak 2023 tarihinde Strazburg'da bir duruşma yapmış ve tarafların beyanlarını dinlemiştir.

III. KARARIN MAHİYETİ

Hükûmet, 15.07.2016 tarihli darbe teşebbüsünün hemen akabinde kabul edilen OHAL KHK'lerinin, olağanüstü hâl nedeniyle çı-

10 7 hâkimden oluşan AİHM yargılama organıdır.

11 AİHS m. 30: "Eğer Daire önünde görülmekte olan dava, Sözleşme ve Protokollerinin yorumu konusunda ciddi bir sorun doğuruyorsa ya da bir sorunun çözümü Mahkeme tarafından daha önceden verilmiş bir karar ile çelişme yaratabilecekse, Daire, daha karar vermemiş olmak kaydıyla, başvurudan el çekerek dosyayı Büyük Daire'ye gönderebilir."

12 17 hâkimden oluşan en üst yargılama organıdır.

13 Büyük Daire, diğer görevlerinin yanı sıra, AİHS m. 43 kapsamında Panel tarafından temyiz başvurusu kabul edilmiş ve Büyük Daire'ye gönderilmiş olan temyiz başvurularını nihai olarak incelemekte ayrıca Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin AİHS m. 46/4 kapsamındaki başvurusu üzerine ihlal tespiti yapılmış kararların AİHS m. 46/1 kaynaklı yükümlülük çerçevesinde gerektiği gibi icra edilip edilmediği hususunda inceleme yapmakla görevlidir (sürece dair ayrıntılar için bkz. *Ilgar Mammadov/Azərbaycan* [BD], B.No:15172/13, 29.05.2019; *Kavala/Türkiye* [BD], B.No: 28749/18, 11.07.2022).

karıldığını ve AİHS m. 15¹⁴ kapsamında haklı ve meşru olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, darbe teşebbüsünün hemen sonrasında resmî makamların karşı karşıya kaldığı durumun aciliyeti ve ciddiyetini kabul etmişse de özellikle AİHS m. 7 tarafından sağlanan korumanın mutlak mahiyetine dikkat çekmiştir (para. 211-213).

A. AİHM'nin Suç ve Cezaların Kanuniliği ve Geriye Yürümezliği İlkeleri (AİHS m. 7) Bağlamındaki Değerlendirmesi (para.237-272)

AİHM, AİHS m. 7 hükmüne¹⁵ atıfta bulunarak suç ile suçun işlenmesi durumunda karşılık gelecek cezanın, sadece kanun tarafından belirlenebileceğini, ceza hukukunun sanık aleyhine geniş ve öngörülemez şekilde yorumlanmaması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme devamında bir suçun kanun tarafından açık bir şekilde tanımlanmasının gerekli olduğuna, suça ilişkin kişisel sorumluluğun bizzat suçu işleyen kişinin fiiliyle ortaya konulmasının zorunlu olduğuna dikkat çekmiştir. Mahkeme devamında başvurucunun TCK m. 314/2 kapsamında, Yargıtayın konuyla ilgili içtihatları ile Terörle Mücadele Kanunu (TMK) yollamasıyla mahkûm edilmiş ol-

14 AİHS m. 15:

1. "1. Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike hâlinde 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 hâli dışında 2. maddeye, 3. ve 4. maddeler (fıkra 1) 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."

15 AİHS m. 7:

- "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.
2. Bu madde, işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir eylem veya ihmalden suçlu bulunan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir."

duğunu ve ilkesel olarak söz konusu mevzuat ve içtihadın başvuru-
cu açısından hangi fiillerinin veya ihmallerinin ceza sorumluluğunu
doğuracağı hususunda açıklık (gerekli hâllerde alınacak hukuki bir
tavsiye ile) ihtiva ettiğini belirtmiştir.

Türk hukukuna göre silahlı bir terör örgütüne üyelik suçu husu-
si bilgi ve özel kastı gerektirmektedir. Bu durum özellikle de failin,
eylemlerinin yoğunluğu, çeşitliliği ve sürekliliğiyle, yapı ile orga-
nik bir bağ içerisinde olduğunun, failin anılı örgütün suç işlediğini
veya işlemeye teşebbüs ettiğini bildiğini, failin örgütün amacının
gerçekleştirilmesine yönelik hususi bir kastının mevcut olduğunun
ispatlanmasını zorunlu kılmaktadır. Ayrıca silahlı terör örgütüne
üyelik nedeniyle mahkûmiyet kararı failin örgütün hiyerarşik yapısı
içerisinde bilerek ve isteyerek eylemde bulunduğu ve örgütün
amaçlarını benimsediğinin ortaya konulmasını gerektirmektedir.
AİHM önceki tarihli *Işıkırık/Türkiye*¹⁶ kararında TCK m. 220/6 hük-
müyle bağlantılı olarak uygulanan TCK m. 314/2 hükmünün, ayrıca
*Bakır ve Diğerleri/Türkiye*¹⁷ ile *İmret/Türkiye (No:2)*¹⁸ kararlarında da
TCK m. 220/7 ile bağlantılı olarak uygulanan TCK m. 314/2 hükmü-
nün ulusal mahkemeler tarafından oldukça geniş şekilde yorumlan-
dığına ve bu nedenle de öngörülemez olduğunu bu kapsamda AİHS
m. 11, m. 7 ve m. 6 hükümlerinin ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁹

Yüksel Yalçınkaya/Türkiye başvurusunun AİHM'nin tespit ettiği
üzere yapısal (sistemik) sorundan kaynaklanıyor olması, ayrıca
Mahkemenin hâlihazırda önünde bekleyen konuyla ilgili başvuru sa-

16 B. No: 41226/09, 14.11.2017, para.67,69.

17 B. No: 46713/10, 10.07.2018, para.57-69.

18 B. No: 57316/10, 10.07.2018, para.47-59.

19 Benzer yöndeki tespitler bkz., Anayasa Mahkemesi, *Hamit Yakut* başvurusu [GK], 2014/6548, 10.06.2021; AYM, TCK m. 220/6 hükmünü “keyfi uygulamaları önleyecek nitelikte belirli ve öngörülebilir olmadığı” gerekçesiyle iptal etmiştir (bkz. 26 Ekim 2023 tarih ve E.2023/132 K.2023/183 sayılı Karar, RG, 8 Aralık 2023, Sayı:32393).

yısının çokluğu bu başvuruyu ve verilen kararı önceki başvuru tipleri veya emsal içtihatlarla kıyaslanamaz hâle getirmektedir. Dolayısıyla *Yüksel Yalçinkaya/Türkiye* başvurusu özelinde AİHM'nin tespit ettiği üzere yapısal (sistemik) sorunun çözümü ancak AİHS m. 46 uyarınca tesis edilecek genel tedbirlerle mümkün olabilecektir.

AİHM, ulusal kanunlarda bir fiilin suç olarak düzenlenmesinin yeterli olmadığını, ulusal mahkemelerce bir vakanın ele alınması sırasında ulusal mevzuata uygun bir tutum ortaya konulmasının ve mevzuatın yorumu ile mevzuatın etrafından dolanılmamasının zorunlu olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, bu tespiti yaptıktan sonra, ulusal mahkemelerin Bylock iletişim programı kullanılmasını, mesajların içeriğinden ve mesajlaşılan kişinin kim olduğundan bağışık olarak, bilerek ve isteyerek silahlı terör örgütü üyesi olmakla eş tuttuğu sonucunu çıkartmıştır. Dahası Mahkemeye göre ulusal mahkemeler özel kastın varlığı da dahil olmak üzere suçun gerektirdiği tüm hususları eksiksiz bir şekilde tespit etmemiştir.

Mahkemeye göre böylesi geniş bir yorumla sadece Bylock uygulamasının indirilmesi/kullanılmasına dayalı neredeyse otomatik bir suçluluk karinesi yaratılmış ve böylelikle de başvurunun isnat edilen suçtan beraat etmesi hemen hemen imkânsız hâle gelmiştir. Mahkeme, başvurucuya isnat edilen fiilin, suçun işlendiğine dair sıkı sorumluluk hâllerinden birisiyle eş tutulmasıyla, suçun sübutu hususunda ulusal hukukun gerektirdiği zorunlu unsurlardan açık bir şekilde ayrıldığı kanaatindedir.

Mahkeme, yukarıda belirtilen nedenlerle başvurunun isnat edilen suçun, başvurunun aleyhinde onun tarafından öngörülelemeyecek ve keyfî kovuşturmalara, mahkumiyete ve cezalandırmaya karşı güvence sağlayan AİHS m. 7'nin amacına ve konusuna aykırı bir şekilde geniş yorumlandığı sonucuna ulaşmıştır.

B. AİHM'nin Adil Yargılanma Hakkı (AİHS m. 6) Bağlamındaki Değerlendirmesi (para. 300-356)

AİHM, ulusal mahkemelerin adil yargılanma hakkı²⁰ ilkelerini ihlal edecek bir tutumla elektronik olsun veya olmasın, delilleri kullanamayacaklarına dikkat çekmiştir. Mahkeme terörizme karşı mücadelede elektronik delillerin kullanılmasının önemli olabileceğini, buna karşın delillerin elde edilmesi ve delil olarak mahkemeye sunulması da dahil olmak üzere yargılamanın bir bütün olarak adil olması gerektiğine dikkat çekmiştir. AİHM'ye göre bir yargılamanın AİHS m. 6/1 hükmüne uygun olabilmesi için başvurucunun delile itiraz etme ve delilin kullanılmasına itiraz etme imkânına sahip olması gerekmektedir. Hâl böyle olmakla birlikte Mahkeme, başvuru nezdinde ulusal mahkemelerin mesele hakkında kilit mahiyetteki Bylock delili açısından uygun güvenceler tesis etmediği kanaatindedir. Hatta ulusal mahkemenin yorumunun, Bylock uygulaması kullanıcısı olmaya dayalı otomatik bir suç karinesi yarattığını ve dolayısıyla bu yorumun da başvurucunun kendisini akلامasının imkânsız hâle getirdiğini ifade etmiştir.

20 AİHS m. 6:

- “1. Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, adil ve kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar alenî olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir.
2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır.
3. Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir:
 - a) Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;
 - b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak;
 - c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddî olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek;

Mahkeme, özellikle de Bylock kütüklerinin (log) neden Milli İstihbarat Kurumu (MİT) tarafından elde edilmiş olduğu, başvuru özelindeki kütük kayıtlarının neden başvurucuya verilmemiş olduğu hususlarında ulusal mahkemeler tarafından herhangi bir gerekçe belirtilmediğine dikkat çekmiştir. Mahkeme bu hususların yanı sıra başvurucunun, kendisi hakkındaki dökümü yapılmış Bylock tespit tutanağı hususunda herhangi bir yorumda bulunma ve böylelikle de Bylock uygulamasını kullanması dolayısıyla yapılacak çıkarımların geçerliliğine itiraz etme imkânından yoksun bırakıldığı kanaatindedir. Mahkemeye göre ulusal mahkemeler, başvurucunun ham kütük kayıtlarının veri bütünlüğüne sahip olup olmadığı ve içeriklerinin doğrulanması hususlarında bağımsız bilirkişi incelemesi yapılması talebini reddetmiştir. Mahkemeye göre kolluk tarafından yayınlanan Bylock kullanıcı listelerindeki tespit edilen kullanıcı sayıları ile haklarında dava açılanların sayıları ve Bylock uygulamasını yükleyen kişilerin sayıları arasındaki tutarsızlıklar hakkında başvurucu tarafından dile getirilen savunma beyanları cevapsız bırakılmıştır. Mahkeme yukarıda dikkat çektiği eksikliklerin ulusal mahkemenin gerekçeli kararıyla somutlaşmış olduğuna dikkat çekmiştir. Mahkeme, Bylock uygulamasının herhangi bir kontrol mekanizmasına tâbi tutulmaksızın neredeyse iki yıl süreyle ve 2016 yılının ilk aylarına kadar kamuya açık kaynaklardan indirilebilir olduğuna yönelik başvurucu iddiasına dikkat çekmiştir. Mahkemeye göre böylesi bir iddia, Bylock uygulamasının Türk Ceza Kanunu m. 314/2 hükmü kapsamında FETÖ/PDY “üyeleri” olmayan bir kişi tarafından kullanılmasının mümkün olamayacağına nasıl belirlenmiş olduğuna dair hususi bir gerekçe ortaya konulmasını gerektirmektedir.

Netice olarak Mahkeme, başvurucunun kendi aleyhine olan delile samimi ve etkili bir şekilde itiraz etmesine, davasının temel

dayanağını oluşturan esaslı meselelere karşı beyanda bulunmasına imkân verecek yeterli güvencenin ulusal mahkemelerce sağlanmamış olduğunu, ayrıca ulusal mahkemelerin kararlarını meşrulaştıran gerekçeler ortaya koymamış olduğu sonucuna ulaşmıştır.

AİHM'ye göre bu eksiklikler, demokratik bir toplumda kamuoyu nezdinde mahkemelere duyulması gereken güvenin zedelenmesine neden olacak şekilde, AİHS m. 6/1 bağlamında başvurucunun sahip olduğu usule yönelik hakların özü ile bağdaşmaz mahiyettedir. Mahkeme, bu çerçevede başvuru aleyhindeki yargılamanın adil bir yargılamanın gereklerini karşılamadığı ve bu nedenle de AİHS m. 6/1 hükmünün ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır (para. 355-356).

AİHM, Hükûmet tarafından AİHS m. 15 kapsamında ortaya konulan açıklamaları tatmin edici bulmamıştır (para. 211-213).

C. AİHM'nin Toplantı ve Dernek Kurma Özgürlüğü (AİHS m. 11) Kapsamındaki Değerlendirmesi (para.384-402)

AİHM'ye göre, başvuru hakkındaki iddianamede başvurunun örgüt üyesi olduğuna ilişkin iddianın ispatlanması açısından salt sendika ve dernek üyeliğinin destekleyici delil olarak ortaya konulması, bu hakka müdahale edildiğini ortaya koymaktadır.

AİHM'ye göre gerek sendikanın gerekse de derneğin darbe teşebbüsünden önce mevzuata uygun olarak faaliyet göstermesi ışığında, başvurunun anılı sendika ve derneğe üyeliğinin TCK m. 314/2 kapsamındaki suçlamanın kapsamı içine girecek şekilde genişletilmesi öngörülebilir değildir. Ulusal mahkemeler anılı sendika veya derneğin kapatılmasına neden olacak faaliyetleri hususunda bir açıklama yapmadıkları gibi başvurunun anılı sendika ve derneğe üye olmakla şiddeti kışkırtıp kışkırtmadığı veya demokratik bir toplumun temel ilkelerini reddedip reddet-

mediği hususunda bir değerlendirme yapmamışlardır. Mahkemeye göre böylesi bir yorum, kanunun başvuruçunun öngöremeyeceği bir şekilde geniş yorumlanması mahiyetindedir ve bu nedenle de başvuruçunun haklarına yönelik müdahale, AİHS m. 11²¹ hükmünü ihlal edecek mahiyette, “ilgili yasal mevzuata” dayanmamaktadır.

Bu bağlamda AİHM, AİHS m. 11 hükmündeki hakka yönelik müdahalenin meşru, ölçülü, demokratik toplum gereklerine uygunluğu açısından dahi bir inceleme yapma gereği duymamıştır. Zira isnat edilen suçla herhangi bir bağ kurulmaksızın salt sendika üyeliğinin TCK m. 314/2 kapsamındaki mahkumiyetin gerekçesi olarak addedilmesi AİHS m. 11 hükmünün ihlali mahiyetindedir.

Başvuruçunun AİHS m. 6/1 ve m. 6/3 kapsamında etkili hukuki yardım, mahkemelerin bağımsız ve tarafsızlıktan yoksun olduğu, müdafiiyle iletişimine müdahale edilmesi yakınmaları ile AİHS m. 8 bağlamında kendisi hakkındaki bilgi teknolojisi kapsamındaki verilerin elde edilmesi, muhafazası ve işlenmesinin hukuka aykırı olduğu yakınmasının ayrı bir şekilde incelenmesinin gerekli olmadığına 16’ya karşı 1 oyla karar verilmiştir (para. 357- 367).

AİHM, karar tarihi itibarıyla AİHS m. 6 ve m. 7 kapsamında benzer yakınmalar içeren 8.000’in üzerinde başvurunun Mahkeme Yazı İşleri Müdürlüğü’ne ulaşmış olduğunu, ulusal makamların Bylock uygulamasını kullanan 100.000 kişiyi tespit etmiş olması

21 AİHS m. 11:

- “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.”

nedeniyle, çok sayıda başvurunun kendisine sunulmasının muhtemel olduğuna dikkat çekmiş ve ihlal tespitine neden olan problemlerin sistemik/yapısal olduğunu belirterek AİHS m. 46 kapsamında anılı yapısal sorunlara (özellikle de Türk yargısının Bylock deliline yaklaşımı hususunda) yönelik genel tedbirlerin Türkiye tarafından alınmasının zorunlu olduğuna hükmetmiştir (para. 409- 418).

IV. KARAR SONRASINDAKİ GELİŞMELER

AİHM, 12.12.2023 tarihinde benzer yakınmalar içeren 1.000 bireysel başvuruyu²² (*Yüksel Yalçınkaya/Türkiye* kararına atıfta bulunarak) savunma için Hükûmete bildirmiştir. Bu sayının, Bylock kullanan 100.000'den fazla kişinin ulusal makamlarca tespit edildiği şeklindeki resmî açıklamalar ışığında hızla artacağı düşünülmektedir.

V. AİHM KARARLARI TÜRKİYE CUMHURİYETİ AÇISINDAN BAĞLAYICIDIR

AİHS m. 46 hükmü “*kararların bağlayıcılığı ve icrası*” (*binding force and execution of judgments*) başlığını taşımaktadır. AİHS m. 46/1²³ uyarınca taraf devlet, AİHM tarafından aleyhinde verilen kararı, kesinleşmesi sonrasında kararın gerektirdiği bireysel ve/veya genel tedbirin alınması taahhüdünde bulunmaktadır.²⁴ Bir diğer ifadeyle AİHM kararının icrası, kararın gerektirdiği bireysel

22 *Dönmez ve Diğerleri/Türkiye*, B. No: 45699/22 ve 199 diğer başvuru; *Berber ve Diğerleri/Türkiye*, B.No: 31954/21 ve 199 diğer başvuru; *Subaşı ve Diğerleri /Türkiye*, B.No: 32039/21 ve 199 diğer başvuru, 12.12.2023; *Yıldız ve Diğerleri*, B.No: 49867/21 ve 199 diğer başvuru, *Büyükgün ve Diğerleri/Türkiye*, B.No: 27927/21 ve 199 diğer başvuru.

23 AİHS m. 46/1: “Yüksek Sözleşmeciler Taraf, taraf oldukları davalarda Mahkeme’nin verdiği kesinleşmiş kararlara uymayı taahhüt ederler.”

24 *Verein gegen Tierfabriken Schwei (VgT)/İsviçre* (No:2) [BD], B. No:32772/02, 30.06.2009, para.85.

ve/veya genel tedbirin taraf devletçe alınması anlamına gelmektedir.²⁵

AİHM, taraf devletin AİHS m. 46/1 kaynaklı yükümlülüğünü aşağıdaki şekilde tanımlamıştır:

“....Her hâlükârda taraf devletler, kendileri açısından bağlayıcı olan kararların icrası sürecinde Bakanlar Komitesine ayrıntılı ve güncel bilgiler sağlamakla yükümlüdür... Bununla bağlantılı olarak Mahkeme, 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Konvansiyonu’nun Giriş kısmının üçüncü paragrafında ve 26.maddesinde de belirtildiği üzere, taraf devletlere yönelik antlaşmaların gereklerini iyi niyet kurallarına uygun yerine getirmeleri yükümlülüğüne vurgu yapmaktadır...”²⁶

AİHS m. 46/1 hükmüyle taraf devlet, Sözleşme’ye uygun hareket etmediğinin AİHM tarafından tespit edilmesi hâlinde bu tespitle bağlı olduğunu ve bu tespit uyarınca da ihlale son verme ve başvurucunun ihlal öncesindeki durumunun en kapsamlı ölçüde tesis etme, böylesi bir durumun kısmen veya tamamen mümkün olmaması durumunda ise AİHM’nin hükmedeceği adil karşılık tutarını başvurucuya ödeme ve en nihayetinde ulusal hukukta benzer ihlallerin ortaya çıkmasını engellemek amacıyla gerekli mevzuat ve uygulama değişikliklerini hayata geçirme garantisini vermektedir (para. 404-408).²⁷

25 Fiona de Londras and Kanstantsin Dzehtsiarou, “Mission Impossible? Addressing Non-Execution Through Infringement Proceedings in the European Court of Human Rights”, 23.02.2017, Cambridge University Press, <https://www.cambridge.org/core/journals/international-and-comparative-law-quarterly/article/mission-impossible-addressing-nonexecution-through-infringement-proceedings-in-the-european-court-of-human-rights/202B94630C62452955CD C20DE32C5C39>, (17.01.2024), p.472; Naz Çavuşoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi: Kararların Uygulanması, Su Yayınları, İstanbul, 2003, s.34.

26 *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) /İsviçre* (No:2) [BD], B.No:32772/02, 30.06.2009, para.85.

27 *Scozzari ve Giunta/İtalya* [BD], B. No: 39221/98 ve 41963/98, 13.07.2000, para.249

Sonuç itibarıyla AİHS m. 46/1 kaynaklı yükümlülüğe uygun hareket edilmemesi, taraf devletin uluslararası sorumluluğuna neden olabilecektir.²⁸ Her hâlükârda taraf devletin kesinleşmiş olan bir AİHM kararının icrası açısından benimseyeceği bireysel ve/veya genel tedbirin, dayanak AİHM kararının varlığı sonuçlar ve kararın ruhu ile uyumlu olması gerekmektedir.²⁹ Mahkeme ayrıca, taraf devletin bir AİHM kararının icrasına yönelik alacağı tedbirlerin teoride hayata geçirilmesinin yeterli olmayacağını, tedbirlerin ayrıca uygulanabilir, etkili ve yeterli olması ve zamanında alınması gerektiğini vurgulamıştır.³⁰

İkincillik ilkesi gereği AİHS tarafından garanti altına alınan hak ve özgürlüklerin korunması bağlamında asli yükümlülük taraf devletlere ait olsa da bu yetkinin sınırsız olmadığı ve her hâlükârda AİHM'nin nihai denetimine tâbi olduğu hususu dikkate alınmalıdır.³¹ Sonuç itibarıyla AİHM kararlarının gerçek anlamda icrası, sadece AİHM kararında belirtilen tazminatın (*just satisfaction*) ödenmesi (AİHS m. 41)³² ve kararın Türkçeye tercümesi ile sınırlı olmayıp, bunlarla birlikte AİHM'nin kararında vurguladığı AİHS aykırılıklarını giderecek bireysel ve genel tedbirlerin hızla alınması anlamına gelmektedir. Bu süreç Avrupa Konseyinin (AK) en önemli organı olan Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi (AKBK) tarafından dikkatle izlenmekte, taraf devletin kararın icrasına yönelik hayata geçirdiği bireysel ve genel tedbirlerin yeterli olup olmadığı bizzat AKBK tarafından izlenmekte ve denetlenmektedir.

28 *İlgar Mammadov/Azərbaycan* (Madde 46/4) [BD], B. No: 15172/13, 29.05.2019, para.150.

29 *Emre/İsviçre* (No: 2), B. No: 5056/10, 11.10.2011, para. 75; *Volkov/Ukrayna*, B. No:21722/11, 09.01.2013, para.193-195.

30 *Mamazhonov/Rusya*, B. No:17239/13, 23.10.2014, para.236

31 *Suso Musa/Malta*, B. No:42337/12, 23.07.2013, para.120.

32 AİHS m. 41: "Eğer Mahkeme bu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldıracabiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören taraf lehine adil bir tazmin verilmesine hükmeder."

Yapısal mahiyette ihlal tespiti yapan AİHM kararlarının icrası hususu, sadece *Yalçinkaya/Türkiye* kararı özelinde ortaya çıkan bir mesele değildir. AİHM Türkiye Cumhuriyeti aleyhinde vermiş olduğu önceki tarihli bazı kararlarında yapısal sorunlara dikkat çekerek AİHS'nin çeşitli hükümlerinin ihlal edildiğine karar vermiştir.³³ Geçmişten örneklemek gerekirse AİHM, 1996 tarihli *Aksoy/Türkiye*³⁴ kararında 1990'lı yıllarda gerçekleştirilen terörizmin önlenmesine ilişkin faaliyetler sırasında başvurucunun gözaltında işkenceye tabi tutulması nedeniyle AİHS m. 3, m. 5/3 ve m. 13'ün ihlal edildiğini tespit etmiştir. Adalet Bakanlığı, 2003 tarihinde bir genelge yayınlayarak bu tür olaylara ilişkin soruşturmaların, kolluk güçleri tarafından değil bizzat Cumhuriyet savcıları tarafından ve derhâl yürütülmesi gerektiğini düzenlemiş,³⁵ yine 20.02.2015 tarih ve 158 sayılı Adalet Bakanlığı genelgesi ile aynı gereklilik bir kez daha vurgulanmıştır.³⁶ Keza, işkence ve diğer kötü muamele suçlarını işlediği iddia edilen kamu görevlileri hakkındaki soruşturmada idari ön izin uygulamasına 2003 tarihinde son verilmiştir. Bir başka örnek AİHM'nin 1998 tarihli *Incal/Türkiye*³⁷ ve *Çıraklar/Türkiye*³⁸ kararlarıdır. AİHM, anılı kararlarında Devlet Güvenlik Mahkemesinde (DGM) görevli askeri hâkimler nedeniyle, mahkemenin bağımsızlık ilkesinin ihlal edildiğini, her ne kadar hukuk fakültesi mezunu olsalar ve hâkimlik teminatından yararlansalar da askerî hâkimlerin askerî hiyerarşi içinde bulunması nedeniyle AİHS m. 6/1'in

33 *Vedat Şorli/Türkiye*, B.No:42048/19, 19.10.2021, cumhurbaşkanına hakaret suçunu düzenleyen TCK m. 299 hükmünün ve uygulamasının sorunlu olduğu tespit edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Fikret İlkiz, **AİHM, AYM ve Yargıtay Kararları Işığında Cumhurbaşkanına Hakaret Suçu, Vedat Şorli/Türkiye Kararı İncelemesi**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2022.

34 *Aksoy/Türkiye*, B.No: 21987/93, 18.12.1996, para. 64, 87, 100.

35 Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tematik Bilgi Notu, <https://rm.coe.int/thematic-factsheet-effective-investigations-tur/1680a141a5>, (17.01.2024), s8.

36 Adalet Bakanlığı, 20.02.2015 tarih ve 158 no'lu Genelge, https://rayp.adalet.gov.tr/Resimler/pdf/cigm_158.pdf, (17.01.2024), s.7.

37 *Incal/Türkiye* [BD], B.No: 22678/93, 09.06.1998, para.72-73.

38 *Çıraklar/Türkiye*, B. No: 19601/92, 28.10.1998, para. 40-41.

ihlal edildiği tespitinde bulunmuştur. 18.06.1999 tarihinde kabul edilen ve aynı tarihte Resmî Gazete’de (RG) yayınlanan Anayasa değişikliği ile Anayasa m. 143 değişikliğe tâbi tutulmuş ve askerî hâkimlerin DGM’lerde görev yapmasına son verilmiştir. Akabinde, 22.06.1999 tarihinde kabul edilen ve aynı tarihte RG’de yayınlanan 4390 sayılı Kanun ile DGM’lerde askerî hâkimlerin görev yapmasına son verilmiştir. 2004 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile de DGM’ler tamamıyla lağvedilmiştir. Konuyla ilgili bir başka örnek AİHM’nin, 2008 tarihli *Demir ve Baykara/Türkiye*³⁹ kararıdır. AİHM kararında, belediyelerde görev yapan memurların sendika kurmalarının engellenmesi ve yapılan toplu sözleşmenin geriye dönük olarak iptal edilmesi dolayısıyla AİHS m. 11 hükmünün ihlal edildiğine hükmetmiştir. 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile konuyla ilgili yasal engel kaldırılmış, devlet memurlarının toplu sözleşme tesis edebilmesine imkân tanınmıştır.⁴⁰ Ayrıca *Ataykaya/Türkiye*⁴¹ kararında AİHM, AİHS’nin 2. maddesi ile koruma altına alınan yaşam hakkı bakımından, biber gazı kapsüllerinin kolluk tarafından doğru kullanımını temin eden ulusal bir mevzuatın bulunmadığına karar vermiştir. Anılı başvurunun 17.10.2008 tarihinde AİHM’ye sunulmasından sonra, konuyla ilgili Emniyet Genel Müdürlüğünün 15.12.2008 tarihli ve 19 sayılı “Göz Yaşartıcı Gaz Silahları ve Mühimmatları” başlıklı Genelgesi, 26.06.2013 ve 22.07.2013 tarihlerinde iki ayrı ek genelgeyle daha ayrıntılı hâle getirilmiştir. Tüm bu gelişmelere rağmen AİHM anılı ihlal kararında, göz yaşartıcı kapsüllerin kullanılmasına ilişkin usuli güvencelerin güçlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir.⁴²

39 *Demir ve Baykara/Türkiye* [BD], B. No: 34503/97, 12.11.2008, para. 170.

40 Serkan Cengiz, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İcrası*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023, ss. 307-359.

41 *Ataykaya/Türkiye*, B.No: 50275/08, 22.07.2014, para.67-75.

42 *Ataykaya/Türkiye*, B.No: 50275/08, 22.07.2014, para.73.

Netice olarak Türkiye Cumhuriyeti yukarıda örneklenen ve yapısal sorunlara işaret eden bazı seçili AİHM kararlarının icrası sürecinde, AİHS m. 1 ve m. 46/1 kapsamında taahhüt ettiği yükümlülüğe uygun davranmış ve kararın icra sürecinin denetimi AKBK tarafından sonlandırılmıştır.⁴³ Dolayısıyla Türkiye Cumhuriyeti, AK üyeliğinin, AİHS ile bağitlanmanın ve Anayasa m. 90/5 hükmünün bir gereği olarak, AİHM'nin *Yüksel Yalçinkaya/Türkiye* kararı özelinde benzer şekilde hareket etme ve AİHM'nin işaret ettiği ve yapısal olarak sorunlu olduğu tespit edilen AİHS m. 6 (adil yargılanma) ve m. 7 (suç ve cezaların kanuniliği ve geriye yürümezliği) ihlallerini ortadan kaldıracak, başvuru ile onunla benzer/aynı durumda olanlara dair, eski hâle getirme ilkesi (*restitutio in integrum*) ışığında genel ve kapsayıcı bir çözüm tesis etmek yükümlülüğü altındadır.

VI. KARARIN GEREKTİRDİKLERİ VE OLASI SONUÇLARI

AİHM'nin 17 hâkimden müteşekkil en üst yargı birimi olan Büyük Daire tarafından tesis edilmiş olan *Yüksel Yalçinkaya/Türkiye* kararı kesindir. Bu karara karşı herhangi bir itiraz yolu mevcut değildir.⁴⁴

Yukarıda da vurgulandığı üzere AİHM'nin *Yüksel Yalçinkaya/Türkiye* kararı FETÖ/PDY kaynaklı ceza yargılamalarının bütününe dair ilk karardır. Karar ile, Türkiye'de tüm ceza mahkemelerinde gerek ispat yükü gerekse de ispat standardı açısından benimsenen yaklaşımın AİHS m. 6 hükmünü ihlal ettiği açıkça ortaya konulmuştur. Keza AİHM anılı kararla, geçmişteki bir dizi yasal faaliyet açısından, suç isnadının delili olduğuna yönelik ulusal mahkemelerce geriye dönük yapılan yorumun da AİHS m. 11 ve özellikle de AİHS

43 *Ataykaya/Türkiye* kararına ilişkin Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi denetimi işbu değerlendirmenin hazırlandığı tarih itibarıyla Ataman Grubu altında devam etmektedir, <https://hudoc.exec.coe.int/eng?i=004-37415>, (17.01.2024).

44 AİHS m. 44/1: "Büyük Daire'nin kararı kesindir."

m. 7 hükmüne aykırı olduğunu hüküm altına alarak, özellikle TCK m. 314/1 ve m. 314/2 kapsamında kalan iddia ve mahkumiyetlerin hukuksal dayanaklarını ortadan kaldırmıştır.

Dolayısıyla AİHM'nin *Yüksel Yalçınkaya/Türkiye* kararında genel tedbirler alınmasına yönelik değerlendirmesi bakımından çok sayıda kişiyi etkileyen AİHS m. 6 (*adil yargılanma hakkı*) ve m. 7 (*suç ve cezaların kanuniliği ve geriye yürümezliği*) kapsamında tespit edilen yapısal sorunların, AİHM kararında belirtilen, dayanaklarını ortadan kaldırmaya yönelik uygun bir çözüm için AİHM kararındaki tespitlerin yerel mahkemelerce görülmekte olan davalarla sınırlı olmamak üzere daha geniş bir ölçekte dikkate alınması Anayasa m. 90/5⁴⁵ hükmünün gereğidir.

Türkiye Cumhuriyeti'nin, AİHM'nin *Yüksel Yalçınkaya/Türkiye* kararında tespit ettiği ve benzer FETÖ/PDY yargılamaları özelindeki özellikle AİHS m. 6 (*adil yargılanma hakkı*) ve m. 7 (*suç ve cezaların kanuniliği ve geriye yürümezliği*) kaynaklı yapısal sorunları *restitutio in integrum* (eski hâle getirme) ilkesi çerçevesinde ortadan kaldıracak mahiyette (örneğin, CMK m. 311/1-f hükmü uyarınca yargılamanın iadesi,⁴⁶ hâlihazırda derdest olan yargılamalar açısından ise içtihat değişikliği⁴⁷ gibi tedbirler dahil olmak üzere)

45 Anayasa m. 90/5: "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7/5/2004-5170/7 md.) 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."

46 *Gençel/Türkiye*, B. No:53431/99, 23.10.2003, para.27; *T.Ç. ve H.Ç./Türkiye*, B. No:34805/06, 26.07.2011, para.95.

47 AİHM, *N.A ve Diğerleri/Türkiye* (B. No: 37451/97, 11.10.2005) ile *Turgut ve Diğerleri/Türkiye* (B. No: 1411/03, 08.07.2008) kararlarında başvuru sahiplerinin resmî tapularının (taşınmazların sonradan orman sınırları içinde olduğunun tespiti ile kıyı kanunu kapsamında olduğunun tespiti gerekçeleriyle) iptali nedeniyle kendilerine bir tazminat ödenmemesinin mülkiyet hakkını ihlal ettiği tespitinde bulunmuştur. Yargıtay, AİHM'nin içtihadına uygun olarak 2009 tarihinde içtihat değişikliğine giderek, yukarıda belirtilen ihlale maruz kalan hak sahiplerinin tapu iptaline ilişkin ilk mahkeme kararının kesinleşmesinden itibaren 10 yıl içinde talepte bulunmaları koşuluyla,

genel mahiyette bir çözüm tesis etmesinin AİHS m. 1⁴⁸ ile m. 46/1 hükümlerinin de bir gereği olduğu açıktır.

Ayrıca belirtmemiz gerekir ki, bir hakka dair kanun hükmü ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu AİHS gibi bir belgenin veya belgenin yorumu neticesinde tesis edilen AİHM içtihadının⁴⁹ ulusal mevzuat hükmü veya uygulamasıyla çatışması durumunda, yargı mercileri ile uygulayıcılar tarafından uluslararası belgenin veya onun yorumlanması mahiyetindeki AİHM içtihadının esas alınması gerektiğine ilişkin Anayasa Mahkemesi kararının göz önünde bulundurulmasının yararlı olacağı düşünülmektedir.⁵⁰

Bununla birlikte Anayasa m. 90/5 hükmü uyarınca bu kararın hâlihazırda derdest olan davalarda, başta Yargıtay olmak üzere, tüm ulusal mahkemeler tarafından dikkat alınması önemli bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır. 1954 yılından bu yana AİHS'ye taraf olan Türkiye Cumhuriyeti, ikincilik ilkesinin bir gereği olarak AİHM kararının işaret ettiği yapısal sorunların ortadan kaldırılmasına dair benimseyeceği yöntemin şekli, içeriğinin belirlenmesi ve icrası hususunda görece inisiyatif sahibi olsa da AİHM kararlarının icrasının denetimiyle sorumlu Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi (AİHS m. 46/2⁵¹ kapsamında), AİHM (AİHS m. 46/4⁵²

sırasıyla Medeni Kanun m. 1007 ve Türk Borçlar Kanunu m. 125 uyarınca, taşınmazlarının değerine karşılık gelen maddi tazminat tutarlarının ödenmesi gerektiğine hükmetmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Cengiz, s.354.

48 AİHS m. 1: "Yüksek Sözleşmeciler Tarafı kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar."

49 AİHM, Ünal Tekeli/Türkiye, B.No:29865/96, 16.11.2004; Söyler/Türkiye, B.No: 29411/07, 17.09.2013.

50 AYM, *Sevim Akat Eşki* başvurusu, B.No:2013/2187, 19.12.2013, para.41-42.

51 AİHS m. 46/2: "Mahkeme'nin kesinleşen kararı, infazını denetleyecek olan Bakanlar Komitesi'ne gönderilir."

52 AİHS m. 46/4: "Bakanlar Komitesi, bir Yüksek Sözleşmeciler Taraf'ın, taraf olduğu bir davada verilen kesin karara uygun davranmayı reddettiği görüşünde ise, ilgili Taraf'a ihtarda bulunduk-

kapsamında),⁵³ Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi ve Avrupa Konseyi Genel Sekreteri (AİHS m. 52)⁵⁴ bu süreçte rol almaya devam edecekler, ihlal tespit kararının bireysel ve genel sonuçlarıyla icra edilip edilmediğini denetleyeceklerdir. Bir diğer ifadeyle Türkiye Cumhuriyeti'nin, AİHS'ye taraf olduğu sürece, aleyhinde tesis edilmiş bir AİHM kararını, yukarıda atıfta bulunulan AİHM kararlarıyla çerçevesi çizilen bir kapsamda, uluslararası hukukun gereklerine uygun olarak uygulamak dışında bir seçeneği bulunmamaktadır.

AİHM kararının gerektiği şekilde icra edilmemesi AİHS m. 46/4 kapsamında ihlal usulü yolu olarak tanımlanan sürecin⁵⁵ tetiklenmesine neden olabileceği gibi en nihayetinde Avrupa Konseyi Statüsü'nün⁵⁶ 8.maddesi kapsamında (Avrupa Konseyindeki temsil hakkının askıya alınması, üyelikten çekilmeye davet ve üyelikten çıkarma gibi) bir dizi sonuca neden olabilecektir. Türkiye Cumhuriyeti'nin AİHS m.1 ve m.46/1 kaynaklı yükümlüğünü AİHM'nin bazı ihlal kararları açısından yerine getirmediği, bu tutumun da Avrupa Konseyi ile Türkiye Cumhuriyeti arasındaki ilişkileri hatırı sayılır derece zedelediği göz önüne alındığında, Yüksel Yalçinkaya/Türkiye kararının gerektiği şekilde icra edilmemesinin vahim ve öngörülemez sonuçlar doğurması muhtemeldir.

tan sonra, Komite toplantılarına katılmaya yetkili temsilcilerin üçte iki oy çokluğu ile alınacak bir kararla, ilgili Taraf'ın 1. fıkra da öngörülen yükümlülüğünü yerine getirmediği meselesini Mahkeme'ye intikal ettirebilir.”

53 *Ilgar Mammadov/Azərbaycan* (Madde 46/4) [BD], B. No: 15172/13, 29.05.2019.

54 AİHS m. 52: “Her Yüksek Sözleşmeci Taraf, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'nin talebi üzerine, bu Sözleşme'nin tüm hükümlerinin kendi iç hukukunda etkili uygulanmasına dair gerekli açıklamaları sunacaktır.”

55 Cengiz, ss.249-268.

56 Avrupa Konseyi Statüsü, https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2712020093815001_tur.pdf, (17.01.2024).

“YÜKSEL YALÇINKAYA” KARARI ve SONUÇLARINA DAİR UZMAN GÖRÜŞÜ

Doç. Dr. Tolga ŞİRİN

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

İÇİNDEKİLER

ÖZET	3
GİRİŞ	6
I-) İHAM KARARLARININ İÇ HUKUKTAKİ ETKİSİ	6
A-) Genel Olarak: Uluslararası Hukukta “İhlalin Giderimi” Meselesi	7
B-) Karar Tipleri	8
1-) Klasik Kararlar	9
2-) Pilot Kararlar	9
a-) Tam Pilot Kararlar	10
b-) Yarı-Pilot Kararlar	10
C-) İhlalin Sübjektif Etkisi: Başvurucuya Dönük Sonuçlar	10
1-) İhlal Tespiti	10
2-) Tazminat	10
3-) Yeniden Yargılama	11
4-) Diğer Çareler	11
a-) Soyut Yönlendirmeler	11
b-) Somut Yönlendirmeler	11
D-) İhlalin Objektif Etkisi: Genele Dönük Sonuçlar	12
1-) Mevzuatın Değişmesi	13
2-) Uygulamanın Değişmesi	13
3-) Yeniden Yargılamalar	14
II-) YÜKSEL YALÇINKAYA KARARI	15
A-) Olaylar	15
1-) Ağır Ceza Mahkemesi Yargılaması	15
2-) Kanun Yolları	15
B-) İhlaller	17
1-) Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesinin İhlali	17
2-) Adil Yargılanma Hakkı İhlali	19
a-) Delillerin Niteliği	20
(i) Delillerin Elde Ediliş Usulü Kuşkuludur	20
(ii) Delillerin Doğruluğunu Sorgulayacak Yeterli Unsurlar Yoktur	20

b-) İtiraz Olanakları	21
c-) Diğer Deliller.....	22
3-) Örgütlenme Özgürlüğü İhlali.....	23
C-) Kararın Niteliği.....	23
D-) Ara Değerlendirme	24
III-) İLGİLİ DİĞER KARARLAR	25
A-) Avrupa Konseyi Bünyesindeki Diğer Kararlar	25
B-) İHAM'ın Bağlantılı Diğer Kararları	26
C-) BM Keyfi Tutuklamalar Çalışma Grubu	27
D-) BM İnsan Hakları Komitesinin Bireysel Başvuru Kararları	27
IV-) KARARIN “_____” VAKASI YÖNÜNDEN ETKİSİ	27
A-) İstanbul 36. Ağır Ceza Mahkemesinin Kararının Özü	27
B-) Maddi Sonuç: _____ Yeniden Yargılanmalıdır	28
1-) Suçta ve Cezada Kanunilik Yönünden	29
2-) Adil Yargılanma Hakkı Yönünden	29
3-) Örgütlenme Özgürlüğü Yönünden	30
C-) Usuli Çözüm: Yargılamanın Yenilenmesi Usulü	31
1-) Yeniden Yargılama Kavramının “Özerk Anlamı”	31
2-) Somut Olayda Yargılamanın Yenilenmesi	33
SONUÇ.....	34

ÖZET

Bir devlet, bir uluslararası sözleşmeye taraf olduğunda, o sözleşmenin gereklerini yerine getirmekle yükümlüdür. Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (md. 27) uyarınca bir taraf devlet, iç hukukunu (mevzuatı, içtihadı vb. kaynakları), uluslararası yükümlülüklerini yerine getirmemenin bahanesi olarak gösteremez. Bu gerçek, artık bir *jus cogens*, yani emredici hukuk kuralı hâline gelmiştir. Başka bir deyişle, bir sözleşmenin kendisi, bağlayıcı olduğunu söylemese ve iç hukukun buna uyumlu gerektiğini öngörmese dahi aktardığımız kural yine de geçerli sayılmaktadır.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, bu konuda sessiz kalmış bir sözleşme değildir. Sözleşme, bünyesinde yer alan temel hakların taraf devletlerde bulunan herkese tanınacağını ve bağlayıcı olduğunu öngörmüştür. Sözleşme ayrıca, söz konusu hakların ne anlama geldiğini ortaya koyması için bir Mahkeme (İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi) öngörmüş, bu Mahkemenin kararlarının da bağlayıcı olduğunu ayrıca ve açıkça ifade etmiştir. Dolayısıyla iç hukukun, sözleşmesel yükümlükleri ortadan kaldıramayacağını söyleyen emredici kural ve nesnel gerçek, İHAS özelinde münhasıran teyit edilmiş ve bildirilmiştir.

Türkiye Cumhuriyeti, bu Sözleşme'ye ve pek çok protokolüne kendi iradesiyle taraf olmuş, İHAM'ın yargısal yetkisini tanımıştır. Türkiye bununla kalmamış; (i) bizzat anayasal düzeyde, insan haklarına saygılı/dayanan (Anayasa md. 2 ve 14/1) devlet olduğunu değiştirilmez bir hükümle ilan etmiş, (ii) insan hakları sözleşmelerini, kanunlardan bile üstün (Anayasa md. 90/son) kılmış, (iii) İHAS'ın adını açıkça zikrederek (Anayasa md. 148/3), diğer devletlerde dahi nadiren görülen bir yaklaşımla bu sözleşmeye çok özel bir değer atfetmiştir. Bu bağlamda (iv) başta Anayasa Mahkemesi olmak üzere pek çok yüksek yargı organının içtihatlarının derinleşmesinde İHAM kararları belirleyici olmuştur. Keza, (v) geçtiğimiz çeyrek asır boyunca genel olarak ("Türk ceza hukuku reformu" olarak adlandırılan) reform sürecinin içi, İHAM'ın verdiği kararlar ekseninde doldurulmuş, (vi) Adalet Bakanlığı ve yüksek yargı organları ile Avrupa Konseyinin yaptığı protokoller uyarınca çok sayıda proje hayata geçirmiş ve bu kapsamda çok sayıda çalışma (hâkim ve savcıların insan hakları hukuku eğitimi, Avrupa ülkelerinde misafir edilmesi, meslek içi eğitimleri, ilgili materyallerin basımı, yuvarlak masa toplantıları vb.) gerçekleştirilmiş; bu uğurda büyük emekler ve paralar harcanmıştır. Sayısı daha da arttırılabilecek tüm bu faktörler, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi hukukuna uyumun, Türkiye Cumhuriyeti'nin hükûmetler üstü bir devlet politikası olduğuna göstergedir. Bu gerçek karşısında yargıçlara düşen şey, ulusal mevzuatı ve olayları "uluslararası hukuka uygun yorum" ilkesi çerçevesinde ele almaktır. Bu bir takdir meselesi değil, (i) *jus cogens* bir kuralın, (ii) Türkiye'nin tarafı olduğu Sözleşme'nin ve (iii) Türkiye'yi bu Sözleşme sistemine taraf kılan kanun hükümlerinin, (iv) Anayasa'nın ve (v) genel olarak Türk Devleti'nin asırlık siyasa tercihinin¹ getirdiği bir zorunluluktur.

Bu kaynaşmayı gayet yerinde bir yaklaşımla yansıtan Anayasa Mahkemesinin de ortaya koyduğu üzere, İHAM kararlarına uymamak, Anayasa'nın da ihlali anlamına gelmektedir. Tüm bu nedenlerle, İHAM kararlarının niteliğini iyi kavramak gerekmektedir.

Mütalaanın birinci bölümünde İHAM kararlarının niteliği ortaya konmuştur. Buna göre; İHAM'ın iki tür karar vermektedir: klasik kararlar ve pilot kararlar. (i) Klasik kararlar, münferit insan hakları ihlalleriyle ilgili ve esasen sadece başvuruyla ilişkili sayılabilecek kararları anlatır. (ii) Pilot kararlar ise ihlalin somut olayla sınırlı olmadığı, başvuru özelinde incelenen vakanın arka planında yer alan sistematik sorundan ötürü, sonuçlarının diğer kişilere de etki

¹ Bu tercih, Anayasa'nın yönlendirici nitelikteki Başlangıç kısmındaki "çağdaş medeniyet düzeyine ulaşma azmi" hükmüyle de ortaya konmuştur.

gösterileceğinin tespit edildiği kararlardır. Pilot kararlar, “tam pilot karar” niteliği taşıdığından Mahkeme, pilot karar uyguladığını açıkça söyler ve İçtüzük’teki özel usul uygulama bulur. Bu kararların “yarı-pilot” (*quasi pilot*) nitelik taşıdığı durumlarda Mahkeme açıkça pilot karar usulünü uyguladığını söylemez fakat ortada sistematik bir ihlal bulunduğunu tespit eder ve sistematik sorunun çözülmesi, yani ihlalin giderimi için hangi önlemlerin alınması gerektiğini sayar.

Mahkemenin klasik kararlarında, bazen yapısal sorunlara işaret eden ek gerekçelere yer verilse de prensip itibarıyla (i) “ihlal tespiti” ve/veya (ii) “tazminat” a hükmedilmesi söz konusu olur. Buna karşılık, pilot kararlarda (iii) “yeniden yargılama” ya işaret edilmesi söz konusu olabilir; ayrıca, mağdurların ihlalden önceki duruma gelmeleri (*restitutio in integrum*) için (iv) “yapılması gerekenler” e hükmedilebilir. Bu “yapılması gerekenler”, vakanın niteliğine göre soyuttan spesifik olarak somuta doğru bir skalada resen takdir edilir. Bu bağlamda takdir İHAM’ındır. Zira insan hakları hukukunda ihlalin giderilmesi bağlamındaki ana kabul, ihlal hiç gerçekleşmemiş olsaydı mağdurun durumu ne olacaksa o duruma tekrar dönülmesini sağlayacak her şeydir. Taraf devletlerin bunu iç hukukta hangi araç ve kurumlarla gerçekleştirecekleri onların bileceği iştir fakat İHAM tarafından işaret edilenler, ulusal hukukun teknik kavramlarıyla değil, Mahkemenin kendi kavramlarıyla (buna “özerk kavramlar öğretisi” denir) anlatılır. Bu bakımdan “yeniden yargılama” kavramı, “yargılamanın yenilenmesi” kavramını dahi aşan bir nitelik taşımaktadır.

Bu açıklamalar ışığında *Yüksel Yalçınkaya/Türkiye* kararı, bir “yarı-pilot karar”dır. İHAM, bu olayda Türkiye’deki sistematik bir sorun saptaması yapmış, sonra da yapılması gerekenlere hükmetmiştir.

Söz konusu sistematik sorunun kalbinde ByLock delillerinin değerlendirilme biçimi yer almaktadır. Ayrıntılarını bir tarafa bıraktığımızda Mahkemeye göre bu uygulamayı yüklemiş olmak, o gün için “Gülen Hareketi” veya “Cemaat” olarak bilinen yapıyla bağlantıyı kanıtıyor olabilir. Fakat bir kişinin, on yıllardır Türkiye’de varlık gösteren ve hükümetlerin tanıdığı ve meşruluk attığı bir dini grup ile bağlantılı olması, salt bu programı indirdiği için 15 Temmuz darbe girişiminin faili addedilen “FETÖ/PDY” örgütünün silahlı amaçlarını bildiğini ve buna göre hareket edip otomatikman örgüt üyeliği yaptığını göstermez. Başka bir deyişle ve kestirmeden söyleyecek olursak; ByLock uygulaması, “Cemaat” üyesi olmak ile “FETÖ/PDY” örgütüne üye olmayı otomatikman eşitleyemez. Mezkûr uygulamayı yükleyen bir kişi, bu ikisine de mensup olabileceği gibi sadece ilkinde mensup olabilir. ByLock yazışmalarının içeriği vb. deliller ortaya konmadıkça kategorik çıkarımlarda bulunmak, suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırıdır.

Dahası, ByLock uygulamasına dair verilerin elde edilme biçimi, ham verilerin davanın taraflarına tam olarak sunulmaması, uygulamayı indiren kişilerin tamamının soruşturmaya tabi olmaması vb. pek çok tutarsızlık karşısında sanıkların ileri sürdüğü savlara ilgili ve yeterli gerekçeler sunulmamış, ayrıca o gün için yasal nitelik arz eden faaliyetler (dernek, sendika üyelikleri veya banka hesapları vb.) de davada kategorik olarak suçla ilintilendirilmiştir. İHAM, *Yüksel Yalçınkaya/Türkiye* kararı özelinde bunların adil yargılanma hakkı ve örgütlenme hakkının ihlali anlamına geldiğini saptamıştır.

Sayı yüzbinleri bulan pek çok kişinin bu nedenlerle ve bu usullerle mahkûm edilmesi, niceliksel bir yığılma ve sistematik bir sorunu ortaya koymaktadır. İHAM bu saptamayı yaparak, bir bakıma benzer nitelikteki tüm kararlarda ihlal kararı vereceğini ilan etmiştir. Mahkeme, bir “bile bile lades” sonucunun ortaya çıkmaması için de “yapılması gerekenler” e hükmetmiştir. Bu yapılması gerekenler “soyut-somut skalası”nda görece somuttur. Strazburg Mahkemesi, esasen ve özü itibarıyla süregelen yargılamalarda kendi analizinin uygulanmasına + benzer durumda

olanların yeniden yargılanmasına + bu bağlamda özellikle Anayasa'nın md. 90/son hükmünün dikkate alınmasına işaret etmiştir.

Mütalaada gösterilecek ulusal içtihatlarda görüleceği üzere Anayasa Mahkemesi ve diğer yüksek yargı organları, çeşitli kararlarında, Anayasa md. 90 hükmüne özel ve icrai bir anlam yüklemiştir. Bu yaklaşıma göre uluslararası hukuk ile ulusal mevzuat arasında bir çatışma varsa ilki ikincisini “zımnen ilga” edebilmektedir. Fakat bizim kanımızca somut olayda “zımnen ilga” yoluna dahi gitmeye gerek kalmaksızın, sorun “yargılamanın yenilenmesi” kurumunun “uluslararası hukuka uygun yorum” yoluyla çalıştırılması suretiyle çözülebilir.

Bu çıkarımlar, _____ açısından aynen geçerlidir. Bay’in mahkûmiyetine temel olan başlıca delil ByLock uygulamasını yüklediği saptamasıdır. Kendisi, bu saptamaya atıfla otomatikman FETÖ/PDY üyesi sayılmıştır. Diğer delillerin (Twitler ve yasal dernek üyelikleri) suça dayanak kılınması da Strazburg içtihatlarıyla uyumsuzdur. Sonuç itibarıyla kendisi hakkında yargılamanın yenilenmesi usulü çalıştırılmalıdır.

GİRİŞ

Öncelikle işbu görüşü kaleme alan müellif olarak “uzman” niteliğimize dönük açıklama yapacak, ardından bu mütalaaya konu olan mesele hakkında değerlendirme yapacak ve nihayet raporun planı hakkında bilgi vereceğiz.

Uzmanlık-. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde Anayasa Hukuku Anabilim Dalı’nda öğretim üyesiyim. Bu fakültede “anayasa hukuku”, “insan hakları hukuku”, “özgürlükler hukuku”, “bireysel başvuru (anayasa şikâyeti)”, “özgürlük ve güvenlik hakkı”, “ifade özgürlüğü ihlallerinin hukuki kaynakları”, “Türkiye’de anayasa hukukunun güncel sorunları” başlıklı dersler verdim ve/veya vermekteyim. Avrupa Konseyinin, Adalet Bakanlığı, Yargıtay, Danıştay, Türkiye Adalet Akademisi gibi paydaşlarla yürüttüğü çok sayıda projede ulusal danışman (*National Consultant to the Council of Europe*) olarak görev yapmaktayım. Ondan fazla kitap ve çok sayıda makale ve tebliğimdeki çalışma odağım Avrupa ve Türkiye’deki insan hakları hukuku tekniğidir. Dolayısıyla konuyla ilgili uzman sıfatını haizim.

Mütalaanın Konusu-., mensubu olduğum Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesine başvurmuştur. Bu başvuruda şahsımdan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin (bundan sonra kısaca “Mahkeme” veya “İHAM”) 15669/20 başvuru numaralı ve 26/09/2023 tarihli *Yüksel Yalçınkaya/Türkiye* kararının², kendi durumu yönünden etkilerine dair bir mütalaa talep etmiştir.

Dolayısıyla mütalaanın konusu, *Yüksel Yalçınkaya/Türkiye* kararının, hakkındaki ulusal karar yönünden etkilerinin ne olduğu sorusudur. Bu soru, yaklaşık on sekiz yıldır çalışageldiğim ve doğrudan doğruya uzmanlık alanımla ilgilidir.

Çalışmanın Planı-. Çalışma, dört başlıktan oluşacaktır. Öncelikle (I) İHAM kararlarının Türk hukukundaki etkileri değerlendirilecektir. Bu genel değerlendirme, ulusal yargıçların teknik bilgi gereksinimi duyduğu uluslararası hukuka özgü uzmanlığın öne çıktığı bağlamdır. Bu değerlendirmede, bize sorulan soruya dair başlıca prensipleri ortaya koyacağız. Müteakiben (II) mütalaaya konu olan *Yüksel Yalçınkaya/Türkiye* kararını işleyeceğiz. Bunu yaparken; (a) karara konu olayları özetleyecek, (b) İHAM’ın ne yönlerden ve hangi gerekçeyle ihlal verdiğini anlatacağız. Bu anlatımdan sonra (c) kararın değerlendirmesine geçeceğiz. Bunu takip eden başlıkta (III) *Yüksel Yalçınkaya/Türkiye* vakasıyla ilişkili görülebilecek diğer bazı uluslararası kararlara değineceğiz. Nihayet son başlıkta (IV) tüm bu yazılanları talepte bulunan’in durumu açısından somutlaştıracğız.

I-) İHAM KARARLARININ İÇ HUKUKTAKİ ETKİSİ

Türkiye Cumhuriyeti, Resmî Gazete’deki adıyla İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi’ni (bundan sonra kısaca “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi”, “Sözleşme” veya “İHAS”) ilk imzalayan devletlerden biridir. Türkiye, Sözleşme’yi 4 Kasım 1950 tarihinde imzalamış ve 10 Mart 1954 tarihinde onaylamıştır. 6366 sayılı onay Kanunu, 19 Mart 1954 gün ve 8662 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.³

Söz konusu Sözleşme, Türkiye’nin de üyesi olduğu⁴ Avrupa Konseyi bünyesinde üretilmiştir. Bu yapı kapsamında hareket eden ve Türkiye’nin diğer devletlerle eşit yargıç temsilcisiyle

² Söz konusu karar İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin resmî karar arama sitesi HUDOC’ta yer almaktadır. Karşı oylarıyla birlikte 201 sayfa uzunluğundaki karara şu linkten ulaşılabilir: <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-228009>

³ 6366 sayılı “İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve buna Ek Protokolün Tasdiki Hakkında Kanun”, Resmî Gazete, 19/03/1954, s. 8690.

⁴ Avrupa Konseyi Statüsü için bkz. 5456 sayılı “Avrupa Konseyinin Kurulması Hakkında İmzalanmış olan Statünün Onanmasına Dair Kanun”, Resmî Gazete, 17/12/1949, s. 17380.

katıldığı dolayısıyla bir “yabancı mahkeme” olmaktan ziyade “ortak mahkeme” niteliği taşıyan⁵ İHAM, Türkiye’nin de altında imzası bulunan bu Sözleşme’nin verdiği yetkiyle bağlayıcı kararlar vermektedir.

Sözleşme’nin bağlayıcı olduğunu ortaya koyan başlıca hüküm “Kararların Bağlayıcılığı ve İnfazı” başlıklı 46’ncı maddedir. Bu maddenin ilk fıkrasında açıkça “*Tüksek Sözleşmeciler Tarafından, taraf oldukları davalarda Mahkeme’nin verdiği kesinleşmiş kararlara uymayı taahhüt ederler.*” yazılıdır. Dolayısıyla İHAM’ın verdiği kararların uluslararası hukuk yönünden bağlayıcı olduğu noktasında herhangi bir tartışma yoktur. İç hukuk ne derse desin ve içeride, ihlal giderme usulleri nasıl düzenlenirse düzenlensin, bunlar uluslararası yükümlülüğün mutlak niteliğini ortadan kaldırmaz. Nitekim bu gerçeğe koşut olarak Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin 27’nci maddesinde “*Bir taraf, bir andlaşmayı icra etmeme gerekçesi olarak iç hukukun hükümlerine başvuramaz*” yazılmıştır.

İç hukukun uluslararası yükümlülüklerle mazeret olamayacağı kuralı, bugün uluslararası hukukta artık amir hüküm (*jus cogens*) sayılmaktadır. Zaten bu nedenledir ki İHAM bir ihlal kararı verdiğinde (iç hukuklarda bu ihlal kararına bazen direnç gösterilse dahi) son tahlilde içtihat⁶, kanun⁷, hatta anayasa hükümleri⁸ değiştirilmektedir.

Bu süreçlerde ihlal mağdurlarının haklarının daha fazla zarar görmemesi, kamu bütçesinden ek tazminatlar çıkmaması ve hukuki sistematüğün tam işlemesi için ideal olan şey, sistematik yorum yönteminin bir uzantısı olan “uluslararası hukuka uygun yorum” (*völkerrechtsfreundliche / völkerrechtskonforme Auslegung*) ilkesiyle hareket etmektir.⁹ Bu ilkeye göre ulusal hukukun kuralları yorumlanırken ihlalin giderilmesi ereği öncelikle göz önünde tutulmalı ve iç hukukta yapılacak farklı yorum biçimlerinden, uluslararası hukukla en uyumlu olanı yeğlenmelidir.¹⁰

A-) GENEL OLARAK: ULUSLARARASI HUKUKTA “İHLALIN GİDERİMİ” MESELESİ

İnsan hakları hukukunda, denetim organlarının bir ihlal kararı vermesi, sadece bir tespit ve temenni değildir. İhlal tespitleri, ihlallerin giderilmesi için yapılır. Bu giderim ise prensip itibarıyla ve kestirmeden söyleyecek olursak “eski durumun tamamen yeniden kurulması” veya yaygın ifadeyle “eski hâle iade” (*restitutio in integrum*) ile mümkündür:

“Mahkeme’nin bir ihlal tespit ettiği bir karar, davalı Devlet’e ihlale son verme ve ihlalden önceki durumu mümkün olduğunca eski haline getirecek (*restitutio in integrum*) şekilde sonuçlarını telafi etme yasal yükümlülüğü yükler.”¹¹

⁵ Örneğin Yunanistan Yargıtay’ı bir “yabancı mahkeme”dir fakat İHAM, sözcüğün bu anlamıyla bir “yabancı mahkeme” değildir. Bu nedenle literatürde bazı yazarlar “ulusalüstü” kavramı kullanılmaktadır. Örneğin bkz. Semih Gemalmaz, *Ulusüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, (Legal Yay., 2012).

⁶ “Sayın Öcalan” ifadesinin suçu ve suçluyu övme sayılması (TCK md. 215) konusundaki içtihadi değişim çok sayıda örnekten sadece biridir.

⁷ Türkiye’de çok sayıda reform paketinin tetikleyicisi İHAM kararları olmuştur. Çok sayıda örnekten biri için bkz. 6459 sayılı İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Resmî Gazete, S. 28633, 30/04/2013.

⁸ DGM’lerle ilgili ihlal kararları Türkiye’de anayasa değişikliğine neden olmuştur. Diğer Avrupa ülkelerindeki daha fazla örnek için bkz. Tolga Şirin ve Necdet Umut Orcan, “Anayasa Madde 90 Gereği Uluslararası Hukukun İç Hukukta Uygulanmasında Çatışan Normlar Sorunu: Siyasal İtirazlara Hukuksal Yanıtlar”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, S. 10(20), s. 327-331.

⁹ Alexander Proelß, “Der Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung im Lichte der Rechtsprechung des BVerfG”, *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, (De Gruyter, 2009).

¹⁰ Bertil Emrah Oder, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, (İstanbul: Beta Yay., 2010).

¹¹ *Papamichalopoulos ve diğerleri/Yunanistan* (Madde 50), 14556/89, 31/10/1995, § 34. Türkiye özelinde bkz. *Akdıvar/Türkiye* (Madde 50), 21893/93, 01/04/1998, §47.

İhlali gidermek için ihlalden önceki durumu temin etmek, yani ihlalin hiç gerçekleşmediği koşulları yeniden sağlamak gerekir. Bunun tek bir yolu yoktur.

Eski hâle iade pratikte mümkün değilse, bu durumda alternatif seçenekler devreye girer. Tazminat, rehabilitasyon, tatmin (*satisfaction*), ihlali tekrarlamama güvencesi verme bunlara örnek gösterilebilir.¹² Sınırlı sayıda olmayan (ve tekil durumun ötesinde, mevzuat ve içtihat değişikliği; tıbbi destek veya eğitim vb. öğelerle de desteklenmesi gereken) alternatif yöntemlerin tamamı, mağdurları, ihlal öncesi duruma yaklaştırmaya matuftur. Bir ihlal kararı çıktığında, iç hukuktaki kurallar ve boşluklar bu nihai ere (*telos*) ışığında yorumlanır ve anlamlandırılır.

B-) KARAR TIPLERİ

İHAM'ın karar tipleri en az iki kategoride toplanabilir.¹³ Bunları (1) klasik kararlar ve (2) pilot kararlar diye nitelendirebiliriz. Bu kararların hepsi için dayanak, madde 41 ve/veya 46 olmaktadır.

Sözleşme'nin tazminata hükmetme yetkisini düzenleyen 41'inci maddesi şöyledir:

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

Sözleşme'nin kararlarının kesinliğinin ve bir ölçüde hüküm kısmındaki belirlemelerinin dayanağı olan 46'ncı maddesi şöyledir:

“[1] Yüksek Sözleşmeci Taraflar, taraf oldukları davalarda Mahkeme'nin verdiği kesinleşmiş kararlara uymayı taahhüt ederler.

[2] Mahkeme'nin kesinleşen kararı, infazını denetleyecek olan Bakanlar Komitesi'ne gönderilir.

[3] Bakanlar Komitesi, kesinleşen bir kararın infazının denetlenmesinin, söz konusu kararın yorumundan kaynaklanan bir zorluk nedeniyle engellendiği kanaatinde ise, bu yorum konusunda karar vermesi için Mahkeme'ye başvurabilir. Mahkeme'ye başvurma kararı, Komite toplantılarına katılma hakkına sahip temsilcilerin üçte iki oy çokluğu ile alınır.

[4] Bakanlar Komitesi, bir Yüksek Sözleşmeci Tarafın, taraf olduğu bir davada verilen kesin karara uygun davranmayı reddettiği görüşünde ise, ilgili Tarafa ihtarda bulunduktan sonra, Komite toplantılarına katılmaya yetkili temsilcilerin üçte iki oy çokluğu ile alınacak bir kararla, ilgili Tarafın 1. fıkrada öngörülen yükümlülüğünü yerine getirmediği meselesini Mahkeme'ye intikal ettirebilir.

[5] Mahkeme 1. fıkranın ihlal edildiğini tespit ederse, alınacak önlemleri değerlendirmesi için davayı Bakanlar Komitesi'ne gönderir. Mahkeme, eğer 1. fıkranın ihlal edilmediğini saptarsa, davayı, incelemesine son verecek kararı alması için Bakanlar Komitesi'ne iletir.”

İHAM sadece ihlal tespiti veya tazminata hükmettiği kararlarda, bu hususu “Madde 41” başlığı altında ele almakta, bunun ötesindeki yönlendirmelerini “Madde 46” başlığı altında yapmaktadır. Fakat bu başlıkların altında veya hüküm kısmında yer almasa da kararın gerekçe kısmında da yapısal sorun tespiti veya yol göstermede bulunma mümkün olabilmektedir.

¹² Bunlar, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu tarafından kabul edilip Genel Kurul tarafından da onaylanan “Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Ağır İhlalleri ve Uluslararası İnsancıl Hukukun Ciddi İhlallerinin Mağdurlarının Giderim ve Onarım Hakkında Dair Temel ve Rehber İlkeler”de sayılmıştır. Türkçe metin için bkz. <http://tinyurl.com/bdefzju6>

¹³ Bu tasnif konuyla ilgili olacak biçimde yapılmıştır. Başka tasnifler de pekâlâ yapılabilir. Örneğin İHAM'ın kararlarının derlendiği HUDOC sitesinde kararlar “kilit davalar” ile önem derecesine göre 1, 2, 3 şeklinde sıralanan kararlar biçiminde tasniflenmiştir. Bakanlar Komitesi, ilke kararları (*leading cases*) ile kopya davalar (*clon cases*) veya tekrarlanan davalar (*repetative cases*) biçiminde tasnifler de kullanmaktadır.

1-) Klasik Kararlar

Klasik kararlar, sadece başvurucuyla sınırlı değerlendirme yapılan kararlardır. Genellikle ihlal tespiti yapılır ve/veya tazminata hükmedilir. Sorun, çoğu kez tekil olayla sınırlı kavranır. Fakat klasik kararlar dahi emsal durumlar açısından dikkate alınabilir, hatta bazı koşullarda alınmalıdır.

2-) Pilot Kararlar

İHAM'ın verdiği kararların büyük bir kısmı, daha önceden verdiği bir ihlal kararının konu ve müdahale benzerliği içeren, mükerrer nitelikteki kararlardır. Bunun iş yükünü arttırması ve yapısal sorunlar çözülmeden çözümün anlamlı olmaması karşısında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Mahkemeyi, çalışmalarının olağan seyri içinde, sistemsal aksaklığın kaynağını tespit etmeye, tespit edilen sorunlara sistemsal çözümler önermeye ve bu tür aksaklıklardan zarar gören bireyler için uygun çözüm yolları önermeye davet etmiştir.¹⁴ İHAM, bu davete icabet etmiş, "pilot kararlar" olarak adlandırdığı usulü uygulamaya hız kazandırmıştır.¹⁵ Bu usul, yapısal bir sorunla ilgili belli bir dava üzerinden, o davanın başvurucularıyla aynı durumda olan tüm bir hak öznesi sınıfının ne yaşadığını çözmeye çalışmak ve bunu yaparken de ileriye dönük bir hukuk önererek taraf Devlete yol gösterme yöntemidir.¹⁶ Söz konusu usul, 2004'ten itibaren içtihatla daha net hâle gelmiş, ayrıca İHAM'ın İçtüzüğüne (md. 61) de bu konuda bir kural konmuştur.¹⁷ Konumuzla ilgili olduğu denli aktarmak gerekirse:

"[1] Mahkeme, kendisine sunulan bir başvuruya dayanak oluşturan olayların, ilgili Sözleşmecî Tarafıta yapısal veya sistematik bir sorunu ya da diğer benzer başvuruların yapılmasına neden olan ya da olabilecek nitelikte başka bir aksaklığın varlığını ortaya koyması durumunda, pilot karar usulünü uygulamaya karar verebilmekte ve bir pilot karar verebilmektedir.

(...)

[3] Mahkeme, verdiği pilot kararında, tespit ettiği yapısal veya sistematik sorunun ya da aksaklığın niteliğini ve ilgili Sözleşmecî Tarafın karar hükmü uyarınca ulusal düzeyde alması gereken tazminat tedbirlerinin türünü belirtmelidir.

(...)

[5] Mahkeme, bir pilot karar verirken, kararda belirtilen hem bireysel hem de genel tedbirler davah Sözleşmecî Tarafıta alınıncaya kadar adil tazmin hususunu tamamen ya da kısmen saklı tutabilmektedir.

[6] a) Mahkeme, gerektiği takdirde, pilot kararın hükmü kısmında belirtilen tazminat tedbirleri alınıncaya kadar aynı gerekçeyle sahip olan bütün başvuruların incelenmesini erteleyebilmektedir.

b) İlgili başvurular, uygun bir şekilde erteleme kararından haberdar edilmektedirler. Gerekli görüldüğü takdirde, davalara ilişkin her türlü yeni unsur kendilerine bildirilmektedir.

c) Mahkeme, herhangi bir aşamada, adaletin iyi işlemesinin gerektirmesi durumunda, ertelenen bir başvuruyu inceleyebilmektedir. (...)"

Bir vakada pilot karar usulü uygulandığında Mahkeme, ihlal tespit etmekle kalmamakta, somut önlemler önermektedir. Bu önlemleri kavramak için ise kararın gerekçesinin tamamının okunması gerekmektedir. Zira bir kararın uygun biçimde icra edilebilmesinin en iyi rehberi kararın kendi gerekçesidir.

¹⁴ The Council of Europe, Committee of Ministers, Resolution (Res(2004)3) on Judgements Revealing an Underlying Systemic Problem, 12 May 2004. The Council of Europe, Committee of Ministers, Resolution (Res(2004)6) on the Improvement of Domestic Remedies, 12 May 2004.

¹⁵ Bkz. *Broniowski/Polonya*, (Büyük Daire), 31443/96, 22/06/2004.

¹⁶ Alex Stone-Sweet ve Helen Keller, "The Reception of the ECHR in National Legal Orders", in H. Keller (ed.), *Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems*. (Oxford University Press, 2008), s. 11.

¹⁷ Türkçe metin için bkz. https://www.anayasa.gov.tr/media/7263/aihm_ictuzuk_2023.pdf

a-) Tam Pilot Kararlar

Pilot kararların, mevzuata da yansımış biçimi “tam pilot karar” olarak ifade edilir.¹⁸ Tam pilot kararlarda üç temel öge mevcuttur. İHAM, (i) Sözleşme’nin sistematik ihlalini tespit eder, (ii) davalı devletin sistematik sorunu çözmesi için alması gereken önlemleri sayar ve (iii) pilot karar usulünü uyguladığını açıkça söyler.¹⁹ Böyle bir karar verildiğinde diğer başvuruçuların mükerrer nitelikteki başvuruları askıda tutulur, uygun çözüm bulunursa başvuruçular o çözüm adresine yönlendirilir. Eğer çözüm bulunmazsa bu durumda diğer vakalarda da ihlal sonucuna ulaşılır.

b-) Yarı-Pilot Kararlar

Pilot kararların bir başka biçimi de “yarı pilot kararlar” (*quasi-pilot cases*) olarak tanımlanır²⁰. Bu karar türü, büyük ölçüde tam pilot kararlara benzer. İHAM yarı pilot kararlarında da (i) Sözleşme’nin sistematik ihlali saptamasını yapar ve (ii) davalı devletin sistematik sorunu çözmesi için alması gereken önlemleri sayar fakat bunlardan farklı olarak (iii) pilot karar usulü uyguladığını açıkça söylemez.²¹ Bu açıklığın olmaması, diğer benzer davaların resmî olarak ertelenmesine engel olur. Keza, ihlalin giderilmesi için önerilen çözümün hüküm kısmında mı yoksa gerekçedeki diğer kısımlarda mı yer alacağına dair bir standart da bulunmaz.

Bu usulün, tam pilot kararlar yerine uygulanmasında birden çok neden (yargıçlar arasında anlaşmazlık, mükerrer başvurulardaki nüanslar, tarafların talepleriyle ilgili usuli nedenler, yargı politikası vb.) olabilir. Fakat buna rağmen bu kararlarda da “pilot” bir yön vardır. İHAM, somut olay üzerinden yapısal sorunu tespit etmiş ve kararının yol gösterici etkisini (*Orientierungswirkung*) gerekçesine daha net biçimde yansıtmıştır.²² Bu netlik, bir yandan sorunu çözmek isteyen devletteki uygulamacılara, diğer yandan kararın icra edilip edilmediğini takip eden Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesine bir rehber sunmaktadır. Taraf devletler, yarı-pilot kararların hüküm ve gerekçe kısmındaki açıklamaları dikkate almakla ve ihlali gidermek için buna koşut bir yaklaşım geliştirmekle mükelleftir.

C-) İHLALIN SÜBJEKTİF ETKİSİ: BAŞVURUCUYA DÖNÜK SONUÇLAR

Bir ihlal kararı, öncelikle başvuruçusu için sonuç doğurur. Bu sonuçlar dört başlıkta toplanabilir.

1-) İhlal Tespiti

İHAM bazı davalarda sadece ihlal tespiti yapmakla yetinmektedir. Bunun nedeni, başvuruçunun başkaca bir talepte bulunmaması olabileceği gibi, somut olayın koşullarında bu tespiti yapmanın yeterli sayılması da olabilir. Zira pek çok durumda eski hâle iade mümkün görünmeyebilmektedir. Fakat ihlal tespiti, taraf devleti ihlalin diğer olumsuz etkilerini ortadan kaldırmak konusunda adım atmaktan beri kılmaz.

2-) Tazminat

İHAM, pek çok davada ihlal tespitinin yanı sıra Sözleşme’nin 41’inci maddesi uyarınca başvuru lehine tazminata hükmetmekte, bu tazminata “Avrupa Merkez Bankasının söz konusu dönem için geçerli olan marjinal faiz oranına üç puan eklenmek suretiyle elde edilecek oran üzerinden” gecikme faizi eklemektedir. Bu tazminat kural olarak manevi nitelik arz eder. Fakat başvuruçuların somut delillerle desteklemesi hâlinde maddi tazminata da hükmetmek mümkündür. Tazminat

¹⁸ Philip Leach, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, (OUP, 2019).

¹⁹ Bu önlemlerin alınması için bazen süre sınırı dahi konabilmektedir. Bu İçtüzük md. 61/4’ten ileri gelen bir yetkidir.

²⁰ Leach, op. cit.

²¹ Ibid.

²² Tomas Milej, *Entwicklung des Völkerrechts Der Beitrag internationaler Gerichte und Sachverständigengremien*, (De Gruyter, 2014), s. 621

ödenmesi, ihlalin giderilmesi için bir gerek şarttır ama yeter şart değildir. Taraf devletin ihlali kabul etmesi, süregelen ihlali sonlandırması gerekir. Dahası sadece tazminata hükmedilmiş olması, koşulları varsa yeniden yargılama yapmaya ve/veya diğer çarelere başvurmaya engel değildir.

3-) Yeniden Yargılama

İhlalin tespit edilmesi veya tazminata hükmetme bizzat İHAM'ın giderim biçimidir. Fakat İHAM'ın ihlali "tespit eder" (*declaratory*) nitelikteki kararının gereğini yapmak konusunda iç hukukta hangi aracın kullanılacağı konusunda takdir (Bakanlar Komitesinin denetimi altında) evvela ilgili devlettir. Sözleşme, bu konuda spesifik veya sayma yollu yöntemler ortaya koymuş değildir.

Bununla birlikte, söz konusu kararların icrasını inceleyen/denetleyen Bakanlar Komitesi bu konuda verdiği bir tavsiye kararında, ihlalin giderilmesinde en etkili yolun davanın yeniden incelenmesi veya davanın yeniden görülmesi olduğunu ifade etmiştir. Bu tavsiye kararında Komite, "şikâyet konu ulusal kararının esas bakımından Sözleşmeye aykırılık oluşturduğu" yahut "tespit edilen ihlalin, şikâyet konusunun ulusal yargılamadaki aksaklıklara dayalı olduğu sonucuna varıldığı takdirde" davanın yeniden incelenmesi gerekir. Bu durum, ihlalin sonuçlarının devam ettiği koşullarda büyük bir önem taşır. Zira bu usule başvurulmaz ise taraf devlet tazminatı ödeyerek sorumluluktan kurtulur, bir bakıma ihlali satın almış gibi olur. Bu ise Sözleşme'nin ruhuna ve insan haklarının getirdiği değerler düzeninin mantığına aykırıdır.

4-) Diğer Çareler

İHAM'ın bir ihlal belirlemesi yaptıktan sonra giderimin araçları konusunda taraf devletlerin (yine İHAM'ın ve Bakanlar Komitesinin denetimine tabi) bir takdir yetkisi olduğunu söylemiştik. Bu, prensip olarak böyle olsa da İHAM, somut olayın koşullarına göre tazminat ve yeniden yargılama dışında da çarelere hükmedebilir. Bu yönlendirici çareler bazen soyut, bazen somut olmaktadır. Somut çareler, seçenekli olabileceği gibi seçeneksiz de olabilmektedir.

a-) Soyut Yönlendirmeler

Soyut yönlendirmeler, Sözleşme'ye aykırı bir sonucun ortaya çıkması pek muhtemel koşullarda (örneğin bir kişinin ölüm cezasına engel olunması, adil bir yargılama yapılması, işkenceye maruz kalmaması veya keyfi tutulmaması vs.) buna engel olunması için "olası tüm adımların atılması" yönünde karar verilmesi yoluyla gerçekleşir. Bu türden yönlendirmeler "geçici tedbir" kararlarında çokça görülür. Fakat son yıllarda ihlal kararları açısından da sayı artmıştır.

b-) Somut Yönlendirmeler

Somut yönlendirmeler, genellikle ihlalin süregelen (*ongoing*) olduğu durumlarda yapılır. Bu türden cümleler (i) tek yönlü, (ii) kümülatif veya (iii) alternatifli olabilmektedir.

(i) *Tek Yönlü Yönlendirme*-. Bunlar ihlalin başka türlü giderilmesinin mümkün olmadığı hâllerde gündeme gelir. Örneğin bir kişi keyfi olarak tutuluyorsa ve ihlalin giderilmesinin tek çaresi tahliye kararı vermek ise İHAM, başvurucunun "derhal serbest bırakılması"na hükmetmektedir.²³

(ii) *Kümülatif Yönlendirme*-. Böyle bir durumda "hem... hem..." formülü devreye girer. *Oyal/Türkiye* kararında devletin kusurundan dolayı AIDS hastası olan bir çocuk için hem tazminat ödenmesine hem de hayatı boyunca tam ve ücretsiz sağlık hizmeti sunulmasına hükmedilmesi buna örnektir.²⁴

²³ Örn. bkz. *Şahin Alpay/Türkiye*, 16538/17, 20/03/2018.

²⁴ *Oyal/Türkiye*, 4864/05, 23/03/2010.

(ii) *Alternatifli Yönlendirme*-. Normal şartlarda bir ihlalin giderilmesine karşı hangi araçların kullanılacağını seçmek, taraf devletin takdirindedir. Fakat Mahkeme bu takdiri alternatifli olarak sınırlandırarak yönlendirebilmektedir. Böyle hâllerde “ya... ya da...” formülü işler. Bazı durumlarda çözümün İHAM’ca belirlenen birden çok seçeneği olmaktadır ve taraf devlete kalan bunlardan birini yeğlemektir. Örneğin, kimi mülkiyet davalarında İHAM devlete ya mülkiyetin devredilmesi ya da tazminat ödenmesi opsiyonlarını sunarak yönlendirme yapmıştır.²⁵

Söz konusu çare üretimi sadece Mahkeme tarafından değil ama aynı zamanda Bakanlar Komitesi tarafından da yapılabilmektedir. Yeni hapishanelerin inşası veya yeni personel istihdanı vb. gibi...

Bu kategoriler sınırlı değildir. İnsan hakları hukukunda özür dileme, anıt dikme, kararı gazetede yayımlama gibi örnekler mevcuttur.²⁶

D-) İHLALİN OBJEKTİF ETKİSİ: GENELE DÖNÜK SONUÇLAR

İnsan hakları hukukunda başvurular bireysel olsa da sonuçlar mutlaka ve her zaman için bireysel değildir. Bunun nedeni insan hakları sözleşmelerine uyan devletlerin iç hukuklarını sözleşmeye uygun hâle getirmeyi taahhüt etmeleridir.²⁷ Bu gerçek, İHAS’ın 1’inci maddesinde açıkça ortaya konmuştur:

“Yüksek Sözleşmeciler, bu Sözleşme’nin I. bölümünde tanımlanan hak ve özgürlükleri, kendi egemenlik alanı içinde bulunan herkes için güvence altına alır.”

Bu hükmün tamamlayıcısı, İHAM’ın neden kurulduğunu ortaya koyan 19’uncu maddedir:

“Yüksek Sözleşmeciler, bu Sözleşme ile üstlendikleri taahhütleri yerine getirmelerini güvence altına almak için, bundan sonra “Mahkeme” diye anılacak bir İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kurulu. Mahkeme, süreklilik esasına göre çalışır.”

Bu iki hükümden hareketle öğretide Sözleşme sisteminin “*res interpretata* ilkesi” getirdiği söylenmektedir.²⁸ Bu ilke, AYM Başkanı Zühtü Arslan’ın tanımıyla söylersek; “*bir uyumsuzluk sırasında temel ilke ve kurallara dair yapılan yargısal yorumun benzer konularda diğer mahkemeler tarafından da dikkate alınması*” ifade etmektedir.²⁹ Bu bakımdan bir ihlal kararı sadece taraflarla sınırlı (*inter partes*) değil, herkes için (*erga omnes*) etki doğurur.

İHAM, bu gerçeği kendisinin rolüne atıfla şu şekilde ortaya koymuştur:

“Mahkeme, “kararlarının altında sadece Mahkeme’nin önüne getirilen davaları karara bağlamaya değil, daha genel olarak Sözleşme’nin koyduğu kuralları aydınlatmaya, korumaya ve geliştirmeye hizmet ettiğini ve böylece Devletlerin Sözleşmeciler Taraf olarak üstlendikleri yükümlülüklerine uymalarına katkıda bulunduğunu” defalarca belirtmiştir (...). Sözleşme sisteminin birincil amacı, bireysel rahatlama sağlamak olsa da, misyonu aynı zamanda ortak çıkarlar doğrultusunda kamu politikası temelinde meseleleri belirlemek, böylece insan haklarının korunmasına ilişkin genel standartları yükseltmek ve insan hakları içtihadını Sözleşmeciler Devletler topluluğu genelinde yaygınlaştırmaktır.”³⁰

²⁵ *Brumarescu/Romanya*, 28342/95, 28/10/1999.

²⁶ Örnekler için bkz. Omca Özdemir ve Damla Akkaya, “Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Onarım”, *SDÜHFD*, C. 13(1), s. 87-144

²⁷ *Maestri/İtalya*, 39748/98, 17/02/2004, §47.

²⁸ Bkz. Adam Bodnar, *Res Interpretata: Legal Effect of the European Court of Human Rights’ Judgments for other States Than Those Which Were Party to the Proceedings*, in *Human Rights and Civil Liberties in the 21st Century*, s. 223-262; Oddný Mjöll Arnardóttir, “Res Interpretata, Erga Omnes Effect and the Role of the Margin of Appreciation in Giving Domestic Effect to the Judgments of the European Court of Human Rights”, *European Journal of International Law*, Volume 28, Issue 3, August 2017, Pages 819–843;

²⁹ Zühtü Arslan, “Anayasa Mahkemesinin Hak- Eksenli Yorumu”, AYM Sitesi, 03/01/2023. <http://tinyurl.com/yckvmp7b>

³⁰ *Kamer/Avusturya*, 40016/98, 24/07/2003, §26. Keza bkz. *Işıkırık/Türkiye*, 41226/09, 14/11/2017, §65.

Söz konusu belirleme, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından da “İHAM Kararlarının İcrası” konulu kararlar, bir kararın sadece davalı devlet ve başvuru için etki doğurmadığı, diğer başvuru ve devletler açısından da dikkate alınmasının bir zorunluluk olduğu belirtilerek benimsenmiştir.³¹

Bu mantık Türkiye’de, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay tarafından da benimsenmiştir. Buna aşağıda döneceğiz. Fakat burada kararların sadece tarafları değil, diğer tüzel ve gerçek kişileri de bağladığına dönük saptamayı yapmakla yetinelim. Bu bağlayıcılık, benzer durumdaki kişilerin benzer ihlali yaşamamaları için (1) mevzuatın değişmesi, (2) uygulamanın değişmesi, (3) yeniden yargılama yapılması gibi sonuçlar doğurur.

1-) Mevzuatın Değişmesi

İHAM’ın verdiği kararlarda incelemeler çoğu kez önce bir müdahalenin olup olmadığı, müdahale varsa bunun, kanuni bir dayanağının olup olmadığı; kanuni dayanak varsa müdahalenin ölçülü ve/veya demokratik toplum düzeninde gerekli olup olmadığı ölçütlerine göre incelenir. Bu incelemelerde çoğu kez ihlal ölçülülük ve demokratik toplum düzeninde gereklilik öğelerinden verilir. Bu öğelerde verilen ihlal, kanundan değil kanunun Sözleşme ile uyumsuz yorumundan ileri gelir. Fakat İHAM nadiren de olsa (son yıllarda artan oranda) kanunilik yönünden ihlal sonuçlarına ulaşılabilir. Mahkeme böyle durumlarda şekli anlamda bir hukuki dayanağın varlığını sorguladığı gibi, söz konusu kanunun maddi yönden belli bir kalitede (*quality of law*) olup olmadığını da sorgular. Bu kalite incelemesinde kanunun ulaşılabilirliği, öngörülebilirliği ve keyfilğe karşı koruyucular (*safeguards*) içerip içermediği incelenir. İHAM bu yönde ihlal kararı vermişse bunun gereği yapılmadıkça aynı noktadan başkaca ihlal kararları mükerrer biçimde (*repetative*) verilmektedir. Böyle bir durumun oluşmaması için yargı organlarının İHAM kararlarını dikkate alması gerekir. Türkiye’de bu dikkate alma çoğu mahkemece söz konusu olmadığı için çoğu kez AYM devreye girmekte ve giderim için adım atmaktadır. Örneğin İHAM, *Işıkırık/Türkiye* kararında TCK md. 220/6’da yer alan “örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme” fiilini öngörülebilir saymıştır. Bu ihlal karşısında ceza mahkemeleri, kararı hiç dikkate almamış; bildiklerini okumaya devam etmiş; nihayet AYM, söz konusu hükmü iptal ederek bu mükerrer sorun yumağına set çekmiştir.³² Fakat bu iş sadece AYM’ye düşmemelidir. Gerek TBMM gerek ceza mahkemeleri bu iş birliğine dahil olmalıdır.

2-) Uygulamanın Değişmesi

Mahkeme bazen ihlalin sadece mevzuattan değil, o mevzuatın uygulanmasından kaynaklandığını tespit etmektedir. Bu yaygın bir durum olmakla birlikte Mahkeme bazı kararlarında bu yapısal soruna açıkça işaret etmekte ve bunun giderilmesi gerekliliğine vurgu yapmaktadır. Örneğin *Cihat Demirel/Türkiye* kararında İHAM, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı (md. 5/3) bağlamında ihlal tespit ettiği 68 davanın olduğunu ve önünde bekleyen 140 vakada kişilerin “basmakalıp gerekçe” ile (“atılı suçun vasıf ve mahiyeti, delil durumu ve dosya münderecatı gereği”) tutuklanması veya tutukluluğunun uzatılması sorununun Türk Ceza Adaleti sisteminin işleyişindeki yaygın ve sistematik sorunlardan kaynaklandığını saptamıştır. Bu yarı pilot karar, uygulamada köklü değişikliğe neden olmamıştır. Sorun mevzuat değişikliğine, hatta Türkiye Adalet Akademisinin öncülüğünde bu konuya özgü meslek içi eğitimler yapılmasına rağmen giderilememiştir. Burada da sorun, özellikle ceza mahkemelerinin İHAM kararlarını dikkate almamalarından ileri gelmektedir.

³¹ Resolution 1226 (2000) numaralı karar (§3) için bkz. <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=16834>

³² AYM, E. 2023/132; K. 2023/183, T. 26/10/2023.

3-) Yeniden Yargılamalar

Daha önce (sözcüğün özerk anlamıyla) “yeniden yargılama”ya dönük yaptığımız açıklamalar burada da aynen geçerlidir. Uluslararası hukuk penceresinden bakıldığında, bir ihlal kararı, sadece başvuru açısından değil, benzer durumdaki kişiler yönünden de yeniden yargılama sonucunu doğurabilir. Bu, özellikle ceza yargılamasında böyledir. Zira suçta ve cezada kanunilik ilkesi, mahkûmiyete dönük karara dair yapısal bir sorun belirlemesi yapıldıktan sonra sadece başvuru için etki doğurmaya engeldir. Böyle bir daraltıcı sonuç hem eşitlik ilkesine aykırı olacak hem de lehe kanunun (hukukun) uygulanması kuralını ihlal edecektir.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesine göre İHAM ulusal mevzuat veya uygulamada yapısal veya genel nitelikteki bir aksaklığı işaret eden bir ihlal kararı vermişse, davalı devlet aynı sorunla ilgili kopya/mükerrer (*copy/repetitive*) yahut müstakbel başvuruları çözmek için başvuruculara ulusal düzeyde etkili bir çözüm yolu sunmakla yükümlüdür.³³ Komite bu bağlamda *ad hoc* komisyonlar kurulması gibi yolların yanı sıra yargılamanın yeniden incelenmesi veya yeniden açılması (*re-examine or reopen certain proceedings*) usullerini de içeren, özerk anlamıyla “yeniden yargılama” yoluna işaret etmiştir.³⁴

Aslında Bakanlar Komitesi bunu daha önceden, 2000 yılında verdiği bir kararda da açıkça ifade etmiştir:

“Bakanlar Komitesi [...] Sözleşmeciler Tarafından, Mahkeme’nin Sözleşme’nin ihlal edildiğini tespit ettiği durumlarda, özellikle aşağıdaki hâllerde,, yargılamanın yeniden açılması da dahil olmak üzere davanın yeniden incelenmesi için yeterli imkanların mevcut olmasını sağlamak amacıyla ulusal hukuk sistemlerini incelemeye teşvik eder:

i. zarar gören taraf, söz konusu ulusal kararın sonucu nedeniyle, adil tatmin ile yeterince giderilemeyen ve yargılamanın yeniden incelenmesi veya yeniden açılması dışında giderilemeyecek olan çok ciddi olumsuz sonuçlara maruz kalmaya devam ediyorsa ve

ii. Mahkeme’nin kararı, (a) itiraz edilen iç hukuk kararının esasları Sözleşme’ye aykırı olduğu veya (b) tespit edilen ihlalin, şikâyet edilen iç hukuk işlemlerinin sonucu üzerinde ciddi bir şüphe oluşturacak kadar ağır usul hatalarına veya eksikliklerine dayandığı sonucuna götürüyorsa.”³⁵

Görüldüğü gibi ihlalin biçimine göre yeniden yapılacak yargılamada farklı bir sonuca ulaşılması veya gerekli usuli ihlaller giderildikten sonra aynı sonuca ulaşılması mümkündür. Fakat her somut olay kendi koşullarına göre değerlendirilmelidir.

Tüm bu giderim araçlarını hayata geçirmek, Türkiye’nin Sözleşme’ye ve Avrupa Konseyi’ne üye olmasının bir gereğidir. Bunların yerine getirilmemesi kamu bütçesinden çok sayıda tazminatın ödenmesinin yanı sıra “ihlal prosedürü” denilen usulün başlatılmasına neden olur. Bu usul uyarınca Türkiye’nin uluslararası misyonlarının izolasyonundan Türkiye’nin Avrupa Konseyi üyeliğinden çıkarılmasına kadar uzanan pek çok yaptırım beraberinde gelir. Bu yaptırımların da ekonomik, hukuki ve psiko-sosyal çok sayıda olumsuz etkisi vardır.

³³ İç Hukuk Yollarının Geliştirilmesi Hakkında Tavsiye Kararındaki karar için bkz. Rec (2004)6 *Recommendation of the Committee of Ministers to Member States on the Improvement of Domestic Remedies*, §7 ve 17. Bkz. <https://rm.coe.int/16805dd18e>

³⁴ Recommendation Rec(2004)6 of the Committee of Ministers to member states on the improvement of domestic remedies. <https://rm.coe.int/16805dd18e>

³⁵ Recommendation No. R (2000) 2 of the Committee of Ministers to member states on the re-examination or reopening of certain cases at domestic level following judgements of the European Court of Human Rights. <https://rm.coe.int/16805e2f06>

II-) YÜKSEL YALÇINKAYA KARARI

Yüksel Yalçinkaya kararını (A) olaylar, (B) ihlaller ve (C) kararın niteliği başlıklarıyla ele alacak, ardından (D) ara değerlendirmede bulunacağız.

A-) OLAYLAR

Yüksel Yalçinkaya Kayseri’de bir devlet okulunda öğretmendir. 15 Temmuz 2016’daki darbe girişiminden sonra 22 Temmuz 2016’da açığa alınmış, 27 Temmuz 2016’da yayımlanan 672 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (HKH) ile FETÖ/PDY ile bağlantılı olduğu kuşkusuyla görevinden ihraç edilmiştir.

18 Ağustos 2016’da polis imdat hattına başvuru aleyhine, FETÖ/PDY örgütü üyesi olduğu iddiasıyla isimsiz bir ihbar gelmiştir. 5 Eylül 2016 tarihinde de Kayseri Emniyet Müdürlüğü, muhreç öğretmenlerle ilgili hazırladığı raporda başvuru (i) ByLock kullanıcısı olduğu, (ii) Aktif Eğitim-Sen ve Kayseri Gönüllü Eğitimciler Derneği üyesi olduğu ve (iii) BankAsya’da hesabı bulunduğu bilgileri ile birlikte FETÖ/PDY üyesi olduğu değerlendirilmesinde bulunmuş; arama, el koyma, tutuklama ve soruşturma kararları talep etmiştir.

Kayseri Sulh Ceza Hâkimliği, arama kararı vermiş; arama sırasında polis, diğer materyallerin yanı sıra, başvuru cep telefonuna ve SIM kartına el koymuştur. Aramadan sonra başvuru FETÖ/PDY üyesi olduğu şüphesiyle gözaltına alınmıştır. Yetkili sulh ceza hâkimliğinin önüne çıkarılan başvuru, mezkûr bankaya para yatırmadığını, anılan sendikaya olan üyeliğini Haziran 2016’da sonlandırdığını ve ByLock programını hiç indirmedikçe söylemesine rağmen tutuklanmıştır.

1-) Ağır Ceza Mahkemesi Yargılaması

Yapılan yargılamada Ağır Ceza Mahkemesi “bir dernek veya sendika üyeliğinin tek başına silahlı terör örgütü üyeliğinin kanıtı olamayacağı”nı ifade etmişse de “başvurucunun durumunda, örgütün iletişim aracı ByLock’u kullanmasının yanı sıra, FETÖ/PDY ile bağlantılı birden fazla kuruluşa üyeliğinin tespit edildiği”ni belirtmiştir. Ağır Ceza Mahkemesine göre:

“Terör örgütlerinin amaçları ve işleyişi göz önüne alındığında, örgüt içi iletişimi sağlayan ve örgütsel faaliyetlere ilişkin bilgi akışına izin veren her türlü vasıta ‘örgütsel yapının dışında değerlendirilemez’, zira yalnızca örgütsel hiyerarşinin bir parçası olan kişiler iletişim ağına kabul edilecektir. Bu nedenle mahkeme, ByLock uygulamasını kullanması ve dava dosyasındaki diğer deliller nedeniyle başvuru FETÖ/PDY’nin hiyerarşik yapısının bir parçası olduğunun tespit edildiğine karar vermiştir.”

2-) Kanun Yolları

Bu karara karşı istinaf yoluna giden başvuru, bu karara üç noktadan itiraz etmiştir:

(1) FETÖ/PDY örgütünün geriye dönük silahlı terör örgütü olarak tanımlanmasında sorun vardır. Zira bu “yapı”, (a) elli yıllık tarihinde bu tür eylemlerle ilişkilendirilmemiş, (b) Fethullah Gülen 24 Haziran 2008’de terör suçlamalarından beraat etmiş, (c) 17-25 Aralık Operasyonu terör operasyonu olarak nitelendirilse de toplumun pek çok kesimi ve muhalefeti bunu “yolsuzlukla mücadele operasyonu” olarak nitelendirmektedir.

(2) Terör örgütüne üyelik suçunun manevi ögesinde başvuru bağlamında sorun vardır. Zira bu suç “özel kast” ile işlenir, dolayısıyla; (a) örgütün ortaya çıkış tarihi, (b) başvuru bu yapıya dini nedenlerle bağlı olan kişilerin terörist hedeflerden ne zaman ve hangi yollarla haberdar olduğu, (c) bilerek ve isteyerek örgütün parçası hâline geldiğinin tespit edilmesi gerekirdi.

(3) ByLock verileri kanunda öngörülen (CMK md. 134 ve 135) usullerle elde edilmemiştir. Söz konusu veriler başvuruyla paylaşılmamıştır. Hâliyle bu verilerin, (a) MİT tarafından bir istihbarat operasyonu ile Litvanya'daki ana sunucusundan elde edildiği söylene de buna tam olarak nasıl erişildiği ve analiz edildiğine ilişkin teknik ayrıntılar belirsizdir. (b) Bu koşullar altında, verileri inceleme ve değiştirilip değiştirilmediklerini doğrulama imkânı yoktur, (c) ByLock kullanıcı listesine eklenen bir kişinin buna itiraz etmesinin bir yolu yoktur. (d) MİT tarafından adli makamlarla paylaşılan üç farklı kullanıcı listesi birbiriyle eşleşmemekte, bu durum (bir IP adresinin birden fazla kişiye tahsis edilmesinin mümkün olduğu da göz önüne alındığında) verileri güvenilmez hâle getirmektedir. (e) 500 bin ila 1 milyon kez indirildiğini söylenen bu programı kullananların hangilerinin örgütsel amaçlar hangilerinin başka nedenlerle indirdiğini belirlemek için herhangi bir adli inceleme yapılmamıştır. Nitekim uygulamayı indiren yaklaşık 600 bin kişi arasından neden sadece 115 bin kullanıcının yargılandığı da belirsizdir. Keza, listede bazı kişilerin “kırmızı”, (başvurucunun da aralarında bulunduğu) diğer bazılarının neden “turuncu” kodlanmış olduğu da belirsiz kalmıştır.

Bölge Adliye Mahkemesi (BAM), duruşma öncesi Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumundan (BTK) ve Emniyet Genel Müdürlüğü Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele Daire Başkanlığından (KOM) ayrıntılı bilgi talep etmiştir. BTK, elinde bulunan iletişim kayıtlarını iletmıştır. KOM, başvuru ByLock abone listeleri içinde yer alan bir GSM numarasını 03/10/2015'ten itibaren kullandığını fakat herhangi bir iletişim içeriğine rastlanmadığını bildirmiştir.

BAM, dava dosyasında bulunan tüm bilgi ve kayıtlar esas alınarak bir adli bilişim uzmanı tarafından bilirkişi raporu alınması talebinde bulunmuştur. Buna binaen hazırlanan raporda; başvuru ByLock uygulamasına belirtilen telefon numarası ile GSM hattı üzerinden erişim sağladığı ve ByLock kullanıcı kimlik numarası tespit edilmiştir. İlgili GSM hattının (1 Ocak 2015-16 Temmuz 2016 arasında) HTS kayıtlarından hareketle hattın (aramalarda evde veya başvuru üstünde bulunamayan) üç farklı telefonda kullanıldığı tespit edilmiştir. Bu telefonlardan biri ByLock uygulamasının da bulunduğu telefondur.

İlgili dönemde, mezkûr GSM hattında (çoğu başvuru ile aynı soyadı taşıyan akrabaları olduğu düşünülen kişilerle olmak üzere) toplam 13 bin 450 arama, SMS ve MMS kaydı ve 38 bin 166 GPRS kaydı tespit edilmiştir. Keza 11 Ağustos 2014 ilâ 10 Ocak 2015 tarihleri arasında, ByLock sunucularına ait 46.166.164.181 IP numarası ile altı farklı tarihte toplam 380 kez iletişim kurulduğu belirtilmiştir.

Başvuru bu bilirkişi raporuna itiraz etmiş, üç kişilik yeni bir bilirkişi heyetinden yeni bir rapor alınmasını talep etmiş fakat bu talebi kabul edilmemiştir. BAM, yerel mahkeme kararını onamıştır.

BAM'ın başvuru itirazlarına verdiği yanıtlar şöyledir:

(1) FETÖ/PDY'nin terör örgütü olması: Söz konusu örgütün amacı iktidara meşru yollarla gelmek değildir. Meclis binası ve Cumhurbaşkanlığı yerleşkesi de dâhil olmak üzere birçok sembolik devlet binasına ağır silahlarla gerçekleştirilen saldırıların da gösterdiği üzere, cebir ve şiddet kullanarak Meclis'i, Hükûmeti ve diğer anayasal kurumları feshetmek yoluna başvurmuş olması onu bir terör örgütü kılar. Bir yapıyı “terör örgütü” olarak tanımlayan bir yargı kararının o gün için yokluğu, bu örgütle bağlantılı olarak işlenen suçlara ilişkin cezai sorumluluğa engel teşkil etmez.

(2) Özel Kast: Bir “üye”nin fiilen ille de örgütün bünyesinde bir suç işlemiş olması gerekmez; örgütün varlığına veya güçlendirilmesine belirli bir maddi veya manevi katkıda bulunmuş olması yeterlidir. Örgüte yardım etme veya örgüt adına suç işleme suçları da örgütten emir almayı gerektirmektedir; ancak örgüt üyeliğinin belirlenmesinde ayırt edici faktör, şüpheli

üyenin örgütsel hiyerarşi bağlamında verilen tüm talimat ve emirleri sorgulamadan ve mutlak bir teslimiyetle yerine getirmeye hazır olmasıdır. Üye, örgüt üyeliğinin en önemli unsuru olan örgütle organik bir bağ kurmuş ve örgütün faaliyetlerine katılmış olmalıdır. Somut olaydaki deliller bunu doğrulamaktadır.

(3) ByLock Delili: Söz konusu delil, Millî İstihbarat Hizmetleri Kanunu md. 4 (1) ve 6 (1) hükümleri kapsamındaki görev ve yetkileri uyarınca toplanmıştır. MİT tarafından teslim edilen verilerin CMK'nın 134. maddesi uyarınca incelenmesine ve işlenmesine karar vermiştir. Bir iletişim ağının suç işlemek için kurulmuş bir ağ olduğunun ve münhasıran bir suç örgütünün üyeleri tarafından kullanıldığının somut delillere dayanılarak tespit edilmesi halinde, [bir suç örgütünün üyeleri tarafından bu şekilde kullanıldığını] bilerek (kasıtlı olarak) iletişim kurmak için bu ağa katılmak ve kullanmak, iletişimin içeriği tespit edilmemiş olsa bile, [kişinin] örgütle bağlanmasının kanıtı olarak kabul edilmelidir. Somut olayda "özel bir sunucu üzerinden sadece [FETÖ/PDY] üyeleri tarafından kullanılabilen ve [üyelerin] kendi aralarında özel bir şifreleme yöntemi kullanarak iletişim kurmalarını sağlayan özel bir yazılım" olarak geliştirilen ByLock uygulaması, küresel bir uygulama kisvesi altında FETÖ/PDY silahlı terör örgütü üyelerinin münhasır kullanımına sunulmuştur. Zira bu program (a) 2014 öncesi herkes tarafından indirilebilirken, daha sonra örgüt üyeleri tarafından USB anahtarlar, hafıza kartları veya Bluetooth aracılığıyla erişilebilir hâle getirilmiştir. Bu durum, elde edilen ifadelerde, mesajlarda ve e-postalarda saptanmıştır. (b) mesajlaşmak için uygulamanın indirilmesi yeterli değildir; iletişim kurmak için sistem tarafından otomatik olarak atanan kullanıcıya özel kimlik numarasının bilinmesi ve karşı tarafın onayının alınması gerekmektedir. (c) deşifre edilen içeriğin neredeyse tamamı FETÖ/PDY üyelerinin örgütsel temas ve faaliyetleriyle ilgilidir ve örgütün kendine özgü jargonuna karşılık gelmektedir.

Bağlantı tarihi, bağlantının yapıldığı IP adresinin tespiti ve belirli bir süre içindeki bağlantı sayısının tespiti, kişinin özel bir iletişim sisteminin parçası olduğunu tespit etmek için yeterlidir. Somut olayda KOM ve BTK kayıtları bu saptamaya yetmektedir.

Bu yaklaşım Yargıtay ve AYM tarafından da özü itibarıyla paylaşılmış ve tekrarlanmıştır.

Başvurucu, bunun üzerine İHAM'a başvurmuştur.

B-) İHLALLER

İHAM, somut olayda suçta ve cezada kanunilik, adil yargılanma hakkı ve örgütlenme özgürlüğü kapsamında ihlal sonucuna varmıştır.³⁶

1-) Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesinin İhlali

İHAM, suçta ve cezada kanunilik ilkesi bağlamında, başvurucuya atfedilen eylemlerin gerçekleştiği tarihte, bu tür bir suçun iç hukukta açıkça düzenlenmiş olup olmadığına odaklanmıştır. Bu odaklanma beş katmanlıdır. Bu katmanlardan ilk dördünde sorun yoktur; sorun, beşinci katmandadır. Kısaca açıklayalım:

Birincisi; Türk mevzuatı ve içtihadı "terör örgütü üyeliği" suçu yönünden biçimsel gerekleri karşılamaktadır. Başvurucunun mahkûm olduğu TCK md. 314/2 terör örgütü üyeliğine ceza öngörmektedir. Terörle Mücadele Kanunu'nun (TMK) md. 1 ve 3 hükümleri "terör örgütü" kavramını tanımlamış ve TCK'da (md. 314/2 de dahil olmak üzere) hangi suçların terör suçu sayılacağını düzenlemiştir.

³⁶ Mahkeme başvurunun hukuka aykırı olarak elde edilen delillere dayanılarak mahkûm edilmesine ilişkin olarak İHAS md. 8.kapsamında dile getirdiği temel meselelerin İHAS md. 6 § 1 kapsamında ele alınmış olduğunu göz önünde bulundurarak, mevcut davanın özel koşullarında 8. madde açısından bu şikâyetlerin kabul edilebilirliği ve esası hakkında ayrı bir karar vermeye gerek olmadığı sonucuna varmıştır. Bkz. *Yüksel Yalçınkaya/Türkiye*, §§ 368-373.

Yargıtay'a göre de bu bağlamda; (i) Soyut bir topluluk değil, hiyerarşik bir yapıya dayanan bir organizasyon olarak örgütün (TCK md. 220 uyarınca) “amaçlanan suçu işlemesini sağlamak için yeterli miktarda silaha veya bu tür silahlara erişim araçlarına sahip olup olmadığının doğrulanması”, (ii) Sanığın “faaliyetlerinin sürekliliği, çeşitliliği ve yoğunluğuna dayalı olarak silahlı örgütle organik bağının tespit edilmesi ve örgütün hiyerarşik yapısı içinde bilerek ve isteyerek hareket ettiğinin ve örgütün amaçlarını benimsediğinin ortaya konması” gerekmektedir. Bunun için de;

- “Bir örgüte katılan bir kişinin, örgütün suç işleyen veya suç işlemeyi amaçlayan bir örgüt olduğunu bilmesi”,
- “Bu amacın gerçekleştirilmesi için özel bir niyete sahip olması”,
- “Silahlı terör örgütüne üye olma suçunun oluşması için örgütün faaliyetleriyle bağlantılı olarak ve örgütün amaçlarını gerçekleştirmek için fiili bir suçun işlenmesi gerekmesi de bireyin yine de örgütün fiili varlığına veya güçlenmesine maddi veya manevi somut bir katkıda bulunmuş olması” gerekir.

İHAM'a göre, anılan mevzuat ve içtihat hükümlerinde sorun yoktur.

İkincisi; Fethullah Gülen'in silahlı terör örgütü kurma suçlamasından daha önce beraat etmesinin ve/veya FETÖ/PDY örgütünün “terör örgütü” olarak tanımlanışının, başvurunun suç sayılan eylemlerinden sonra gerçekleşmesinin³⁷ somut olay açısından belirleyici bir önemi yoktur. Zira, Türkiye'deki yerleşik içtihat uyarınca Türk mevzuatı, örgütün kurucuları veya üyelerin “bilerek ve isteyerek” hareket ettikleri saptandığı denli, “terör örgütü” belirlemesinden önceki eylemler için cezai sorumluluğuna engel getirmemektedir.³⁸

Üçüncüsü; hükûmetin ve ulusal yargı organlarının da hemfikir olduğu üzere sendika ve dernek üyelikleri ile Bank Asya hesabına para yatırma vb. deliller, FETÖ/PDY üyeliğini saptamak için yeterli değildir, bunlar doğrulama kaynaklarıdır ve “önemli kanıt”ları desteklemek için kullanılmaktadır.

Dördüncüsü; ByLock uygulaması ile “Gülen Hareketi” arasında hiçbir bir bağlantı yok değildir.³⁹ İHAM'a göre uygulamayı kullanan bazı kullanıcıların profiline dair bulgular, şifresi çözülen iletişimlerin içeriği, diğer soruşturmalardaki kimi ifadeler, uygulamanın lisans sahibinin geriye dönük olarak FETÖ/PDY'nin kullanımı için geliştirdiğine dair beyanları dikkate alındığında ByLock, sıradan bir ticari mesajlaşma uygulamasının ötesinde ilk bakışta (*prima facie*) “Gülen Hareketi” ile bir bağlantıya işaret etmektedir.⁴⁰

Beşincisi ve öncekilerden farklı olarak ihlal sonucuna ulaştıran bir öge olarak en önemlisi; davaya konu olan kilit nokta, bir suç şebekesi ile “bağlantı” değil, terör örgütü üyeliği suçunun maddi ve manevi unsurlarının mevcut olmasıdır. Bu bakımdan bir kişinin bağlantısının ve konumlarının, “üyelik” olarak nitelendirilecek düzeyde yoğunluğu kanıtlanmalıdır. Söz konusu vakada bir kişinin ByLock kullanmış olması, otomatikman örgüt üyeliğine kanıt sayılmıştır. Oysa bu durum, mevzuat ve yerleşik içtihatlar öngörülebilir değildir. Şöyle ki:

“Ulusal mahkemeler tarafından benimsenen yorum, ByLock'un sadece kullanılmasının otomatik olarak bu sonuçlara yol açtığını düşündüğü için, yol açtığını iddia ettiği sonuçları önceden varsayıyor gibi görünmektedir. Bunu yaparken, silahlı terör örgütü üyeliğinin tüm gerekliliklerinin (kast ögesi dahil)

³⁷ Bu yapıyı ilk kez “terör örgütü” olarak tanımlanması, Millî Güvenlik Kurulu (MGK) tarafından 26 Mayıs 2016'da, Erzincan Ağır Ceza Mahkemesi tarafından 16 Haziran 2016'da, Samsun Bölge Adliye Mahkemesi tarafından 7 Mart 2017'de, Yargıtay tarafından 24 Nisan 2017'de gerçekleşmiştir. Başvurucuya isnat edilen eylemlerin tamamı bu tarihten öncedir.

³⁸ İHAM bunda, daha önce de sorun görmemiştir. Bkz. *Parmak ve Bakır/Türkiye*, 22429/07 25195/07, 03/12/2009, § 71.

³⁹ *Yüksel Yalçınkaya/Türkiye*, § 259.

⁴⁰ *Yüksel Yalçınkaya/Türkiye*, § 259.

yerine getirildiğini tespit etmeden, bu uygulamanın kullanıcılarına cezai sorumluluk yüklemektedir. Mahkeme'ye göre bu durum, süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluğa dayalı organik bir bağın kanıtlanmasını ve çok özel bir manevi unsurun varlığını gerektiren mezkûr suçun özüyle bağdaşmamakla kalmayıp, aynı zamanda Sözleşme'nin 7. maddesi uyarınca bir bireyin, kişisel sorumluluk unsurunun tesis edilebileceği manevi bir bağ olmaksızın cezalandırılmama hakkıyla da bağdaşmamaktadır. (...) Bu, ByLock uygulamasının bazı ve hatta birçok kişi tarafından, ulusal makamlar tarafından bu terime atfedilen anlamda bir 'örgütsel iletişim' aracı olarak kullanıldığına itiraz etmek değildir. Bununla birlikte, belirli bir samîya ilişkin somut içerik veya diğer ilgili bilgilerin yokluğunda, bu tür kullanıcıların profilinden ve paylaşımlarından tüm kullanıcı tabanı için belirleyici sonuçlar çıkarmak hem öngörülemezdir hem de yasallık ilkesine ve bireysel cezai sorumluluğa da aykırıdır. (...) Mahkeme, yasadışı amaçlar için giderek daha fazla başvurulmuş güvenli iletişimin içeriğine erişmenin içerdiği önemli zorlukları dikkate almaktadır. Ayrıca, gizlilik içinde faaliyet gösteren bir örgüt olarak FETÖ/PDY'nin kendine özgü (sui generis) niteliğine ilişkin savları da kaydetmektedir. (...) Ancak, devlet makamlarının, terörist olarak tanımlanan bir örgüt tarafından kullanıldığı iddia edilen bir iletişim aracına, bu aracın kullanılmasından sonra nüfuz etmede karşılaştıkları zorluklar, Sözleşme'nin 7. maddesinde belirtilen güvenceleri göz ardı ederek, bu aracı daha önce kullanmış olanlara neredeyse otomatik bir şekilde cezai sorumluluk yüklemek için yeterli bir neden değildir. (...) Mahkeme, ulusal yargı makamları tarafından da belirtildiği üzere, örgütün Türk toplumunun tüm kesimlerinde kayda değer bir süre boyunca yaygın bir şekilde var olduğu göz önünde bulundurulduğunda, ilgili suçun unsurlarının varlığını bireysel olarak tespit etme ihtiyacının mevcut bağlamda daha da zorlayıcı olduğu kanaatindedir. (...) Yargıtay, örgütün tüm üyelerinin Ceza Kanunu'nun 314 § 2 maddesi uyarınca suçluluğun tespiti için gerekli olan bilgi ve doğrudan kasta sahip olduklarının düşünülmemeyeceğini kabul etmiştir. Bu bağlamda, örgütün yedi katmandan oluştuğunu ve örgütün sözde meşruiyet cephesi olarak kullanılan birinci ve ikinci katmanlardaki üyelerin, örgütü 'silahlı terör örgütü' hâline getiren amaç ve yöntemlerin mutlaka farkında olmadıklarını ve ilke olarak Ceza Kanunu'nun 30. maddesinde öngörülen hata hükmünden yararlanabileceklerini kaydetmiştir. (...) FETÖ/PDY ile ilgili diğer soruşturmalarda bazı şüpheliler tarafından verilen ifadeler, ByLock'un gerçekten de örgüt içinde, özellikle de üst düzeydekiler tarafından kullanıldığını ortaya koymuştur (...), kullanım zamanla 'alt kademelerdekilere' yayılmış ve bir noktada 'cemaat' genelinde kullanılmaya başlanmıştır (...) Bu koşullar altında ve ulusal mahkemeler tarafından yeterli açıklama yapılmadığı takdirde, başvuru gibi ByLock kullanıcısı olduğu iddia edilen tüm kişilerin, ulusal mahkemeler tarafından daha önce yorumlandığı ve uygulandığı şekliyle iç hukuk anlamında geçerli bir şekilde 'silahlı terör örgütü üyesi' olarak değerlendirilebilecek kişiler olduğunun nasıl bu kadar kesin ve otomatik bir şekilde tespit edilebileceğini anlamak zordur."⁴¹

Bu belirlemeden hareketle İHAM, ByLock kullanmanın teknik olarak isnat edilen suçun maddi unsurunun bir parçası olmamasına rağmen, ulusal mahkemelerin yorumunun uygulamada sadece ByLock kullanımının, silahlı bir terör örgütüne bilerek ve isteyerek üye olmakla eşdeğer tutma etkisi yarattığı sonucuna ulaşmıştır. Bu nedenle de Sözleşme'nin 7'nci maddesi ihlal edilmiştir.

2-) Adil Yargılanma Hakkı İhlali

İHAM, adil yargılanma hakkı kapsamında savunma haklarının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.⁴² Başvurucunun bu bağlamda şikâyet ettiği hususlar, ByLock verilerinin

⁴¹ Yüksel Yalçınkaya/Türkiye, § 264-265.

⁴² Adil yargılanma hakkı bağlamında İHAM, tarafsızlık ve bağımsızlık ilkesinin ihlal edildiği iddialarını, "herhangi bir spesifik iddia olmaksızın, genel anlamda yargıya yönelik bir eleştiri içerdiği" gerekçesiyle esastan incelememiştir. Bkz. Yüksel Yalçınkaya/Türkiye, § 359-365. İHAM, avukatıyla özel olarak iletişim kurmadığı yönündeki iddiasına ilişkin olarak; Mahkeme, bu hüküm ile 6 § 1 maddesi kapsamındaki daha geniş adil yargılanma güvencesi arasındaki karşılıklı ilişkiye dair yerleşik içtihadına atıfta bulunmuş ve bu yönden ayrıca bir inceleme yapmayacağını kaydetmiştir. Yüksel Yalçınkaya/Türkiye, § 366. Bu yöndeki ihlal için bkz. Canavcı ve diğerleri/Türkiye, 24074/19 ve 2, 14/11/2023.

toplanmasında ve delil olarak kabul edilmesinde usulsüzlüklerin olması, bunlara itiraz etmede zorluklarla karşılaşması ve ileri sürdüğü savlara karşı sunulan gerekçelerin yetersiz kalmasıdır.

Gerçekten de davanın kilit delili, ByLock verileridir. Bu veriler hem başvurunun ByLock uygulamasını kullandığına dair bireyselleştirilmiş bilgilerin kaynağı olarak kullanılmış, hem de bu uygulamanın münhasıran örgütsel bir iletişim aracı olarak nitelendirilmesine temel teşkil etmiştir. Yani başvurunun mahkûmiyetinin temelini oluşturmuştur. Bu nedenle bu delillerin niteliği ve bunlara itirazın savunma haklarının gereklerine uygunluğu sınanmıştır.⁴³

a-) Delillerin Niteliği

İHAM'ın bu bağlamda yaptığı ilk iş, ByLock delillerinin niteliğini incelemek olmuştur. Bu incelemede Mahkeme, öncelikle (i) delillerin nitelikleri konusunda ilk bakışta “şüpheli” bulunan yönleri kaydetmiş fakat bunu müteakiben (ii) delillerin doğruluğunu neden “sorgulayamayacağını” açıklamıştır.

(i) Delillerin Elde Ediliş Usulü Kuşkuludur

Delillerin niteliğine dönük incelemede ilk odak, mezkûr elektronik delillerin MİT tarafından toplanmasına olanak tanıyan Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun görevler (md. 4/1) ve yetkiler (md. 6/1) ile ilgili maddeleri olmuştur. Strazburg organının bu maddeler yönünden saptaması üç yönlüdür:

- Bu hükümler, CMK md. 134'üne (bağımsız izin veya denetim de dahil olmak üzere) benzer usuli güvencelerden yoksundur.
- Sulh Ceza Hâkimliğinin incelemesi, MİT'in veri toplama faaliyetinin olay sonrası (*post factum*) yargısal denetimi niteliğini karşılamamaktadır.
- MİT ilgili verileri adli makamlara sunmadan önce aylarca elde tutmuştur.

Bu üç faktörü dikkate alan İHAM, ByLock verilerinin güvenilirliğine ilişkin kuşkuların soyut veya temelsiz olmadığı sonucuna varmıştır. Fakat bu konudaki kuşkular, ihlal sonucuna ulaşmak için yeterli değildir. Mahkemenin, MİT veya adli makamlar tarafından bu şüpheleri gidermek için herhangi bir önlem alınıp alınmadığını da incelemesi gerekmiştir.

(ii) Delillerin Doğruluğunu Sorgulayacak Yeterli Unsurlar Yoktur

Mahkeme, her ne kadar yukarıdaki şüpheli saptamasını yapsa da, yargılamanın bütününe dönük de bir incelemeye girişmiştir. Şöyle ki; ilk derece Mahkemesi kararı yalnızca MİT'in teslim ettiği verilerden elde edilen raporlara dayanmaktadır. Fakat kanun yollarında bununla yetinilmemiştir. BAM, başvurunun telefonundan ByLock hedef IP adresine gerçekten bağlandığını doğrulamak için BTK'dan CGNAT verilerini ve HTS kayıtlarını sağlamasını talep etmiştir. BAM, başvurunun bu uygulamaya bağlantı kurduğu sonucuna, BTK'nın, servis sağlayıcılarından elde ettiği ve bir uzmanın teyit ettiği bu meta verilere dayanarak ulaşmıştır. Başvurucu CGNAT verilerinin ve HTS kayıtlarının yasalığı, doğruluğu ve güvenilirliğine itiraz etmiştir. Fakat bu itirazlar da üç nedenle verilerin doğruluğunu temelden sarsmamaktadır:

- Başvurucu, kayıtların yasal süre dışında elde edilmesine itiraz etmiştir. Fakat bu itiraz, kayıtların teknik doğruluğuyla ilgisizdir.
- Başvurucu, CGNAT verileri bağlamında bireysel kayıtlara dair herhangi bir manipülasyon iddiasında bulunmamış, bu verileri şüpheye düşürecek sav ileri sürmemiştir.
- Başvurucunun, sonradan Mahkemeye sunduğu bilirkişi raporu bu kayıtların kesin olmadığına (Mor Beyin olayı) işaret etmiştir. Fakat Yargıtay'ın “CGNAT verilerine ek olarak ByLock sunucusundan elde edilen bilgilere dayanarak bir kişinin ByLock

⁴³ İHAM'a göre OHAL koşulları, adil yargılanmanın somut vakadaki gerekleri bağlamında bir yükümlülük azaltma sunmamaktadır. Bkz. *Yüksel Yalçınkaya/Türkiye*, § 347-355.

kullanıcı kimliğinin tespit edildiği durumlarda böyle bir riskin mevcut olmadığı” tespiti de hesaba katılmalıdır.

Yani somut olayda CGNAT verileri tek başına ele alınmamıştır. Bu veriler, ByLock sunucusundan elde edilen veriler ve HTS kayıtları ile birlikte değerlendirilmiş ve başvurunun ByLock uygulamasını kullandığı sonucuna bu yolla ulaşılmıştır. İHAM da bu gerçek karşısında ilk bakışta şüphe uyandıran delillerin doğruluğunu (en azından başvurunun ByLock uygulamasını kullandığını tespit ettikleri ölçüde) sorgulamak için yeterli unsurlara sahip olmadığını ifade etmiştir.

Sonuç itibarıyla: İHAM açısından ByLock verilerinin niteliği -özellikle elde edilme koşulları ve bunlara karşı usulî güvencelerin zayıflığı karşısında- başvuranın ByLock uygulamasını kullandığını ortaya koyabilecek ölçüde, bu verilerin doğruluğunu sorgulamak için yeterli unsurlara sahip değildir.⁴⁴

b-) İtiraz Olanakları

İHAM, delillerin niteliği yönünden maddi bir ihlal sonucuna ulaşmamakla birlikte, bu delillere itiraz süreçlerine dönük usuli sorunları saptamış ve esasen ihlal sonucuna buradan varmıştır. Söz konusu usuli sorunlar beş yönlüdür:

Birincisi; İHAM’a göre sanıklar, davadaki tüm materyallere erişme hakkına mutlak biçimde sahip olmayabilir.⁴⁵ Fakat bunun tutarlı nedenlerinin ve başvurunun dezavantajının yeterli usulî güvencelerle dengelenip dengelenmediğinin ortaya konulması gerekir. Strazburg organları, Hükûmet’e, bu verilere erişme neden engel olunduğu sorusunu sormuştur. Hükûmet, ilgili verilerin başvuruca verilmemesinin nedenlerini anlatmış⁴⁶ ve bu konuda ek bilgiler⁴⁷ sunmuştur. Fakat İHAM, bu savların ve bilgilerin yerel mahkeme veya kanun yolu mahkemelerinin kararlarında bulunmadığını, başvurunun bu yöndeki istemlerinin yargılama sürecinde basitçe yanıtsız bırakıldığını kaydetmiştir. Bu yanıtsızlık; başvuruca, 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 kalmıştır.

İkincisi; başvurunun ham verilerin içeriğinin ve bütünlüğünün doğrulanması için bağımsız bir incelemeye sunulması talebi, ulusal mahkemeler tarafından dikkate alınmamıştır. Hükûmet’in savunmada öne çıkardığı husus, verilerin mahkemeye sunulduktan sonraki bütünlüğüne dönük olmuştur. Oysa gerek iç hukuktaki kararlarda gerekse Hükûmet’in Strazburg’daki savunmasında, verilerin yargılama makamlarına teslim edilmesi anında (Aralık 2016’daki tesliminden önceki) bütünlüğüne dair bir değerlendirme yoktur.⁴⁸

⁴⁴ Özellikle bkz. *Yüksel Yalçınkaya/Türkiye*, § 323.

⁴⁵ Örneğin ulusal güvenlikle ilgili kaygılar veya başkalarının temel haklarının korunması da dahil olmak üzere, delillerin savunmadan saklanması gerektirebilecek çeşitli nedenlerin varlığı veya savcılığın elindeki delillerin büyük bir elektronik bilgi yığınıyla ilgili olduğu durumlarda, bu bilgilerin tamamının savunmaya açıklanması mümkün olmayabilir, hatta gerekli de olmayabilir. Keza, delillerin kamu yararı gerekçesiyle savunmadan saklandığı durumlar da olabilir.

⁴⁶ *Yüksel Yalçınkaya/Türkiye*, § 296.

⁴⁷ Örneğin ByLock kullanıcı listelerinin nasıl oluşturulduğu ve bireysel ByLock kullanıcılarına ilişkin ham verilerin neden ayrılmadığı ve ilgili kullanıcılarla paylaşmadığı konusunda daha fazla bilgi sağlayan tamamlayıcı analiz raporu.

⁴⁸ Hükûmet, başvurunun, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi tarafından görevlendirilen bilirkişiyi sorgulamak için CMK’nın 68. maddesinde öngörülen hakkını kullanmadığını ileri sürmüştü de İHAM, söz konusu uzman 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 saptamıştır.

Üçüncüsü; Başvurucu, ByLock kanıtlarının güvenilirliğine dair endişelerine işaret etmek için bir dizi argüman ileri sürmüştür (Örneğin ByLock kullanıcı listeleri arasındaki tutarsızlıklar; kullanıcı sayısı ile indirme listeleri arasındaki tutarsızlıklar; ByLock verilerinin MİT tarafından toplanması ile sulh ceza hâkimliğinin bunların incelenmesine yönelik müteakip kararı arasında, ByLock verilerinin zaten işlenmiş olduğu ve yalnızca istihbarat amacıyla değil, aynı zamanda başvuran da dahil olmak üzere şüphelilerin soruşturulması ve tutuklanması için suç delili olarak kullanıldığı; MİT'in ceza yargılamalarında delil olarak kullanılmak üzere veri toplama yetkisinin bulunmadığı; 9 Aralık 2016 tarihinde verilen mahkeme kararının bu şekilde toplanan delilleri geriye dönük olarak 'hukuka uygun' ve güvenilir kılamayacağı gibi...). Başvurucunun bu argümanları kanun yollarında incelenmemiş ve/veya bunları karşılayan yanıtlar/gerekçeler sunulmamıştır.⁴⁹

Dördüncüsü; Yargılama sürecinde Bölge Adliye Mahkemesi, KOM'dan başvurunun ByLock üzerinden yaptığı yazışmaların içeriği ve iletişim kurduğu kişilerle ilgili bilgi istemiştir. Fakat BAM, bu yanıt gelmeden karar vermiştir. Temyiz aşamasına geçildiğinde ise Yargıtay söz konusu yargılamadaki adil denge sorununa odaklanmamış, sadece davanın sonucuyla ilgilenmiştir. Başka bir deyişle, kanun yollarında başvurucuya, şifresi çözülmüş ByLock materyalleri hakkında bilgi edinme fırsatı verilmemiştir. İHAM'a göre somut olaydaki gibi hâllerde ham verilerin tamamının başvuruyla paylaşılması mümkün olmayabilir. Fakat böyle bir durumda dahi, en azından başvurunun kendisiyle ilgili deşifre edilen materyalin tamamı hakkında yorum yapmasına olanak tanıyacak "dengeleyiciler" sağlanmalıdır. Somut olayda, böyle bir denge de sunulmamıştır. Başvurucunun aldığı cezanın ağırlığı karşısında bu dengeleyicilerin yokluğu savunma hakkını ihlal etmiştir.⁵⁰

Beşincisi; yukarıda belirtilen eksiklikler temelinde savunmanın maruz kaldığı zarar, ulusal mahkemelerin ByLock delillerine ilişkin gerekçelerindeki eksikliklerle daha da artmıştır. Başvurucunun kendisi hakkında ortaya atılan iddiaların doğruluğuna itiraz edebilmek, özellikle de ByLock uygulamasının "münhasıran" FETÖ/PDY üyeleri tarafından kullanıldığı veya "örgütsel" amaçlarla kullanıldığı iddiasını çürütmek için tüm ByLock materyallerine erişimi önem arz eder. Başvurucunun, yalnızca savcılığın elinde bulunan ByLock verilerine dayanan bu iddialara doğrudan itiraz edemediği yerde, ulusal mahkemelerin bunları yeterli ve ilgili gerekçelerle desteklemesi gerekir.

c-) Diğer Deliller

İnsan Hakları Mahkemesi, Bank Asya hesabının ve bundaki hareketlerin veya derneklere ve sendikalara üyelikler konusunun ceza mahkûmiyeti için belirleyici olmamasından ötürü bunlara özel bir inceleme yapmamıştır. Fakat Mahkeme, ulusal mahkemelerin kararlarında, bu eylemlerin, tali bir şekilde bile olsa, suç teşkil eden bir davranışa nasıl delil olabileceğine dair anlamlı bir tartışmanın eksikliğine dikkat çekmekten geri durmamıştır. Daha önceden *Taner Kılıç/Türkiye* kararında, söz konusu eylemlerin, gerçekleştirildikleri tarihte, yasallık karinesinden yararlanan görünüşte yasal eylemler olduğunu saptadığını⁵¹ hatırlatan Mahkeme, bir sendikaya ve bir derneğe üyelik söz konusu olduğunda, bunun Sözleşme'deki örgütlenme özgürlüğünün uzantısı olduğunu kaydetmiştir. İHAM'a göre bu kapsamdaki eylemlerin, silahlı bir terör örgütüne üyelikle ilgili bulguyu nasıl güçlendirdiği açıklığa kavuşturulmuş değildir.⁵² Mahkeme bu sorunu ayrıca örgütlenme özgürlüğü özelinde ele almıştır.

⁴⁹ *Yüksel Yalçınkaya/Türkiye*, § 334.

⁵⁰ *Yüksel Yalçınkaya/Türkiye*, § 335-337.

⁵¹ *Taner Kılıç/Türkiye*, 70845/01, 24/10/2006, § 105.

⁵² *Yüksel Yalçınkaya/Türkiye*, § 343.

3-) Örgütlenme Özgürlüğü İhlali

İHAM'a göre başvuruçunun Aktif Eğitim-Sen ve Kayseri Gönüllü Eğitimciler Derneği üyelikleri, Sözleşme'nin 11. maddesi kapsamına giren ve şiddeti teşvik etmeyen veya demokratik bir toplumun temellerini başka bir şekilde reddetmeyen eylemleri yasallık karinesinden yararlanan eylemlerdir. Söz konusu sendika ve dernek, 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK) ile kapatılmışsa da somut mahkeme kararında buna neden olan eylemlerinin niteliğine ilişkin (bu örgütlenmelerin söz konusu KHK uyarınca FETÖ/PDY ile bağlantılı oldukları gerekçesiyle kapatıldıklarının işaret etmek dışında) herhangi bir açıklama yoktur. Keza başvuruçunun bu örgütlenmeler içindeki eylemlerine ve/veya eylemlerinin suç teşkil eden yönüne dair bir açıklama da yoktur.

Bu boşlukların keyfiliğe neden olduğuna dikkat çeken İHAM, TCK md. 314'ün siyasi açıklamalar ve yasal örgütlenmelere üyelikler için kolayca uygulanmasının öngörülemez bir genişletme anlamına geldiğine dair eski içtiihadını⁵³ tekrarlamış ve bu hak bağlamında kanunilik ilkesi karşılanmadığı gerekçesiyle ihlal sonucuna ulaşmıştır.⁵⁴

C-) KARARIN NİTELİĞİ

İHAM bu olayda sadece md. 41'i (tazminat hükmünü) uygulamamış, aynı zamanda md. 46 kapsamında yönlendirmelere de yer vermiştir. Söz konusu karar her ne kadar "pilot" olmasa da **"yarı pilot" niteliğindedir.** Zira Mahkeme, pilot karar usulü uygulamasa da genel tedbirlere işaret ettiği içtiihadını hatırlatmış ve mevcut kararda da aynısının geçerli olduğunu ortaya koymuştur.⁵⁵

İHAM'a göre ByLock delilinin terör örgütü üyeliği suçu için kullanılması sistematik bir sorundur. Mahkeme, bu karardaki belirlemelerin, benzer diğer davalar (Strazburg organının önündeki 8 bin ve gelmesi muhtemel 100 bin dava için de) prensip itibarıyla aynen geçerli olduğunu ortaya koymuştur.⁵⁶

Bu bağlamda şu saptamalar oldukça önemlidir:

Birincisi; ByLock delili bakımından ihlal tespitine yol açan durum, münferit bir olaydan değildir. Mahkeme bu konudaki ihlalin *"sistemik bir sorundan kaynaklanmış olarak görülebileceğini düşünmektedir. Bu sorun, çok sayıda kişiyi etkilemiştir ve etkilemeye devam etmektedir."*⁵⁷ Bu nedenle ihlalin giderilmesi için spesifik ve somut adımlar atılmalıdır.

İkincisi; Devlet, ihlalin giderilmesi için kullanacağı araçları seçmekte ilke olarak serbest olsa da her bir kamu erki (yani yasama, yürütme ve yargı) *"iyi niyetle ve kararın sonuçlarına ve ruhuna uygun bir şekilde"* hareket etmelidir.⁵⁸ Bunun anlamı, mevcut hukuk normlarının İHAS ile bu kararın mantığı ile en uyumlu biçimde yorumlanmasının gerektiğidir.

Üçüncüsü; yargılamanın yenilenmesi yolu, *"bir ihlali gidermek için prensip itibarıyla uygun, hatta çoğu zaman en uygun yoldur."* Bu gerçek, geçmişte Türkiye aleyhine verilen pek çok davada vurgulandığı gibi, onlara atıfla bu vakada da geçerli sayılmıştır.

Bu üç belirleme, ByLock delilinden hareketle otomatikman terör örgütü üyeliği sonucuna ulaşılan kararların sistematik nitelik arz ettiğinin, dolayısıyla diğer tüm davalarda da aynı ihlal sonucuna ulaşılabileceğinin saptamasıdır. Mahkeme bu saptamayı yapmakla kalmamış, süregelen

⁵³ Selahattin Demirtaş, §§ 277- 80

⁵⁴ Bu vakada da OHAL koşulları, adil yargılanmanın somut vakadaki gerekleri bağlamında bir yükümlülük azaltma sunmamaktadır. *Yüksel Yalçınkaya/Türkiye*, § 398-401.

⁵⁵ *Yüksel Yalçınkaya/Türkiye*, § 416.

⁵⁶ *Yüksel Yalçınkaya/Türkiye*, § 414-415.

⁵⁷ *Yüksel Yalçınkaya/Türkiye*, § 414.

⁵⁸ *Yüksel Yalçınkaya/Türkiye*, § 404.

davalardaki yorumun anılan karar ışığında değiştirilmesine ve önceki kararlardaki ihlallerin de (başta yeniden yargılama olmak üzere) diğer araçlarla giderilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Bu bağlamda yeniden yargılama kurallarının “iyi niyetle ve kararın sonuçlarına ve ruhuna uygun bir şekilde” yorumlanmasına işaret eden Mahkeme, nihai olarak Anayasa md. 90/son’a özellikle dikkat çekerek bir bakıma yol göstermiştir. Sıra dışı ve özel nitelik arz ettiği için bu yol göstermeyi aynen alıntılıyoruz:

“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 davasının ötesinde - ele alınması gerektiği görüşündedir. Dolayısıyla, davalı Devlet’in Sözleşme’nin 46. maddesi kapsamındaki yükümlülüklerine uygun olarak, mevcut karardan, özellikle ancak onlarla sınırlı olmamak üzere ulusal mahkemeler önünde görülmekte olan davalara ilişkin gerekli sonuçları çıkarmak ve burada ihlal bulgularına yol açan yukarıda tespit edilen sorunu çözmek için uygun olan diğer genel tedbirleri almak yetkili makamlara düşmektedir (bkz. yukarıdaki 414. paragraf; ayrıca bkz., gerekli uyarlamalarla, Guðmundur Andri Ástráðsson/İzlanda [BD], No. 26374/18, § 314, 1 Aralık 2020). Daha spesifik olarak, ulusal mahkemelerin, mevcut kararda yorumlandığı ve uygulandığı şekilde ilgili Sözleşme standartlarını gerekli şekilde dikkate almaları gerekmektedir. Mahkeme bu bağlamda, Sözleşme’nin 46. maddesinin, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu ve bunların anayasaya uygunluğuna itiraz etmek için Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı şeklindeki Türkiye Anayasası’nın 90 § 5 maddesi uyarınca Türkiye’de anayasal bir kural hükmünde olduğunun altını çizmektedir.”⁵⁹

Bu yol göstermenin anlamı TCK md. 314/2, CMK md. 311’in Anayasa md. 90/sondan hareketle “sözleşmeye uygun yorum”la uygulanmasıdır.

D-) ARA DEĞERLENDİRME

Buraya kadar yazdıklarımızı kısaca toparlamamız gerekirse; ihlaline karar verilen üç hak için üç belirleme yapabiliriz:

Suçta ve Cezada Kanunilik Yönünden- ByLock uygulaması ile “Gülen Hareketi” arasında hiçbir bağlantı yok denilemez. En azından ilk bakışta arada bir bağlantı var görünmektedir. Ne var ki bu bağlantıdan hareketle otomatikman terör örgütü üyeliği sonucuna ulaşamaz. Bir kişinin, Türkiye’de on yıllardır varlık gösteren, kamu kurumlarınca da meşruluk tanınan, *inter alia*, dinsel de bir nitelik arz eden bir yapıya (cemaate) mensup olduğunun kanıtlanmış olması, onun FETÖ/PDY olarak adlandırılan terör örgütüne üye olduğu (bu örgütün amaçlarını bildiği ve bu amaçlar doğrultusundaki eylemlere kasten katıldığı) anlamına gelmemektedir. Zira yedi katmandan oluştuğu söylenen örgütün/yapının alt katmanlarındaki kişilerin bu amaç ve yöntemlerden mutlak biçimde haberdar olduğu kuşkuludur.

Buna koşut olarak; ByLock’un örgütsel iletişim aracı olarak kullanılması, bu programı indiren ve kullanan herkesin bu amacı güttüğünü göstermez. Zira bu uygulamanın örgütün üst kademelerince kullanıldığı sabit olmakla birlikte, kullanımın zamanla ‘alt kademelerdekilere’ yayılmış olduğu ve bir noktada uygulamanın ‘cemaat’ genelinde kullanılmaya başlanmış olduğu iddiası mutlaka hesaba katılmalıdır. Bu iddia, somut vakadaki sanık açısından doğru değilse bunun kanıtlanması gerekir. Zira şüpheden sanık yararlanır (*in dubio pro reo*).

Adil Yargılanma Hakkı Yönünden- ByLock delillerinin elde ediliş sürecinde MİT’in faaliyetleri belirleyici olmuştur. Bu bağlamda Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu’nun konuyla ilgili hükümleri (md. 4/1 ve md. 6/1) yeterli usuli güvencelerden uzaktır. Bu durum, delillerin sıhhati açısından kuşku uyandırmaktadır. Nitekim bu aşamada CMK md. 134 güvenceleri benzeri teminatlar yoktur ve sulh ceza hâkimliklerinin yaptıkları sonradan denetim yüzeyseldir. Buna karşın, yargılama süreci sadece MİT’in elde ettiği veriler ve buna dayalı raporlarla yürümemiştir. Özellikle kanun yollarında, CGNAT verileri ile

⁵⁹ Yüksel Yalçınkaya/Türkiye, § 418.

ByLock sunucusundan elde edilen veriler ve HTS kayıtları ile birlikte değerlendirilmiş ve başvuruçunun ByLock uygulamasını kullandığı sonucuna bu yolla ulaşılmıştır. Dolayısıyla bu yönden ihlal sonucuna ulaşılmamaktadır. Ne var ki tüm bu süreçte başvuruçunun ileri sürdüğü savlar, dikkat çektiği çelişkiler ve meşru talepler adil yargılanma hakkının gereklerini karşılayacak biçimde karşılanmamıştır. Yukarıda beş başlıkta özetlenen bu kusurlar genel olarak yargılamanın genelini adil olmaktan çıkarmıştır.

Örgütlenme Özgürlüğü Yönünden- Yasal derneklere üye olmanın terör örgütü üyeliği için otomatikman delil sayılması örgütlenme özgürlüğünü ihlal eder. Somut olayda, bu dernekler ile terör örgütü arasındaki bağ açıklanmamış, ayrıca başvuruçunun bu yasal örgütlenmeler bünyesindeki eylemlerine dönük bir değerlendirme de yapılmamıştır. Dolayısıyla bu keyfilik bir ihlal yaratmıştır.

III-) İLGİLİ DİĞER KARARLAR

Konuyla ilgili ve Anayasa'nın 90'ıncı maddesi uyarınca dikkate alınması gereken diğer başka uluslararası kararlar (rapor, görüş ve tavsiyeler) da mevcuttur.

A-) AVRUPA KONSEYİ BÜNYESİNDEKİ DİĞER KARARLAR

Avrupa Konseyi bünyesindeki diğer başka kurum ve kişilerin de konuyla ilişkili sayılabilecek kararları vardır.

Örneğin Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonunun (Venedik Komisyonu) Türk Ceza Kanunu md. 216, 299, 301 ve 314 hükümleriyle ilgili raporunda Yargıtay içtihadında yer alan, bir sanığa atfedilen eylemlerin “sürekliliği, çeşitliliği ve yoğunluğu” ile bir örgütle olan “organik ilişkisini” göstermesi veya örgütün “hiyerarşik yapısı” içerisinde bilerek ve isteyerek hareket ettiğini kanıtlaması gerektiği yönündeki yerleşik kriterlerin katı bir şekilde uygulanmasını tavsiye etmiştir. Zayıf ve tartışmalı delillerle bu ağır sonuçları olan cezalara hükmedilmemesi gerekliliğinin altı çizilmiştir.⁶⁰

Keza İHAS (md. 36) uyarınca “bir Daire veya Büyük Daire önündeki her davada görüş sunma ve duruşmalara katılma” hakkını haiz Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, olağanüstü hâl (OHÂL) süreci sürerken Türkiye'yi 27-29 Eylül 2016 tarihlerinde ziyaret etmiş ve 7 Ekim 2016 tarihinde uygulanagelen tedbirlerle ilgili bir rapor yayımlamıştır.⁶¹ Müteakip Komiser, 1-5 Temmuz 2019 tarihli ziyaretinden sonra bir başka rapor yayımlamıştır.⁶²

Bu raporlardaki üç belirleme, özellikle önem taşır:

Birincisi; MGK'nın tanımının hükûmete yönelik olduğu hesaba katıldığında örgütün (terörizm tanımının olmazsa olmaz bir unsuru olan şiddet kullanmaya hazır olduğu) kimi kuşklara rağmen darbe girişimine kadar Türk toplumunun geneli tarafından fark edilmemiştir. Bir Türk vatandaşının bu hareketle şu veya bu şekilde herhangi bir temasının veya ilişkisinin olmamasının nadir bir durum olduğu konusunda genel bir mutabakat vardır. Hâl böyleyken (i) yasadışı faaliyetlerde bulunan kişiler ile (ii) şiddete başvurmaya hazır olduğunun farkında olmaksızın harekete sempati duyan veya destek veren ya da hareketle irtibatlı yasal kuruluşlara üye olan kişiler arasında ayırım yapılması gerekmektedir.⁶³

İkincisi; askeri personel, (i) istihbarat görevlisi, polis memuru veya hâkim gibi Devletin egemenlik gücünü kullanan bir kamu çalışanının oluşturduğu tehdit ile (ii) bir öğretmen,

⁶⁰ Venedik Komisyonunun CDL-AD(2016)002 sayılı raporu (§100-106) için bkz. [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2016\)002-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)002-e)

⁶¹ Bkz. CommDH(2016)35 sayılı Memorandum için bkz. [https://rm.coe.int/ref/CommDH\(2016\)35](https://rm.coe.int/ref/CommDH(2016)35)

⁶² Dunha Mijatovic'in CommDH(2020)1 sayılı raporu için bkz. <https://rm.coe.int/2nd-quarterly-activity-report-2020-by-dunja-mijatovic-council-of-europ/16809f7e51>

⁶³ Yüksel Yalçınkaya/Türkiye, §19-22.

akademisyen veya vasıfsız bir işçinin temsil ettiği riskle karşılaştırılmaz. Dolayısıyla olgular, her vakada bu ayırım da dikkate alınarak değerlendirilmelidir.⁶⁴

Üçüncüsü; çoğu vakada FETÖ/PDY üyeliği öncelikle “ByLock” adlı bir akıllı telefon uygulamasının kullanılması, Bank Asya’ya para yatırılması ve Fethullah Gülen ile ilişkili okullar veya hastanelerle bağlantı kurulması veya bu kurumların hizmetlerinden yararlanılması gibi eylemler suç delili sayılmaktadır. Fakat söz konusu kurumların Temmuz 2016’daki darbe girişimine kadar ilgili Devlet organları tarafından verilen lisanslar kapsamında faaliyet gösterdiği gerçeğini göz ardı edilmemeli, ilgili kişilerin bu lisanslara güvenmemeleri gerektiğini bilmeleri ve bu kurumlarla bağlarını koparmış olmaları gerektiği varsayımına dayalı hüküm kurulmamalıdır. Aksi yorum suç ve cezanın geçmişe yürütmesi sonucu doğurur.⁶⁵

B-) İHAM’IN BAĞLANTILI DİĞER KARARLARI

İHAM’ın doğrudan ByLock deliliyle ilgili⁶⁶ olmamakla birlikte, FETÖ/PDY propagandası sayılan kimi ifadelerle ilgili ifade özgürlüğü ihlali tespiti yaptığı, giderek artan bir içtihadî birikim mevcuttur.⁶⁷ Bu kararlardaki ortak yaklaşım, bir söylemin kendisi şiddetle ilintili olmadıkça ve bir suç teşkil etmedikçe, bunun salt terör örgütünün propagandasıyla koşutluk içerdiği için yaptırıma tabi olamayacağıdır.

Öte yandan, İHAM’ın yakın zaman önce vermiş olduğu *Demirtaş ve Yüksekdağ Şenoğlu/Türkiye*⁶⁸, *Mehmet Demir/Türkiye*⁶⁹ ve *Canavcı ve diğerleri/Türkiye*⁷⁰ kararları anılan süreçteki yargılamaları da derinden etkileyecek niteliktedir. Bu kararda İHAM, OHAL KHK’ları rejimiyle getirilen tüm 15 Temmuz davalarındaki tutukluların avukatlarıyla görüşmeleri sırasında bir cezaevi görevlisinin hazır bulunmasında veya bu görüşmelerin ses ve görüntü kaydının yapılması uygulamasında ihlal bulmuştur. Mahkemeye göre:

“Düzenleme, izleme sırasında elde edilen bilgilerin nasıl kullanılacağını, saklanacağını veya imha edileceğini belirtmemektedir. Ayrıca, başvuruçuların bu tedbirin uygulanmasının kötü niyetli veya keyfi olduğunu iddia etmeleri halinde hangi makamın sorumlu tutulabileceği de belirtilmemiştir. Gerçekten de yetkililere bırakılan takdir yetkisinin kapsamı ve kullanılmasına ilişkin usuller tanımlanmamış ve kötüye kullanım ve keyfiliğe karşı yeterli güvenceler getirilmemiştir.”⁷¹

Somut olayın özelliklerine bakmaksızın tedbirin kategorik uygulanmasının Sözleşme’ye (md. 6 veya 8) aykırı olduğunu tespit eden bu İHAM kararı da anılan süreçteki yargılamaların usuli temellerini sarsmaktadır. Aslında, *Yüksel Yalçınkaya* kararında da başvuruçucu, 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 6. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendi ile getirilen avukatıyla özel olarak görüşmesine getirilen kısıtlamalar çerçevesinde, etkili hukuki yardım hakkından mahrum bırakıldığını iddia etmiştir. İHAM, görülen davadaki adil yargılanma hakkı kapsamındaki şikâyetin “başvuruçunun ağır bir ceza gerektiren ciddi bir suçtan mahkûm edilmesine yol açan yargılamaların adil olmamasıyla ilgili olduğunu, dolayısıyla bu başlık altındaki şikâyetin kabul edilebilirliğini” kaydetmiş ve bu bağlamda iddianın esasını ayrı ayrı ele almayı gerekli

⁶⁴ *Yüksel Yalçınkaya/Türkiye*, § 28.

⁶⁵ *Yüksel Yalçınkaya/Türkiye*, § 43.

⁶⁶ İHAM, tutuklama anında ByLock delili hakkında yeterli ve spesifik bilgi ve konuyla ilgili mahkeme kararı yokken, tutuklamanın bu delile atıfla geriye dönük olarak haklı çıkarılmasını kişi özgürlüğünü ihlal eder bulduğu bir örnek için bkz. *Akgün/Türkiye*, 19699/18, 20/07/2021, §173.

⁶⁷ *Şahin Alpay/Türkiye*, 16538/17, 20/03/2018; *Mehmet Hasan Altan/Türkiye*, 13237/17, 20/03/2018; *Sabancı ve diğerleri/Türkiye*, 23199/17, 10/11/2020; *Atilla Taş/Türkiye*, 72/17, 19/01/2021; *Ahmet Hüseyin Altan/Türkiye*, 13252/17, 13/04/2021; *Murat Aksoy/Türkiye*, 80/17, 13/04/2021; *Bulaç/Türkiye*, 25939/17, 08/06/2021; *İlcak/Türkiye* (2), 1210/17, 14/12/2021; *Taner Kılıç/Türkiye* (2), 208/18, 31/05/2022.

⁶⁸ *Demirtaş ve Yüksekdağ Şenoğlu/Türkiye*, İHAM, 10207/21 10209/21, 06/06/2023.

⁶⁹ *Mehmet Demir/Türkiye*, İHAM, 55569/19, 24/10/2023.

⁷⁰ *Canavcı ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 24074/19 ve 2, 14/11/2023.

⁷¹ *Canavcı ve diğerleri/Türkiye*, § 101.

görmediğini ifade etmiştir.⁷² Yüksel Yalçınkaya özelinde, diğer ihlaller daha ağır bastığı için bu sorunun üzerinde durulmamış olması *Canavcı ve diğerleri* kararındaki tespitleri açığa düşürmemektedir.

Dolayısıyla bu yönden de yeniden yargılama koşulları mevcuttur.

C-) BM KEYFİ TUTUKLAMALAR ÇALIŞMA GRUBU

Birleşmiş Milletler Keyfi Tutuklamalar Çalışma Grubu , ByLock uygulamasını kullandığı iddiasına dayanarak FETÖ/PDY üyesi olduğu şüphesiyle gözaltına alınan bir kişi hakkında bir görüş vermiştir.⁷³ Buna göre yasal yollarla indirilen ByLock uygulamasını kullanmanın tek başına ve kategorik olarak suç sayılmasında; hakeza o zaman için bilinen adıyla “Gülen Hareketi”ne -şiddete başvurmaya hazır olduğunun farkında olmaksızın- sempati duyan veya destek veren ve bu çerçevede hareketle bağlantılı yasal kuruluşlara üye olan kişilerin terör örgütü üyesi sayılmalarında sorun bulunmaktadır.⁷⁴

D-) BM İNSAN HAKLARI KOMİTESİNİN BİREYSEL BAŞVURU KARARLARI

ByLock deliliyle ilgili uluslararası tek karar *Yüksel Yalçınkaya/Türkiye* kararı değildir. İHAM’dan başka, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nin denetim organı İnsan Hakları Komitesi de kendisine yapılan bireysel başvurular üzerine iki farklı ihlal kararı vermiştir.⁷⁵ Bunlardan *Mukadder Alakuş/Türkiye* kararında Komite, “başvurucunun Bylock uygulamasını ve Bank Asya hesabını kullandığı iddiasının, eylemlerin gerçekleştiği tarihte yeterince açık ve öngörülebilir cezai suçlar teşkil ettiği sonucuna varamamaktadır.” belirlemesiyle bu suç delili açısından bir ihlal sonucuna varmıştır.⁷⁶

Komite, *Mümüne Açıkollu/Türkiye* kararında da, benzer sonuca “adli makamların Bylock’un niteliği hakkında, programın yalnızca FETÖ/PDY üyeleri tarafından iç iletişim amacıyla kullanıldığı sonucuna varmak için yeterli bilgiye ne şekilde sahip olduklarına dair bilgi sunmadığı” belirlemesiyle varmıştır.⁷⁷

Bu kararlar da Anayasa’nın 90’ncı maddesi uyarınca kanun hükmündedir. Türkiye’nin BM üyeliğinin ve altına imza attığı sözleşmenin gereği olarak bu kararların iç hukukta uygulanması gerekmektedir. Anılan kararın yok sayılması, Avrupa Konseyinin ötesinde BM üyeliği ve bu kapsamdaki ilişkiler yönlerinden de Türkiye’yi zora sokacaktır.

IV-) KARARIN “_____” VAKASI YÖNÜNDEN ETKİSİ

Nihayet, buraya kadar yazdıklarımızı vakasına uyarlamak gerekirse, konuyu (A) kararın özeti, (B) İHAM kararı karşısındaki durumu ve (C) yargılamanın yenilenmesi yönlerinden analiz etmek gerekecektir.

A-) İSTANBUL 36. AĞIR CEZA MAHKEMESİNİN KARARININ ÖZÜ

..... İstanbul Barosuna kayıtlı bir avukattır.

İstanbul 36. Ağır Ceza Mahkemesinin tarafımıza sunulan gerekçeli karardan (E. 2017 / 194, K. 2018/209) görüldüğü üzere hakkındaki terör örgütü propagandası yapmak ve silahlı terör örgütüne üye olması suçlarından hareketle bir iddianame düzenlenmiştir. Bu iddianameye dayanan başlıca olgular, (i) “Sözde Selam Tevhit Kudüs Terör Örgütü” soruşturmasında görev alan şüpheli polislerin ve (ii) Taşhiye Kumpası soruşturmasında görev alan şüpheli polislerin

⁷² *Yüksel Yalçınkaya/Türkiye*, §§ 357 ve 368.

⁷³ *Mestan Yayman/Türkiye*, A/HRC/WGAD/2018/42, 20-24/08/2018.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ Türkiye’de az bilirse de Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmeye Ek İhtiyari Protokol da BM nezdinde bireysel başvuruları kabul etmeye başlamıştır. Türkiye’nin bu protokole taraf olmasına dair uygun bulma kanunu için bkz. Resmî Gazete, S. 26250, 05/08/2006.

⁷⁶ *Mukadder Alakuş/Türkiye*, CCPR/C/135/D/3736/2020, 01/03/2023, § 10.6.

⁷⁷ *Mümüne Açıkollu/Türkiye*, CCPR/C/136/D/3730/2020, 20/02/2023, § 8.8.

avukatlığını yapması, (iii) Terör örgütü lideri Fethullah Gülen'in talimatıyla gerçekleştirilen salıverme kumpasında rol oynaması, (iv) bir soruşturmada hâkimlik sorgusunun kasten geciktirilmesi ve şüphelilerin toplu olarak adliyyede çıkma girişiminde aktif rol oynayıp şüphelileri yönlendiren avukat olmasıdır. Fakat bu öğeler ve yargılamada gündeme gelen diğer faktörler (Asya Katılım Bankası'nda hesabının olması ve para yatırması) hükme esas alınmamıştır.

.....'in "Silahlı Terör Örgütü" üyesi olma suçundan mahkûm edilmesine neden olan bulgular esasen üç kategoridedir. Bunlar;

- Fethullah Gülen'in kitaplarından pasajların okunduğu ve videoların da izlendiği, "cemaat mensubu" olan ve şüpheli kişilerin katıldığı kimi toplantılara katılması ve/veya ortağı olduğu hukuk bürosunu bu toplantılara açması,
- 667 sayılı KHK ile kapatılan Adalet ve Hukuk Derneği'nde Denetim Kurulu üyesi olması,
- ByLock (Call, Eagle IM, ve Kakao Talk ile birlikte) programlarını kullanmasıdır.

Söz konusu bulguların içinde merkezi ve belirleyici niteliği haiz olanı ByLock bulgusudur. Karara göre'in, adına kayıtlı bulunan ve kullandığı 053X XXX XXXX numaralı GSM hattıyla 11 Ağustos 2014 tarihinden itibaren Bylock kullanıcısı olduğu saptanmıştır. BTK'dan gelen kayıtlara göre, söz konusu GSM hattıyla iki farklı cep telefonuyla 25 Ağustos 2015 tarihine kadar farklı günlerde toplam 8 bin 929 kez bağlantı kaydı saptanmıştır. Ayrıca, İstanbul 36. Ağır Ceza Mahkemesi,'e ait cep telefonunda yüklü uygulamalar sekmesi altında yapılan inceleme neticesinde "88. sırada Bylock Chat and Call programının kalıntılarına rastlandığı, ancak içeriğine dair herhangi bir bilginin bulunmadığı, 58. sırada Eagle IM ve 86. sırada Kakao Talk Free Call and Text isimli programların yüklü olduğu" sonucuna varan 15 Ağustos 2017 tarihli Dijital Materyal Bilirkişi Inceleme Raporu'na da dayanmıştır.⁷⁸

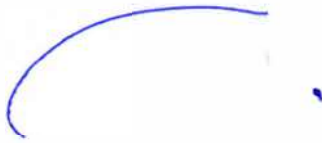
Bu karar kanun yollarından da benzer bir yaklaşımla geçmiş ve kesinleşmiştir.

..... hakkındaki terör örgütü üyeliğine dair mahkûmiyetin başat bulgusu ByLock delili olduğu için Yüksel Yalçınkaya kararı, somut olay açısından doğrudan etki doğurur.

B-) MADDİ SONUÇ: YENİDEN YARGILANMALIDIR

Buraya kadar yazılanları toparlarsak ulusal karar ile uluslararası karar yan yana konduğunda açısından yeniden yargılamanın kaçınılmaz olduğunu söyleyebiliriz. Zira yukarıda ifade ettiğimiz objektif etki somut olayda mevcuttur. Anayasa Mahkemesinin ifade ettiği üzere "objektif etki", bir ihlal kararında yapılan "değerlendirmelerin benzer durumda olanlar yönünden etki doğuracağı" anlamına gelir.⁷⁹ Mahkemenin kendi kararı için yaptığı bu tespit, İHAM kararları için evleviyetle (*a priori*) geçerlidir.

Söz konusu ihlal kararının objektif etkisi, üç farklı hakla ilintili olarak mevcuttur:



⁷⁸ İstanbul 36. Ağır Ceza Mahkemesi, bunlardan başka,'in @..... kullanıcı adlı Twitter hesabından yaptığı paylaşımların da terör örgütü propagandası olduğu sonucuna varmıştır. Mütalaa talebi Yüksel Yalçınkaya kararıyla ilgili olduğu için bu noktaya girmiyoruz. Fakat konuyla ilgili olarak çok sayıda karar arasından bkz. Atilla Taş/Türkiye, 72/17, 19/01/2021; Ahmet Hüsrev Altan/Türkiye, 13252/17, 13/04/2021.

⁷⁹ İbrahim Er ve diğerleri [GK], B. No: 2019/33281, 26/1/2023, § 52.

1-) Suçta ve Cezada Kanunilik Yönünden

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi yönünden ulusal karar ile uluslararası karar arasındaki çatışma şöyle özetlenebilir:

Ulusal Karar	Uluslararası Karar
.....'in “terör örgütü üyeliği” suçu yönünden mahkûmiyetine neden olan başlıca ve belirleyici delil, (yargılama sürecindeki tespitlere göre) ByLock uygulamasının telefonunda yüklü olması ve bu uygulamayı kullanmış olmasıdır.	Sadece ByLock delili “Gülen Hareketi”/”Cemaat” ile bir “bağlantı”yı ortaya koyabilecekse de bu bağlantı, otomatikman FETÖ/PDY terör örgütü üyeliği sonucuna ulaştıramaz. Programı (i) örgütün üst düzeydekilerin kullanımı ile (ii) alt düzeydekilerin, hatta (iii) genel olarak dini bir yapı olarak “Cemaat”e mensup olanların kullanma biçimleri kategorik olarak aynılaştırılmaz. Mezkûr uygulamayı yüklemek/kullanmak, örgütü “silahlı terör örgütü” hâline getiren amaç ve yöntemlerin mutlaka farkında olduğu anlamına gelmez. Farkındalığın kanıtlanması gerekir, aksi hâlde şüpheden sanık yararlanır.

2-) Adil Yargılanma Hakkı Yönünden

Adil yargılanma hakkı yönünden ulusal karar ile uluslararası karar arasındaki çatışma şöyle özetlenebilir:

Ulusal Karar	Uluslararası Karar
.....'in mahkûmiyetine konu olan ByLock verilerinin MİT tarafından elde edilme sürecinde kanuni bir sorun yoktur. Söz konusu veriler, BTK'dan alınan CGNAT verileri ve HTS kayıtları ile doğrulanmakta; bu uzmanlarca da teyit edilmektedir.	ByLock verilerinin MİT tarafından elde edilme sürecinin güvenilirliği konusunda kanundaki usulü güvencelerde kuşku vardır. Dahası, bu verilerin mahkemelere tesliminden sonraki süreçte sanığın, (i) ham ve tüm materyale ulaşamamasının nedenlerine; (ii) ham verilerin içeriğinin ve bütünlüğünün doğrulanması için bağımsız bir uzmana başvurma isteğine; (iii) süreçteki diğer usuli endişelerine ⁸⁰ , (iv) yazışmaların içeriği ve iletişim kurduğu kişilerin listesine dönük istemlerine ilgili ve yeterli gerekçelerle karşılık verilmemiştir.

⁸⁰ ByLock kullanıcı listeleri arasındaki tutarsızlıklar; kullanıcı sayısı ile indirme listeleri arasındaki tutarsızlıklar; ByLock verilerinin MİT tarafından toplanması ile sulh ceza hâkimliğinin bunların incelenmesine yönelik müteakip kararı arasında, ByLock verilerinin zaten işlenmiş olduğu ve yalnızca istihbarat amacıyla değil, aynı zamanda başvuran da dahil olmak üzere şüphelilerin soruşturulması ve tutuklanması için suç delili olarak kullanıldığı; MİT'in ceza yargılamalarında delil olarak kullanılmak üzere veri toplama yetkisinin bulunmadığı; 9 Aralık 2016 tarihinde verilen mahkeme kararının bu şekilde toplanan delilleri geriye dönük olarak ‘hukuka uygun’ ve güvenilir kılamayacağı gibi...

3-) Örgütlenme Özgürlüğü Yönünden

Örgütlenme özgürlüğü yönünden ulusal karar ile uluslararası karar arasındaki çatışma şöyle özetlenebilir:

Ulusal Karar	Uluslararası Karar
.....'ın, FETÖ /PDY ile irtibatlı ve iltisaklı olduğu gerekçesiyle 676 sayılı KHK ile kapatılan Adalet ve Hukuk Derneği'nde Denetim Kurulu üyesi olması, terör örgütü üyeliğine delalet eder.	Geçmişte yasaklanmamış bir derneğe üyelik, “yasallık karinesi”nden yararlanır. Yasal bir derneğin suç teşkil eden faaliyetlerine ve kişinin bu dernek kapsamındaki suç teşkil eden eylemlerine dönük bir açıklama yapmaksızın sadece KHK'daki saptamaya atıf yapılarak mahkûmiyet kurulamaz.

Hülasa; benzer vakaların tamamında benzer usuli sorunlar bulunduğu gibi; maddi hukuk yönünden mesele şudur: Yargılama süreçlerinde ulusal makamların yoğunlaştığı nokta; kişinin, kamuoyunda “Cemaat/Gülen Hareketi” olarak bilinen, kamu makamlarınca uzun yıllar meşruluk atfedilen ve çok yönlü etkinliklerde bulunan yapıyla yoğun bağlantısı olmuştur. Fakat bu bağlantı, kategorik olarak FETÖ/PDY terör örgütü üyeliği anlamına gelmeyebilir. Çok ağır sonuçları olan bu tespitin yapılabilmesi için çok daha fazla kanıt (özel saik) gereksinim bulunmaktadır.

Öte yandan, Strazburg organlarının diğer yerleşik içtihatlarına göre bir avukatın, mesleğinin gereği olarak mevcut ve müstakbel müvekkilleriyle ilişkilerini geliştirme ereğinin olması doğaldır. Bu kapsamdaki ilişkilerin terör örgütü ile bağlantı biçiminde addedilmesi, hem avukatlık mesleğine hem de savunma hakkına dönük ağır bir müdahale anlamına gelecektir.⁸¹ Terör örgütü üyeliğiyle itham edilen kişilerin avukatını, müvekkilleriyle irtibatlı olmasından ötürü terör örgütü üyesi saymak bu alanda avukatla temsili yok etmese de ağır biçimde zedeler. Hukuk devletine aykırı bu yaklaşımdan kaçınılmalı ve avukatlık mesleğinin *sui generis* özellikleri hesaba katılmalıdır.

İşbu nedenlerle, anılan perspektifle yeniden yargılama yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

“Süper Temyiz Mahkemesi” Savaları Geçersizdir
Bu noktada bir ara not olarak, kamuoyundaki tartışmalarda ve bazı yargı kararlarında görülen “süper temyiz mahkemesi” argümanına dönük kısaca açıklama yapmak gerekmektedir. Bu argümanı ileri sürenlere göre İHAM bir “süper temyiz mahkemesi” gibi hareket etmiştir. Bu düşünce, söz konusu kavramın net anlaşılmadığını göstermektedir. Şöyle ki; “süper temyiz mahkemesi” (“<i>Superrevisions-Instanz</i>”) kavramı, Alman Anayasa Mahkemesinin 1958 tarihli <i>Lüth</i> kararına dayanmaktadır.⁸² Bu kavram İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi tarafından “dördüncü yargı yeri öğretisi” (“<i>Fourth-Instance-Doctrine</i>”) biçiminde kavramlaştırılmıştır. Bu öğretiye göre İHAM, ulusal makamların ilk üç derece (yerel-istinaf-temyiz) yargılamalarından sonra dördüncü bir temyiz/kanun yolu mercii değildir. Bu bakımdan İHAM, Sözleşme ile uyumsuz bir sonuç ortaya çıkmadıkça; bir kanunun yorumlanma şekline, delillerin değerlendirilme biçimine ve esasen bir kararın adil olup olmadığına dönük

⁸¹ İnsan Hakları İzleme Örgütünün (Human Rights Watch) bu konudaki raporu (Türkiye’de Avukatlar ve Adil Yargılanma Hakkı Saldırı Altında) için bkz. <https://www.hrw.org/tr/report/2019/04/10/328911>

⁸² BVerfGE 7, 198 (29).

değerlendirme yapamaz. Bu türden talepler bir nevi “kanun yolu” başvurusu olarak görülür ve açıkça dayanaktan yoksunluk kararı verilir.

Kaba hatlarıyla ortaya koyduğumuz bu öğreti, esasen “adil yargılanma hakkı” kapsamında uygulama bulur; diğer haklar yönünden uygulama bulmaz.⁸³ “Süper temyiz mahkemesi” veya “dördüncü yargı yeri” öğretisinin suçta ve cezada kanunilik veya örgütlenme özgürlüğü yönünden bir sonucu yoktur. Bu ve diğer maddi haklar açısından; İHAM ile diğer kanun yolu incelemeleri arasında (Alman anayasa hukuku profesörü Philip Kunig’in ifadesiyle) “keskin bir sınırın değil, geçişken bir ‘sınır hattı’nın mevcut olduğu” söylenebilir.

Adil yargılanma hakkı dışındaki haklardaki ayrım, konuyu inceleme yönteminde kendisini gösterir. İHAM’ın odağı ya ulusal makamların gerekçeleridir ya da yerleşik olarak uyguladığı testlere uygun davranılıp davranılmadığıdır. Kararın gerekçesindeki sonuç ile bu sonuca dayanak olan deliller arasında kurulan bağın ilgili ve yeterli olup olmadığı saptandığında ihlal kararı verilir. Keza her hakka özgü uygulanagelen testlerle (üç adım testi veya etkili soruşturmanın altı ilkesi vb.) uyumsuzluk varsa ihlal kararı verilir.

Adil yargılanma hakkı yönünden ise İHAM, ulusal makamların ulaştığı sonuç ile ilgilenmez, sürece odaklanır. İHAS md. 6’da sayılan ve içtihatla derinleştirilen ölçütlere uyuldukça, sonucun adilliği veya kanuna uygunluğu İHAM’ın odaklandığı bir husus olmaz. Bunun tek istisnası kanunun yorumunda “açık ve bariz takdir hatası” yapılmasıdır.

Somut olayda, “suçta ve cezada kanunilik ilkesi”ne ve “örgütlenme özgürlüğü”ne dönük ihlal saptaması açısından “süper temyiz mahkemesi” veya “dördüncü yargı yeri öğretisi”nin yeri zaten yoktur. Bu ihlal kararlarında, yerleşik testler uygulanmış, bunun keyfi olmadığı da önceki içtihatlarla bol miktarda atıfla ortaya konmuştur.

“Adil yargılanma hakkı”na dönük ihlal saptaması yönünden yapılan incelemede ise sonuçla ilgili bir belirlemeye gidilmemiştir. İHAM, bu yönden ihlal sonucuna ulaşırken, beş farklı bağlamda başvurunun taleplerinin karşılanmamasının usuli yönden sorun teşkil ettiğini saptanmıştır. Bu bağlamda “açık ve bariz takdir hatası” istisnasına da gidilmediği (bilakis ulusal makamların pek çok varsayımına saygı duyulduğuna atıf yapılmıştır) için bu hak yönünden de anılan öğretilerin yeri yoktur.

C-) USULİ ÇÖZÜM: YARGILAMANIN YENİLENMESİ USULÜ

Son olarak somut vakanın nasıl çözüleceği konusunda gelmek gerekir. Bu noktada çözüm, yargılamanın yenilenmesinden geçmekte görünmektedir. Fakat ondan önce “yeniden yargılama” ve “yargılamanın yenilenmesi” arasındaki farka değinmek lazım gelmektedir.

1-) Yeniden Yargılama Kavramının “Özerk Anlamı”

Öncelikle kavramsal bir kargaşa olmaması için insan hakları hukukunun kendine özgü kavramlarına açıklık kazandırmak gerekir. İnsan hakları hukukunda her kavramın kendine özgü anlamı vardır ve bu anlamlar, “özerk kavramlar öğretisi” başlığı altında toplanır. Bu öğretiye göre: İnsan Hakları Sözleşmesi sistemindeki kavramlar, ulusal hukuktaki anlamlarıyla değil, onlardan İnsan Hakları Mahkemesinin kendi kuralları ve Sözleşme’ye taraf farklı devletlerin hepsini birden kapsayacak biçimde özerk biçimde anlamlandırılır. Zira ulusal

⁸³ Bu tespit ve konuyla ilgili içtihadı ortaya koyan bir çalışma için bkz. Maija Dahlberg, “It is not its task to act as a Court of Fourth Instance: The Case of the European Court of Human Rights”, *European Journal of Legal Studies*, S. 7(2), s. 84-118.

hukuklar, kavramlara verilen anlamlar itibarıyla farklılık gösterebilir fakat ortak yükümlülükler ortak ve çatı bazı tanımlamaları gerektirir.⁸⁴

Konumuz bağlamında kullandığımız “yeniden yargılama” kavramı da böylesi bir yerde durur. Söz konusu kavram (Fransızca “*rejuger*”, İngilizce “*retrial*”), İHAM tarafından iç hukuktaki teknik ve dar anlamıyla kullanılmamaktadır.⁸⁵ Bazen “yeniden inceleme” (*re-examination*) veya “yeniden açılma” (*reopening*) sözcüğüyle ifade edilen bu kavram, bazı durumlarda iç hukuktaki (CMK md. 311) kullanılan anlamla (*reopening of criminal proceedings*) örtüşse de bunu aşan bir nitelik taşır.⁸⁶ İHAM ve Bakanlar Komitesi açısından bu kavramla kastedilen şey, ihlali giderecek usullerin hayata geçirilmesidir. Bunun hangi mevzuata dayanılarak, mevcut mevzuat ne yönde yorumlanarak veya hangi usulle gerçekleştirileceği bir iç hukuk meselesidir ve “takdir marjı” konusudur. İç hukukun öyle veya böyle buna uyumlu kılınması yükümlülüğü, tüm kamu erklerine birlikte düşmektedir.

Bu saptamanın net anlaşılması ve kıyas yapılabilmesi için örnek vermek gerekirse; İHAM’ın ihlal kararları sadece hükümlülerle ilgili verilmemektedir. Özellikle yaşam hakkı ve işkence yasağı gibi hakların usuli boyutunun ihlal edildiği sonucuna, “etkili soruşturma yükümlülüğü” (*the obligation to carry out an effective investigation*) yerine getirilmediği için karar verilmektedir. Fakat buradaki “soruşturma” (*investigation*) kavramı özerktir. Ceza hukukundaki “suç haberinin alınmasıyla başlayıp esas olarak savcı ve onun yardımcısı sıfatı ile adli kolluk tarafınca meydana gelen ve varlık sebebi kamu davasının açılmasına gerek olup olmadığının araştırılması” anlamının ötesinde, idari usulleri, kovuşturma aşamasını, hatta (caydırıcı olup olmadığı bağlamında) mahkûmiyeti ve ceza infaz süreçlerini dahi kapsar. Başka bir deyişle, ihlal faillerinin “cezasız” kaldığı her bağlam, etkili soruşturma yükümlülüğünün ihlal edildiği anlamına gelir.⁸⁷ Buna karşılık CMK’da (özerk anlamıyla) yeniden yargılama, “hükümlü lehine yargılamanın yenilenmesi” (md. 311) ve “kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın etkin soruşturma yapılmadan verilmesi” (md. 172/3) hâllerıyla sınırlı olarak düzenlenmiştir. Oysa İHAM, etkili soruşturma yükümlülüğünün ihlalini sadece “kovuşturmaya yer olmadığı” kararı bağlamında vermez. Bu türden ihlal kararları soruşturmanın/ceza yargılamasının çok uzun sürmesi, sanığa düşük ceza verilmesi ve hatta af kararı alınması üzerine de verebilmektedir. Hâl böyleyken soruna CMK hükümlerinin dar yorumlarıyla ve böyle daraltıcı yaklaşılabilecek olursa; bir işkence mağdurunun İHAM’dan aldığı ihlal kararının iç hukukta bir etkisinin olmaması gerekirdi. Keza, CMK md. 172/3 hükmünün Kanun’a 2013 yılında eklendiği⁸⁸ hesaba katıldığında, bu tarihten önceki cezasızlık sorunlarının İHAM tarafından tespit edildiği vakalarda devletin etkili soruşturma yapma yükümlülüğü olmadığı sonucuna ulaşmak gerekirdi.

Fakat iç hukuk uygulayıcısı buna mahkûm değildir. Uygulayıcılar, özerk kavramlar öğretisini akılda tutularak ve Anayasa’ya/Sözleşme’ye uygun yorum yöntemlerini kullanarak yaklaşmalıdır. Bu konuda Türk anayasal sistemi gerekli mevzuat ve uygulama temellerine sahiptir.

Şöyle ki; Anayasa’nın 90’ıncı maddesine göre:

⁸⁴ Eirik Bjorge, “Autonomous Concepts”, *Domestic Application of the ECHR: Courts as Faithful Trustees Domestic Application of the ECHR: Courts as Faithful Trustees* (OUP, 2015), s. 202.

⁸⁵ Kavramsal olarak, çok sayıda vaka içinde örneğin bkz. *Gencel/Türkiye*, 53431/99, 23/10/2003, §27; *Taydaş ve Özer/Türkiye*, 48805/99, 04/11/2004, §29; *Murat Yılmaz/Türkiye*, 48992/99, 24/06/2004, §23; *Dede Taş/Türkiye*, 62877/00, 10/11/2005, §22; *Aslan/Türkiye*, 63183/00, 22/12/2005. İngilizcesi için bkz. *San Leonard Band Club/Malta*, 77562/01, 29/07/2004, §70.

⁸⁶ Örneğin bkz. *Dicle ve Sadak/Türkiye*, 48621/07, 16/06/2015.

⁸⁷ Tolga Şirin, “Türkiye’de Cezasızlık Sorunu ve Anayasa Mahkemesi”, *Durmuş Tezcan’a Armağan – DEÜHFD*, C. 21, 2019, s. 1577-1606.

⁸⁸ 11/04/2013 tarihli ve 6459 sayılı ve “İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” (md. 19) için bkz. Resmi Gazete, 30/04/2013, S. 28633.

“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.”

Bu hüküm uyarınca İHAS hükümleri, kanunlardan üstündür. İHAS'ın bağlayıcı olduğunu söylediği (md. 46) İHAM kararları da bu üstünlükten yararlanmaktadır. Anayasa Mahkemesi bu gerçekten hareketle, bir İHAM kararı ile bir kanun hükmü arasında çatışma çıktığında İHAM kararının “zımni ilga” etkisi gösterdiğine karar vermiştir.⁸⁹

Mahkeme bununla kalmamış, bir İHAM kararının yerine getirilmemesinin İHAS'ın yanı sıra Anayasa'nın da ihlali anlamına geleceği sonucuna varmıştır.⁹⁰

Bu yaklaşım Yargıtay tarafından da paylaşılmaktadır. Yargıtay, 11. Ceza Dairesi, Birleşmiş Milletlerin Sınırışan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesi'nin, Türk Ceza Kanunu'nun kimi hükümlerini üstün saymış ve TCK hükmünü ihmal ederek davayı anılan Sözleşme hükümleri ışığında sonuçlandırmıştır.⁹¹

İdari yargıdan da benzeri türden örnekler pekâlâ verilebilir. Örneğin Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği md. 7/f hükmünde “yetkililerden izin almadan toplantılar düzenlemek” için disiplin yaptırımı öngörülmesi karşısında Bölge İdare Mahkemesi Anayasa md. 90'a da atıfla bu yaptırımı iptal etmiştir.⁹²

Anayasa md. 90'dan hareketle Sözleşme'yle uyumlu yorum yaklaşımı, İHAM kararlarının yeniden yargılama etkisi açısından da uygulama bulabilmektedir. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi'nde hemşire olarak çalışan bir kişinin, türbanlı olduğu için kamu görevinden çıkarılmasıyla ilgili bir dava buna iyi bir örnektir. Bu vakada; 1998 yılında görevinden çıkarılan davacı, benzer durumdaki bir başka davacının 2011 yılında Danıştay'dan aldığı bozma kararını emsal göstererek yeniden yargılama talebinde bulunmuştur. Danıştay bu olayda sorunu, Anayasa'nın md. 90/son hükmüne gönderme yaparak çözmüştür. Aynı sorundan mustarip bir başka davacının İHAM'da adil yargılanma hakkı ihlali kararı almasından hareketle başvurucunun da durumunun benzer olduğu çıkarımını yapan Mahkeme, yargılamanın yenilenmesine hükmetmiş ve yeniden yaptığı yargılamada emsal Danıştay kararından hareketle davayı kabul etmiştir.⁹³

2-) Somut Olayda Yargılamanın Yenilenmesi

Somut olayda Anayasa'ya/Sözleşme'ye/uluslararası hukuka uygun yorum ilkesinin uygulanmasında Anayasa'nın 90'ıncı maddesi anahtar önemi haizdir. Anayasa ve Anayasa Mahkemesi kararları herkes için bağlayıcıdır. Kanunlar karşısında temel hak ve özgürlüklerle ilgili uluslararası hukuka üstünlük tanıyan hükümler, icabında ulusal hukukun “zımnen ilga” edilmesi ve uluslararası hukukun doğrudan uygulanmasını gerekli kılmaktadır. Fakat bu son çaredir. Bundan önce, ulusal hukukun uluslararası hukuka uygun yorumu mümkün mü, bu sorgulanmalıdır.

Türk hukukunda, İHAM kararının yerine getirilmesi için hiçbir uygun norm olmasaydı dahi Anayasa md. 90'ın ve ilk bölümde aktardığımız mantık uyarınca uluslararası hukukun (ceza muhakemesi hukukunun olası eksik normlarına nazaran) doğrudan uygulanması gerekirdi. Öyle ki örneğin BM İnsan Hakları Komitesi kararları için açık bir hüküm olmamasına rağmen bu kararların gereğinin yapılması gerekir.

⁸⁹ Sevim Akat Eşki, B. No: 2013/2187, 19/12/2013, § 44.

⁹⁰ Sıddıka Dülek ve diğerleri, B. No: 2013/2750, 17/2/2016, §

⁹¹ Bkz. Yargıtay 11. Ceza Dairesi, E. 2014/8657, K. 2016/6223, T. 29/06/2016.

⁹² İzmir Bölge İdare Mahkemesi, 5. İDD, E. 2018/781, K. 2018/1171, T. 15/05/2018

⁹³ Danıştay 8. Daire, E. 2014/1805, K. 2015/4319 T. 06/05/2015.

Fakat böyle bir uygulamaya yönelmeden önce, yürürlükteki kanun hükümlerinin (sözcüğün özerk anlamıyla) yeniden yargılamaya imkân tanıyıp tanımadığının sorgulanması gerekir. Bu bağlamda öne çıkan norm, CMK md. 311'dir. Bu hükümde İHAM kararlarına bir gönderme olmasaydı dahi, ilk bölümde aktardığımız bilgiler uyarınca bir ihlal kararından sonra (özerk anlamıyla) yeniden yargılama sonucu çıkarmak meşru ve mümkün idi. Zira, maddenin (e) fıkrasına göre, şu koşul yargılamanın yenilenmesi nedenidir:

“Yeni olaylar veya yeni deliller ortaya konulup da bunlar yalnız başına veya önceden sunulan delillerle birlikte göz önüne alındıklarında sanığın beraatini veya daha hafif bir cezayı içeren kanun hükmünün uygulanması ile mahkûm edilmesini gerektirecek nitelikte olursa”

Uluslararası hukukta, mahkûmiyete dayanak olan bir delil açısından yapısal bir sorun belirlemesi yapılmış olması, bu koşulu kendiliğinden sağlamaktadır.

Öte yandan, CMK md. 311'in (f) bendinde de şu durum bir yargılamanın nedeni sayılmıştır:

“Ceza hükmünün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin ve hükmün bu aykırılığa dayandığının, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması veya ceza hükmü aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvuru hakkında dostane çözüm ya da tek taraflı deklarasyon sonucunda düşme kararı verilmesi.”

Bu hüküm İHAM kararının yeniden yargılama etkisini daha özel olarak düzenlemiştir. Hükmün yazılış tarzı, İHAM'ın ihlal kararının ceza hükmü verilen kişi için verilmiş olması durumuna özgüymüş gibi görünse de bu husus yoruma açıktır. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere yorum, uluslararası hukukun gereklerine uygun biçimde olmak durumundadır. Bu hükmün uygulanması ve/veya uygulanmayacaksa (e) bendinin uygulanmasında *“Bu hâlde yargılamanın yenilenmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde istenebilir.”* hükmünün kıyas için dikkate alınması zaruridir. Zira usul kurallarında kıyas yasak değildir. Bu bakımdan *“hukuk güvenliği ilkesi”* gereğince benzer davalarda yargılamanın yenilenmesinin süre sınırı, *“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl”* olacaktır. Bu bağlamda ilgili hukuk yolunun tüketilip tüketilmemiş olması vb. diğer kurallar yönünden olağan *“yargılamanın yenilenmesi”* kuralları uygulanabilir durumdadır.

Son olarak; söz konusu kararın İHAM tarafından İngilizce ve Fransızca dillerinde yayımlandığı dikkate alındığında ulusal yargıcın bu kararın Türkçesine erişmesi gerekmektedir. Bunun için (a) kararın yeminli bir tercüman onaylı çevirisinin sanık tarafından bizzat sunulması ve/veya (b) Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü bünyesindeki İnsan Hakları Daire Başkanlığı'ndan, 2992 sayılı Adalet Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun'da (madde 13(C)-j) yer alan *“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye Cumhuriyeti hakkında verdiği kararlar ile diğer ülkeler aleyhine verdiği kararlardan gerekli görülenlerin Türkçeye çevrilmesini sağlamak, bu kararları derlemek ve arşivlemek.”* görevinden hareketle çevirinin istenmesi ve/veya (c) Adalet Bakanlığı Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü'nden, Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 45'inci maddesinde ifade edilen *“Bakanlığın görev alanına giren konularda uluslararası antlaşmalar ve belgelerle ilgili olarak görüş bildirmek, yapılan çalışmalara ve görüşmelere katılmak, bu antlaşma ve belgeleri Türkçeye çevirtmek, derlemek, arşivlemek, bunları ilgili kurum ve birimlere iletmek”* yetkisine atıfla çevirinin istenmesi gerekmektedir.⁹⁴

SONUÇ

Yüksel Yalçınkaya/Türkiye kararı, açısından *“yargılamanın yenilenmesi”* koşulları oluşturmaktadır.

⁹⁴ Tolga Şirin ve Necdet Umut Ocan, “İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukukta Uygulanmasının Önündeki Pratik Güçlükler: İlgili Uluslararası Normu Bulma ve Türkçeleştirme Sorunu”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. 80, S: 1, s. 273 – 297.

Bu, takdiri bir mesele değildir; Anayasa'nın 90'ıncı maddesinin, 6366 sayılı "İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve buna Ek Protokolün Tasdiki Hakkında Kanun"'un yayımlandığı günden bu yana süregelen devlet iradesinin ve buna bağlı diğer kanunların ve tabii ki Anayasa'nın 2 ve 14'üncü maddelerinde Cumhuriyet'e atfedilen "insan haklarına saygılı/dayanan devlet" niteliğinin zorunlu bir sonucudur.

Bu sonuç uyarınca, CMK md. 311'in de bu çerçevede kavranması gerekir. İHAM önüne taşındığında ihlal çıkacağı ve tazminat olasılığının gündeme geleceği bir vakada kamu kaynaklarının ek zarara uğratılmaması konusunda yargı erki de dahil olmak üzere tüm kamu gücü kullanan erklere yükümlülük düşmektedir. Mezkûr mevzuat ve uluslararası hukukun gerekleri; usul ekonomisinin gözetilmesini ve insan hakları ihlali belirlemesi içeren bu "yeni olay"ın⁹⁵ yok sayılmamasını zorunlu kılmaktadır.

Sonuç itibarıyla başta yargı organları olmak üzere kamu gücü kullanan tüm kurum ve kuruluşlar, ihlal tespiti yapılan olguların mağdurlarını ihlalden önceki durumlarına dönmeleri (eski hâle iade) için gereken adımları atmalıdır. Yargıçlar açısından bu yöndeki ilk adım, yargılamanın yenilenmesi kurumunu çalıştırmak, ikinci adım da bu kararda ortaya konulan çerçeveye gözetilerek bir yargılama yapmaktır. Bu yeni yargılamada mevcut delillerden hareketle mahkûmiyet sonucuna ulaşamayacağını da önemle kaydetmek gerekir.⁹⁶

Doç.Dr. Tolğa Şirin

Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

⁹⁵ BM İnsan Hakları Komitesi kararları ile diğer uluslararası kaynaklar da hesaba katıldığında bunun çoğul dayanağı olduğu da düşünülebilir.

⁹⁶ Not etmek gerekir ki: İHAM veya AYM, sahip oldukları yetki gereği doğrudan doğruya "beraat" kararı verilmesi yönünde bir hüküm -prensip itibarıyla- kurmaz. Zira bu mahkemeler dosyadaki tüm delilleri inceleme yetkisini haiz değildir. Bu mahkemeler, ulusal makamların son kararına dönük olarak; doğrudan değil, dolaylı belirlemelerde bulunabilir. Somut olay açısından bu dolaylı belirleme, özel bir durum ortaya konmadıkça ve yeni bir somut delil bulunmadıkça, mevcut koşullarda ByLock deliline ve Tweetlere dayanarak kurulacak herhangi bir cezai mahkûmiyetinin yine yeniden bir ihlal doğuracağıdır.

HUKUKİ MÜTALAA

I. DAYANAK

Sanık [REDACTED] müdafii Av. [REDACTED] tarafından CMK m. 67/son ile düzenlenen uzman yardımından yararlanma hakkı çerçevesinde yapmış olduğu başvuru ekinde sunduğu dosya incelenmek suretiyle ulaştığımız kanaat aşağıda rapor olarak sunulmuştur:

İ. OLAY

FETÖ/PDY terör örgütü yapılanması ile ilgili olarak Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile bağlı kuruluşlarının personeline yönelik yürütülen soruşturma kapsamında Elektrik Üretim A.Ş. personeli olan sanık [REDACTED] FETÖ/PDY terör örgütü üyelerinin iletişim amaçlı olarak kullandıkları ByLock isimli kriptolu haberleşme programını, 23.08.2014 tarihinden itibaren yüklediği ve kullandığı, ByLock tespit ve değerlendirme tutanağına göre sanığın kullanıcı adı [REDACTED] olan [REDACTED] nolu ID'yi kullandığının tespit edildiği,

Sanıkla ilgili olarak Ankara İl Emniyet Müdürlüğü Terörle Mücadele Şube Müdürlüğü veri bankasından alınan rapor ile Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığından ve Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığından gelen bilgilere göre sanığın FETÖ/PDY Silahlı Terör Örgütü ile bağlantılı Anadolu Teknik Elemanlar Federasyonunun yönetim kurulu yedek üyeliği ve yönetim kurulu sekreterliği görevini, Enerji ve Çevre Derneğinin yönetim kurulu asil ve yedek üyeliği ile denetim kurulu asil üyeliğini ve Ufuk Enerji San. ve Madencilik Hizmetleri Memurları Sendikasının kuruculuğu ve genel başkan yardımcılığı görevlerini ifa ettiği, yine sanığın Asya Katılım Bankası A.Ş. nezdinde birçok hesabının bulunduğu ve bu hesaplarını aktif olarak kullandığı, hesabına üçüncü kişilerden çok sayıda para girişinin bulunduğu gibi üçüncü kişilere çok sayıda EFT ve havale işlemini gerçekleştirdiği, hesabın 22.06.2006 tarihine kadar kullanıldığı belirtilmiş, diğer yandan FETÖ/PDY Silahlı Terör Örgütü soruşturması kapsamında ifadesi alınan tanıkların beyanlarına da başvurulmuştur.

Sanık aşamalarındaki savunmalarında, kendisine ait [REDACTED] numaralı hattı 2009 ila 2017 yılları arasında kullandığını, ancak ByLock programını herhangi bir şekilde yüklediğini ve kullanmadığını, ByLock programı kapsamında yapılan yazışmalar hakkında bir bilgisinin bulunmadığını, Anadolu Teknik Elemanlar Federasyonu ile Enerji ve Çevre Derneğinde aktif olarak bulunmadığını, 2013 yılında Bank Asya'da bir hesap açtığını ancak herhangi bir talimat üzerine bu hesaba para yatırmadığını, normal bir banka olarak kullandığını, 2013'te açtığı hesabı 2014-2015 ve 2016 yıllarında da aktif olarak kullanmasının talimatla para yatırmadığı veyahut çekmediğini gösterdiğini, HTS kayıtlarında üst düzey imamlarla irtibatının olduğuna ilişkin olarak üst düzey yönetici olarak gösterilen kişilerden 247 kere görüştüğü [REDACTED] eyalet imamı olduğunu bilmediğini, dernekte genel sekreterlik yaptığı dönemde [REDACTED] yönetim kurulunda olduğunu, bu nedenle irtibat kurduğunu, il imamı olarak adı geçen [REDACTED] Melih Gökçek'in belediye başkanlığı yaptığı dönemde orada üst düzey bürokrat olduğunu, memurlara

işçilere kariyer planlaması seminerleri vermek üzere çağırdıklarını, irtibatının bunun üzerine olduğunu, bu kişinin imam olmasını bilmesinin mümkün olmadığını ileri sürmüştür.

III. ÇÖZÜMÜ GEREKEN SORUN:

Dosyada mevcut delillere göre sanık [REDACTED] FETÖ/PDY adlı terör örgütünün üyesi olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği çözümü gerektiren sorunu oluşturmaktadır.

1. FETÖ/PDY adlı Yapılanmanın TCK m. 314 kapsamında silahlı terör örgütü olup olmadığı:

Burada üzerinde durulması gereken, FETÖ/PDY'nin TCK m. 314 kapsamında bir örgüt olup olmadığı değil, sanığa yüklenen eylemlerin, onu örgüt üyesi saymak için yeterli olup olmadığıdır. Bunun için de öncelikle “*üyelik*” kavramına açıklık getirilmelidir.

2. Sanık [REDACTED] FETÖ/PDY adlı örgütün üyesi olup olmadığı:

A- Örgüt Üyeliği ile İlgili Genel Açıklamalar ve FETÖ/PDY Silahlı Terör Örgütü Üyeliği İçin Ortaya Konulan Kriterler:

Yargıtay kararlarında da vurgulandığı üzere¹, örgüt üyesi, örgüt amacını benimseyen, örgütün hiyerarşik yapısına dahil olan ve bu suretle verilecek görevleri yerine getirmeye hazır olmak üzere kendi iradesini örgüt iradesine terk eden kişidir. Örgüt üyeliği, örgüte katılmayı, bağlanmayı, örgüte hakim olan hiyerarşik gücün emrine girmeyi ifade etmektedir. Örgüt üyesi örgütle organik bağ kurup faaliyetlerine katılmalıdır. Organik bağ, canlı, geçişken, etkin, faili emir ve talimat almaya açık tutan ve hiyerarşik konumunu tespit eden bağ olup, üyeliğin en önemli unsurudur. Örgüte yardımda veya örgüt adına suç işlemede de, örgüt yöneticileri veya diğer mensuplarının emir ya da talimatları vardır. Ancak örgüt üyeliğini belirlemede ayırt edici fark, örgüt üyesinin örgüt hiyerarşisi dahilinde verilen her türlü emir ve talimatı sorgulamaksızın tamamen teslimiyet duygusuyla yerine getirmeye hazır olması ve böylece ifa etmesidir. Silahlı örgüte üyelik suçunun oluşabilmesi için örgütle organik bağ kurulması ve kural olarak *süreklilik*, *çeşitlilik* ve *yoğunluk* gerektiren eylem ve faaliyetlerin bulunması aranmaktadır. Örgüt üyesinin örgüte bilerek ve isteyerek katılması, katıldığı örgütün niteliğini ve amaçlarını bilmesi, onun bir parçası olmayı istemesi, katılma iradesinin devamlılık arz etmesi gerekir. Örgüte üye olan kimse, bir örgüte girerken kanunun suç saydığı filleri işlemek amacıyla kurulan bir örgüt olduğunu bilerek üye olmak kastı ve iradesiyle hareket etmelidir. Suç işlemek amacıyla kurulan örgüte üye olmak için saikin suç işlemek amacı olması aranır.

Öğretide de “*örgüte üye olmak*”tan anlaşılması gerekenin, örgütü kurma ve yönetme dışında kalan ve örgütün hiyerarşik yapısına dahil olarak, amacın gerçekleşmesine katkıda bulunmak veya katkıda bulunmaya yönelik iradeyi somut ve aktif olarak ortaya koymak olduğu belirtilmektedir. Üyelik için yalnızca örgütün amacının benimsenmesi yeterli olmayıp, bu amaca katkı sağlamak ya da en azından bu yönde bir iradeye sahip olmak da gerekir. Örgüt üyeliğinden söz edilebilmesi için, örgütün amacına yönelik bir katkının somut olarak sağlanmış olmasına gerek yoktur; gerektiğinde

¹ Birçoğu yerine bkz. Yar. 16CD., 26.10.2017 2017/1809 E., 2017/5155 K.; Yar. 3.CD., 9.11.2023, 2021/20419 E., 2023/8808 K.; Yar.3.CD., 25.10.2023, 2021/3556 E., 2023/7823 K.

o kişinin kullanılabileceğini bilmek üyeliğin kabulü için yeterlidir. Örgüte yapılan ya da yapılacak olan katkı maddi olabileceği gibi manevi de olabilir. Üyeler arasında bilgi alışverişini sağlamaya, istihbarat toplamaya, lojistik destek, örgütsel planlara katkı sağlamaya yönelik faaliyetler örgüt üyeliğinin kabulü için göz önünde bulundurulacak ölçütlerdir. Ancak her halde bu faaliyetlerin örgüt adına yapıldığı bilinci ile hareket edilmiş olmalıdır. Burada belirleyici olan, kişinin, örgütün bir parçasını oluşturduğu bilinciyle, örgütün varlığını sürdürmesi ve hedeflerine ulaşması için verilecek her türlü emir ve direktife açık olmasıdır. Örgüt üyelerinin birbirlerini ya da kurucu veya yöneticileri tanımaları gerekmez ise de, failin, bir örgüte, kendisiyle birlikte başka kişilerin de var olduğunu bilerek katılması gerekir.

B-AİHM'in Yüksel Yalçınkaya Kararı

a) Kanunilik İlkesi Açısından

Bu yapının terör örgütü olduğuna ilişkin olarak Yargıtay'ın ilk kararları 24.04.2017 ve 26.09. 2017 tarihli olup, öncesinde de Milli Güvenlik Kurulu'nun 26.05. 2016 tarihli bildirisinde yer verilmiştir. AİHM, ulusal mahkemeler tarafından temel alınan çeşitli ByLock raporlarının, başvuranın ByLock uygulamasına 3 ve 23 Ekim 2015 tarihleri arasında bağlandığını ve uygulamanın 2016 yılının başlarında kaldırıldığını gösterdiğine dikkat çekmiş, ayrıca, başvuranın Bank Asya'daki kuşku olduğu ileri sürülen hesap hareketlerinin esas olarak 28 Şubat 2014 ve 31 Aralık 2014 tarihleri arasında gerçekleştiğini belirtmiştir. Başvuran, Kayseri Gönüllü Eğitimciler Derneği ve Aktif Eğitim-Sen sendikası üyeliklerine ilişkin olarak, her ikisini de 23 Temmuz 2016 tarihli 667 numaralı Kanun Hükmünde Kararname ile kapatılmadan önce Haziran 2016'da sonlandırdığını belirtmektedir.

Bir eylemin iç hukukta açıkça suç olarak düzenlenmiş olması 7. maddenin amaçları bakımından yeterli olmayıp, mahkemelerin anılan kanuna uymaması veya belirli bir davada bu kanunu makul olmayan bir şekilde yorumlaması ve uygulaması, kendi başına Sözleşme'nin 7. maddesinin ihlaline yol açabilir. Başvuranın FETÖ/PDY üyeliğinden mahkûmiyeti ByLock mesajlaşma uygulamasını kullandığı iddiasından kaynaklanmaktadır. Ulusal mahkemeler ve Hükûmete göre, ByLock kullanımı mahkûmiyet için tek başına yeterli olup, başvurana atfedilen diğer eylemler yani Bank Asya'da bir hesap kullanması ile bir sendika ve bir derneğe üye olması - yalnızca bir doğrulama kaynağı olarak hizmet etmektedir. Ulusal mahkemeler tarafından ve Hükûmetin görüşlerinde, ByLock kullanımının silahlı terör örgütüne üye olma suçunun *fili unsuru* olarak görülmediği, yani ByLock kullanımının suç olarak kabul edilmediği ve yaptırma tabi tutulmadığı, ancak sadece suçluluğun tespiti için delil olarak kullanıldığı vurgulanmıştır. Bununla birlikte, ByLock uygulamasını kullanmış olmanın tek başına, paylaşılan *mesajların içeriğine veya paylaşımında bulunan kişilerin kimliğine bakılmaksızın*, iç hukukta tanımlandığı şekliyle silahlı terör örgütüne üyelik suçunun tüm kurucu unsurlarının varlığının kesin kanıtı olarak hizmet edeceği de açıkça belirtilmiştir. AİHM, bazı kullanıcılarının profiline ilişkin bulgular, şifresi çözülen iletişimlerin içeriği, FETÖ/PDY ile ilgili diğer soruşturmalarda şüpheliler tarafından verilen ve uygulamanın örgüt içinde kullanıldığını doğrulayan ifadeler ve uygulamanın lisans sahibinin, geriye dönük olarak, FETÖ/PDY'nin kullanımı için geliştirildiğini belirten ifadeleri göz önüne alındığında, ByLock'un sıradan bir ticari mesajlaşma uygulaması olmadığını kabul etmekle birlikte, TOK m. 314/2 uyarınca

cezalandırılan fiilin, iddia edildiği gibi sadece bir suç örgütüyle bağlantı değil, kanunda belirtilen kurucu - nesnel ve öznel - unsurlar temelinde tespit edildiği ölçüde, silahlı bir terör örgütüne üyelik olduğunu da kaydeder. Buna göre, yalnızca bir terör örgütü içindeki konumları, bu örgütün “üyeleri” olarak değerlendirmelerini gerektirecek bir düzeye ulaşmış olan kişiler, m. 314/2’den mahkûm edilebilir. Bu nedenle, ilgili kurucu unsurların ve özellikle de subjektif veya manevi unsurun, başvuran açısından, yürürlükteki kanunun gerekliliklerine uygun olarak usulüne uygun bir şekilde tesis edilip edilmediğini ve başvuranın davasında bu kurucu unsurların ulusal mahkemeler tarafından değerlendirilmesinin, söz konusu ceza hükmünün genişletici değil, öngörülebilir bir yorumunu ve uygulamasını temsil edip etmediğini doğrulamak Mahkeme’ye düşmektedir (benzer bir inceleme için bkz. *Korbeci*; yukarıda anılan, §§ 84 ve 85, ve *Naralı*; yukarıda anılan, §§ 59- 69).

Ulusal mahkemeler, ByLock’un 2014 başlarında faaliyete geçtiği göz önüne alındığında, örgütün yasadışı amaçlarının farkında olacak bir konumda olduklarını ve örgüt tarafından üyelerinin özel kullanımı için geliştirildiğini kabul etmiş ve bundan hareketle bu uygulamayı indiren ve tüm teknik zorluklara rağmen kullanan bir kişinin, örgütün iradesine tam olarak boyun eğdiğini ve hiyerarşisine teslim olduğunu gösterdiğini düşünmüşlerdir. Hükûmet, bu arka plan karşısında, başvuranın durumunda suçun manevi unsurunun gerçekleştiğini ve gerekli niyetin bulunmadığı gerekçesiyle TCK m. 30’un uygulama alanı bulmayacağını ileri sürmüştür.

AIHM, başvuranın sendika ve dernek üyeliği ile Bank Asya’daki hesabına atıfta bulunmasına rağmen, ilgili suçun tüm kurucu unsurlarının, başvuranın ByLock kullandığı iddiasıyla ortaya çıktığının düşünüldüğünü ve bunun silahlı terör örgütü üyeliğinden cezalandırılması için tek başına yeterli olduğunu belirtmektedir. Kuşkusuz, belirli bir delile verilen önem veya ağırlığın değerlendirilmesi, ilke olarak, Sözleşme’nin 7. maddesi uyarınca Mahkeme’nin yetkisi dahilinde değildir. Ancak AIHM, ByLock kullanımına ilişkin bulgunun, delil değerinin ötesinde, suçun maddi ve manevi unsurlarının varlığına ilişkin bireyselleştirilmiş bir bulgunun yerini aldığı ve böylece TCK m. 314/2 gerekliliklerini kanunilik ilkesine aykırı olarak atladığı kanaatindeydi. Mahkeme kararlarında, ByLock kullanımının, başvuranın FETÖ/PDY’nin cebir ve şiddet kullanarak ulaşmayı amaçladığı terörist amaçlar taşıdığını bildiği sonucuna doğrudan nasıl yol açtığı gibi, suçun özüne ilişkin bazı hususlara veya FETÖ/PDY’nin iradesine boyun eğdiğini, amaçlarını gerçekleştirmek için özel bir niyete sahip olduğunu ve hiyerarşisinin bir parçası olarak faaliyetlerine katıldığını veya ulusal hukukun gerektirdiği şekilde örgütün fiili varlığına veya güçlenmesine herhangi başka bir somut maddi veya manevi katkı sağladığına ilişkin anlamlı bir açıklama bulunmadığına işaret etmektedir. Ulusal mahkemeler ByLock’un sadece kullanılmasının otomatik olarak bu sonuçlara yol açtığını düşündüğü için, silahlı terör örgütü üyeliğinin tüm gerekliliklerinin (gerekli kasıt dahil) yerine getirildiğini tespit etmeden, bu uygulamanın kullanıcılarına cezai sorumluluk yüklemektedir. Mahkeme’ye göre bu durum, süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluğa dayalı organik bir bağın kanıtlanmasını ve çok özel bir manevi unsurun varlığını gerektiren söz konusu suçun özünü bağdaştırmamakla kalmayıp, aynı zamanda AIHS m. 7 uyarınca bir bireyin, kişisel sorumluluk unsurunun tesis edilebileceği manevi bir bağ olmaksızın cezalandırılmama hakkıyla da bağdaştırmamaktadır.

ByLock uygulaması “örgütsel iletişim” aracı olarak kullanılmakla birlikte, belirli bir sanığa ilişkin somut içerik veya diğer ilgili bilgilerin yokluğunda, bu tür kullanıcıların profilinden ve paylaşımlarından tüm kullanıcı tabanı için belirleyici sonuçlar çıkarmak sadece öngörülemez değil, aynı zamanda yasallık ilkesine ve bireysel cezai sorumluluğa da aykırıdır. ByLock kullanıcılarının “silahlı terör örgütü üyesi” olarak değerlendirilebilecek kişiler olduğunun bu kadar kesin ve otomatik bir şekilde tespit edilebileceğini anlamak zordur.

AIHM, başvuranın silahlı terör örgütüne üye olma suçundan mahkûmiyetine, iç hukukun gerekliliklerine ve m. 7 kapsamındaki korumanın özünde yer alan yasallık ve öngörülebilirlik ilkelerine aykırı olarak, söz konusu suçun tüm kurucu unsurlarının varlığı bireyselleştirilmiş bir şekilde usulüne uygun olarak ispat edilmeden hükmedildiğini tespit etmiş ve ulusal mahkemelerin sadece ByLock kullanımının, silahlı bir terör örgütüne bilerek ve isteyerek üye olmakla eşdeğer tutma yönündeki uygulamasını m. 7'ye aykırı bulmuştur.

Başvurana atfedilen diğer eylemlerin bu kişiyi terör örgütü üyesi olarak kabul etmekteki etkisi çok sınırlıdır. TCK m. 314/2 ve TMK'nın nasıl uygulanması gerektiğine ilişkin bu öngörülemeyen ve geniş yorum, sadece ByLock kullanımına dayalı neredeyse otomatik bir suç karinesi oluşturmaya ve başvuranın kendisini suçlamalardan aklamasını neredeyse olanaksız hale getirmesine yol açmıştır.

Türk hukukunda silahlı terör örgütüne üye olma suçu, o dönemde ve halen özel kastla işlenen bir suçtur. Bu nedenle, bazı spesifik subjektif unsurların varlığı olmazsa olmaz (*conditio sine qua non*) bir koşuldur. Buna rağmen, ulusal mahkemeler tarafından, TCK ve TMK'nın ilgili hükümlerinin geniş yorumlanması yoluyla, ByLock kullanımının silahlı terör örgütü üyeliği anlamına geldiğinin tespit edilmesi, başvuranın özel durumunda, iç hukuktaki suçun yasal tanımı kapsamında gerekli olan bilgi ve kastın varlığını tespit etmeye çalışmadan, ByLock kullanımına etkili bir şekilde objektif sorumluluk yüklenmesi ile AIHS m. 7'nin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

b) Adil yargılanma açısından

AIHM başvuruyu adil yargılanma açısından da incelemiş ve Mahkemenin delillerin kabul edilebilir ya da başvuranın suçlu olup olmadığını belirlemek görevi olmadığını, yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığını denetlemekle sınırlı bir görevinin olduğuna işaret etmiş; ve özellikle başvurana delillere itiraz etme ve kullanılmasına karşı çıkma fırsatı verilip verilmediğini incelemiştir. Adil bir yargılama çekişmeli yargılamayı ve silahların eşitliğini gerektirir; dolayısıyla, delillerin toplanması sürecindeki olası kusurlar AIHS m. 6/1 kapsamında incelenebilir. Bu incelemeyi yaparken Mahkeme, dava dosyasındaki diğer delillerin durumunu da dikkate alır ve söz konusu delilin yargılamanın sonucu açısından belirleyici olup olmadığına önem verir. Ulusal mahkemelerin kararını dayandırdıkları gerekçeleri yeterince belirtmeleri gerekir. Bu, başvurucunun ileri sürdüğü her argümana ayrıntılı bir cevap verilmesini gerektirmez ise de; karardan, davanın temel sorunlarının ele alındığı açıkça anlaşılmalıdır. Çekişmeli yargılama hakkı, bir ceza davasında hem iddia makamına hem de savunmaya, diğer tarafça sunulan görüşler ve ileri sürülen deliller hakkında bilgi sahibi olma ve yorum yapma fırsatı verilmesi gerektiği anlamına gelmektedir. Sanık savunmasını uygun bir şekilde yapma ve ilgili tüm savunma argümanlarını ilk derece mahkemesine sunma hakkına sahip olmalı ve böylece yargılamanın sonucuna etki edebilmelidir. Bu hak, savcılık

makamlarının, sanık lehine veya aleyhine ellerinde bulunan tüm maddi delilleri savunmaya açıklamasını da gerektirir. Sanığın kendisini aklamasını veya cezasının indirilmesini sağlayabilecek türden ayrıntılar içeren maddi delillerin savunmaya açıklanmaması, savunmanın hazırlanması için gerekli imkanların sağlanmasının reddedilmesi anlamına gelir.

Başvuran, MİT tarafından hukuka aykırı olarak temin edilmeleri nedeniyle delil olarak kabul edilemeyeceğini, bu verilerin, bütünlükleri ve delil değerlerine ilişkin endişelerin gerektiği gibi ele alınmadığını, buna rağmen silahların eşitliği ve çekişmeli yargılama ilkeleri göz ardı edilerek, mahkûmiyetine ilişkin belirleyici unsur olarak dayanıldığı ileri sürmüştür. AİHM, başvuru konusu olayda başvuranın silahlı terör örgütüne üye olma suçundan mahkûmiyetinin, kesin olarak ByLock uygulamasını kullandığı tespitine, bunun da esas olarak MİT tarafından elde edilen verilere dayandığını, geri kalan kanıtların yalnızca bir doğrulama kaynağı olarak hizmet ettiğini belirlemiş ve bu koşullar altında, bu delillere AİHS m. 6/T'deki güvencelere uygun olarak etkili biçimde karşı koymasının daha da önem kazandığının altını çizmiştir.

AİHM, internet tabanlı bir iletişim uygulamasının sunucusunda depolanan şifrelenmiş elektronik verilere de, AİHS m. 6/1 kapsamındaki güvencelerin uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Hayatın her alanında dijitalleşmenin artmasıyla birlikte elektronik delillerin ceza yargılamalarında her yerde bulunur hale geldiğini kabul etmektedir. Mahkeme, mevcut davada daha sonra yapacağı incelemeden bağımsız olarak, 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 belirtmektedir. Mahkeme ayrıca, elektronik delillerin, niteliği gereği geleneksel delil türlerinden birçok açıdan farklılık gösterdiğini belirtmekte ve değiştirilmeye veya manipüle edilmeye daha yatkın olduğu için farklı güvenilirlik sorunları ortaya çıkardığına işaret etmektedir. 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 hâkimlerin bu delillerin gerçekliğini, doğruluğunu ve bütünlüğünü tespit etme kabiliyetini azaltması nedeniyle yargı için özel zorluklar içerebileceğini yinelemektedir. Bununla beraber, özellikle şifrelenmiş ve/veya hacim ya da kapsam bakımından çok büyük veriler söz konusu olduğunda, elektronik delillerin ele alınması, kolluk kuvvetlerini ve adli makamları hem soruşturma hem de yargılama aşamalarında ciddi pratik ve usulü zorluklarla karşı karşıya bırakabilir.

Ancak tüm bu zorluklar, m. 6/T'deki güvencelerin, daha katı veya daha yumuşak olarak farklı bir şekilde uygulanmasını gerektirmez. Başvurana göre, MİT'in ByLock verilerini tam bir gizlilik içinde ve herhangi bir yargı denetimi veya CMK kapsamında öngörülen diğer usul güvenceleri olmaksızın elde etmiş ve işlemiş olması verilerin güvenilirliğini sorgulanır hale getirmiştir. AİHM, ulusal güvenliğe yönelik tehditleri öngörmek, önlemek veya bunlara karşı koymak için bir devletin etkili istihbarat ve güvenlik hizmetlerine ihtiyacı olduğunu ve istihbaratın da devletin terörle mücadelede sahip olduğu ana silahlardan birini oluşturduğunu, bu tür saldırıları önceden önlemede en son teknolojilere başvurularının günümüz terörizminin aldığı biçimlerin doğal bir sonucu olduğunu belirtmiştir. Bu amaçla toplanan verilerin ceza muhakemesinde delil olarak kabul edilip edilmeyeceği ve hangi koşullarda kabul edileceği konusunda görüş bildirmek Mahkemenin görevi

değildir. Bununla birlikte, bu tür bilgilerin toplanması veya işlenmesinin önceden bağımsız bir izne veya denetime ya da *olay sonrası (post factum)* adli incelemeye tabi olmadığı veya diğer usul güvencelerinin eşlik etmediği veya başka kanıtlarla desteklenmediği durumlarda, güvenilirliğinin sorgulanmasının daha muhtemel olabileceğini kabul etmektedir. AİHM, MİT'in veya diğer kamu makamlarının ByLock verileriyle ilgili olarak iyi niyetle hareket ettiğinden kuşku duymasını gerektirecek hiçbir objektif neden görmemektedir. Bununla birlikte, MİT Kanunu m. 4/1 ve 6/1'in bağımsız yetkilendirme veya gözetim de dahil olmak üzere, elektronik delillerin toplanmasıyla ilgili olarak CMK m. 134'de öngörülene benzer usulî güvenceler öngörmediği anlaşılmaktadır. Ankara 4. Sulh Ceza Hâkimliğinin ByLock verilerinin CMK m. 134 uyarınca incelenmesine yönelik müteakip kararı, *olay sonrası (post factum)* yargısal denetimini içermektedir. MİT'in ilgili verileri adli makamlara sunmadan önce aylarca elinde tuttuğu göz önüne alındığında, Mahkeme, başvuranın ByLock verilerinin güvenilirliğine ilişkin kuşkularının soyut veya temelsiz olmadığını belirtmiştir.

CGNAT verilerinin tek başına değil, ByLock sunucusundan elde edilen veriler ve HTS kayıtları ile birlikte değerlendirildiği göz önüne alındığında ByLock verilerinin MİT tarafından alındığı koşulların, adli makamlara teslim edilene kadar bütünlüklerini sağlamaya yönelik özel usulî güvenceler olmasa dahi başvuranın ByLock uygulamasını kullandığına ilişkin ulusal mahkemelerin tespitini sorgulamak için yeterli unsurlara sahip değildir .

Öte yandan başvuran esas olarak, MİT tarafından ByLock sunucusundan toplanan verilerin kendisiyle paylaşılmaması veya silahların eşitliği ve çekişmeli yargılama ilkelerine uygun olarak ve CMK m. 134/1 uyarınca bağımsız incelemeye sunulmaması nedeniyle ByLock delillerine gerektiği gibi itiraz edemediğini ileri sürmüştür. Başvuran, güvenilirliklerini ve bütünlüklerini doğrulamak, potansiyel olarak aklayıcı bilgilere erişmek ve ulusal mahkemeler tarafından mahkûmiyetini desteklemek için dayanan "münhasır" ve "örgütsel" kullanıma ilişkin argümanların doğruluğuna itiraz etmek için bu verilere erişmesinin gerekli olduğunu iddia etmiştir. AİHM, delillerin açıklanmasının mutlak bir hak olmadığını, ulusal güvenlikle ilgili kaygılar veya başkalarının temel haklarının korunması da dahil olmak üzere, delillerin savunmadan saklanması gerektirebilecek çeşitli nedenler olabileceğini, ayrıca delillerin elektronik ortamda yığınla toplanması durumunda, bu bilgilerin tamamının savunmaya açıklanması mümkün olmayabilir, hatta gerekli de olmayabilir. Bununla birlikte, bu koşullarda bile, AİHM, ByLock verilerinin paylaşılmaması nedeniyle başvuranın maruz kaldığı dezavantajlı durumun yeterli usulî güvencelerle dengelenip dengelenmediğini ve AİHS m. 6'nın gerektirdiği biçimde savunmasını hazırlamak için uygun bir fırsat verilip verilmediğini incelemelidir. Bu bağlamda ulusal mahkemelerin kararlarında başvuranın verilerin dava dosyasına kabul edilmesi talebi karşılıksız kalmıştır. Hükûmet tarafından AİHM'e sunulan ve ByLock kullanıcı listelerinin nasıl oluşturulduğu ve bireysel ByLock kullanıcılarına ilişkin ham verilerin neden izole edilemediği ve ilgili kullanıcılarla paylaşılmadığı konusunda daha fazla bilgi sağlayan tamamlayıcı analiz raporu, benzer biçimde aleyhindeki ceza muhakemesi sırasında başvurana sunulmamıştır. Mahkeme, ilgili verilerin başvuranla paylaşılıp paylaşılmayacağını, ne şekilde ve ne ölçüde paylaşılması gerektiğini belirleyecek konumda olmadığını kabul etmekle birlikte, başvurana ulusal mahkemeler tarafından ham verilerin - özellikle de kendisini ilgilendirdiği ölçüde - neden ve kimin kararıyla kendisinden saklandığına dair hiçbir açıklama yapılmadığının altını çizer. Dolayısıyla başvuran, bu 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 yoksun bırakılmıştır. İkinci olarak, başvuranın ham verilerin içeriğinin ve bütünlüğünün doğrulanması için bağımsız bir incelemeye sunulması istemi de ulusal mahkemeler tarafından dikkate alınmamıştır. AİHS m. 6 ulusal mahkemelere, sırf taraflardan biri talep ettiği için bilirkişi raporu alınmasını dayatmaz, bunun ilgili ve gerekli olup olmadığına karar vermek öncelikle ulusal mahkemenin görevidir. Mevcut olaylarda, ulusal mahkemelerin, ham verileri doğrudan incelemeye sunmadan, başvuranın suçluluğuna karar verirken MİT ve KOM tarafından sağlanan bilgi ve raporlara münhasıran güvenmeleri, özellikle ByLock verilerini ham haliyle incelemek için gereken teknik yeterlilikler göz önüne alındığında, yargılamaları adil olmayan hale getirmek için tek başına yeterli değildir. Bununla birlikte, söz konusu verilerin Aralık 2016'da adli makamlara sunulduğu sırada veya sonrasında bütünlüklerinin doğrulanması için incelemeye tabi tutulduğunu gösteren somut bir bilgi bulunmadığı göz önüne alındığında, Mahkeme, başvuranın bağımsız uzmanlar tarafından incelenmesini istemekte meşru bir menfaati olduğunu ve mahkemelerin kendisine uygun şekilde yanıt verme görevi olduğunu düşünmektedir. Bu bağlamda MİT'ten verilerin alınması üzerine adli makamlar tarafından alınan tedbirler, başvuranın endişesinin özü olan devir teslimden önce verilerin bütünlüğünün bozulup bozulmadığına ilişkin bir değerlendirme içermemektedir. Bu koşullar altında ve ham ByLock verilerinin başvuranın davası için kritik önemini bir kez daha hatırlatarak, ulusal mahkemelerin başvuranın bu tür bir bağımsız inceleme talebine karşılık vermemesi sorunludur. Ankara BAM tarafından görevlendirilen bilirkişi tarafından yapılan inceleme, halihazırda mevcut olan çeşitli rapor ve kayıtların değerlendirilmesiyle sınırlı olup, başvuranın talep ettiği gibi MİT tarafından elde edilen ham verilerin incelenmesini içermemektedir.

Üçüncü olarak, başvuran tarafından ByLock delilinin güvenilirliğine ilişkin endişelerine işaret etmek için ileri sürülen bir dizi diğer argüman (MİT tarafından yayınlanan farklı ByLock kullanıcı listeleri arasındaki tutarsızlık ile kovuşturulan kullanıcı sayısı ile indirme sayısı arasındaki tutarsızlık gibi) ulusal mahkemeler tarafından karşılıksız bırakılmıştır. Mahkeme, ilke olarak, savunmanın delillere doğrudan erişememesi ve bunların doğruluğunu ve güvenilirliğini ilk elden test edememesinin, ulusal mahkemelere bu konuları en kapsamlı incelemeye tabi tutma konusunda daha fazla sorumluluk yüklediğini düşünmektedir. Bu bağlamda, başvuran, ulusal mahkemeler önünde sürekli olarak, verilerin doğruluğunu ve bütünlüğünü sağlamak için çeşitli güvenceler öngören CMK m. 134 uyarınca ByLock verilerinin toplanmadığını veya kendisiyle paylaşılmadığını savunmuş ve böylece bu delillerin yalnızca hukuka uygunluğuna değil aynı zamanda güvenilirliğine de itiraz etmiştir. Ancak Mahkeme, veri toplama prosedürünün hukuka uygunluğunu ve başvuranın ByLock sunucusuyla bağlantı kurduğunu doğrulamak dışında, ulusal mahkemelerin sunucudan elde edilen verilerin bütünlüğünün başvuranın bireysel kullanımının ötesinde her açıdan özellikle 9 Aralık 2016 tarihinde adli makamlara iletilmeden önceki dönemde nasıl sağlandığı konusuna değinmediklerini belirtmektedir. Bu konunun ele alındığı başka herhangi bir karara veya prosedüre de atıfta bulunulmamışlardır. Daha spesifik olarak, ByLock verilerinin MİT tarafından toplanması ile sulh ceza hâkimliğinin bunların incelenmesine yönelik müteakip kararı arasında, ByLock verilerinin zaten işlenmiş olduğu ve yalnızca istihbarat amacıyla değil, aynı zamanda başvuran da dahil olmak üzere şüphelilerin soruşturulması ve tutuklanması için suç delili olarak kullanıldığı gerçeğini hesaba katmamışlardır. MİT'in ceza muhakemesinde delil olarak kullanılmak üzere veri toplama yetkisinin

bulunmadığı ve 9 Aralık 2016 tarihinde verilen 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.

Dördüncü olarak, ham verilerin başvuranla paylaşılması mümkün olmasa da taraflar arasındaki “adil denge” gerekliliği, en azından yargılamanın, başvuranın, özellikle bu uygulama üzerindeki faaliyetlerinin niteliği ve içeriği de dahil olmak üzere, kendisiyle ilgili deşifre edilen materyalin tamamı hakkında yorum yapmasına olanak tanıyacak şekilde yürütülmesini gerektirecektir. Bu bağlamda Mahkeme, Ankara BAM’ın KOM’dan başvuranın ByLock üzerinden yaptığı yazışmaların içeriğinin yanı sıra iletişim kurduğu kişilerle ilgili bilgi vermesini talep ettiğini not etmektedir. Ancak daha sonra, başvuranın mahkûmiyetinin kesinleşmesinden sonra dosyaya dahil edilen bu verilerin sunulmasını beklemeden kararını vermiştir. Başvuranın bu verilerin yokluğuna ilişkin itirazları da Yargıtay tarafından reddedilmiş ve temyiz kararının ayrıntılı ByLock bulguları ve değerlendirme raporunun sunulması beklenmeden verilmesinin sonucu etkilemediğine hükmedilmiştir.

AIHM, Yargıtay’ın bu tespiti yaparken, yargılama usulünün adilliğini incelemek yerine, sadece ceza davasının sonucuyla ilgilendiğini gözlemlemektedir. Başvuranın kendisiyle ilgili ByLock materyallerine - özellikle de mesajlarının ve bağlantılarının içeriğine - tam erişiminin sonucu etkileyip etkilemediğini belirlemek Mahkemenin görevi olmasa da, ByLock uygulamasının kullanımı ile ilgili çıkarımların geçerliliğine itiraz etmek de dahil olmak üzere savunma argümanlarını esaslı bir şekilde güçlendirmeye hizmet edebilecek olması göz ardı edilemez. Dolayısıyla Mahkeme, başvurana şifresi çözülmüş ByLock materyalleri hakkında bilgi edinme fırsatı verilmesinin, savunma haklarının korunması bakımından önemli bir adım teşkil edebileceği görüşündedir. Bu durum, bir kez daha, ByLock delillerinin başvuranın mahkûmiyetine yol açan ağırlığı göz önünde bulundurulduğunda daha da önem kazanmaktadır.

Beşinci olarak, AIHM savunmanın maruz kaldığı dezavantajlı durumun ulusal mahkemelerin ByLock delillerine ilişkin gerekçelerindeki eksikliklerle daha da arttığı kanaatinde. Yukarıda belirtildiği üzere, başvuran, kendisi hakkında ortaya atılan iddiaların doğruluğuna itiraz edebilmek, özellikle de ByLock uygulamasının “münhasıran” FETÖ/PDY üyeleri tarafından kullanıldığı veya “örgütsel” amaçlarla kullanıldığı iddiasını çürütmek için tüm ByLock materyallerine erişimin önemli olduğunu düşünmüştür. Bu koşullarda ve başvuranın, savcılığın elindeki ByLock verilerine dayanarak bu iddialara doğrudan itiraz edemediği ölçüde, ulusal mahkemelerin bunları yeterli ve ilgili gerekçelerle desteklemesi ve başvuranın bunların doğruluğuna ilişkin itirazlarını ele alması birincil öneme sahip olduğu halde, bu yapılmamıştır.

Başvuranın ByLock uygulamasını örgütsel amaçlarla kullandığı iddiası, herhangi bir özel maddi bulguya değil, ByLock’un “münhasıran” FETÖ/PDY üyeleri tarafından kullanıldığı varsayımına dayanmaktadır. Şifreli yapısı, diğer kullanıcılarla iletişime geçmek için gereken özel kurallar, VPN kullanma zorunluluğu ve içeriğin otomatik olarak silinmesi gibi uygulamanın teknik özellikleri yanında şifresi çözülen kullanıcı profilleri ve içerikler de bunu desteklemektedir. Bununla birlikte, Mahkeme, ByLock uygulamasının 2016 yılının başlarına kadar - yani yaklaşık iki yıl boyunca - herhangi bir kontrol mekanizması olmaksızın halka açık uygulama mağazalarından veya

sitelerinden indirilebildiğine dikkat çekmiş ve “örgütsel amaçlar” için kullanılıp kullanılmadığını doğrulamak için iddia edilen her kullanıcı için bu uygulama üzerinden gerçekleştirilen belirli faaliyetlerin incelenmesi gerektiğini belirtmiştir.

AIHM, MİT teknik analiz raporunda ByLock uygulamasının Google Play mağazasından 100.000’den fazla kez ve APK indirme sitelerinden 500.000 ila 1 milyon kez indirildiğine dair bulguları not etmektedir. Bu rakamları doğrulamak mümkün olmasa da *diğerlerinin yanı sıra* birden fazla cihaza indirme veya silip yeniden yükleme yapabilecek kişi sayısı göz önüne alındığında, ByLock sunucularında 215.092 kullanıcı olmasıyla tutarsız görünmediğini belirtmiştir. Ayrıca, başvuran tarafından sunulan bilirkişi raporuna göre, indirme işlemini takiben diğer kullanıcılarla iletişim kurmak için gereken konfigürasyonlar ve münhasırlık argümanını desteklemek için dayanan diğer birçok teknik özellik, kullanımı yalnızca belirli bir grupta sınırlandırarak nitelikte olmayıp, yaygın olarak kullanılan birçok başka uygulamada da bulunduğu, başvuranın ulusal mahkemeler önünde de dile getirdiği bir noktadır. Daha da ötesi, Anayasa Mahkemesi’nin *Ferhat Kara* kararında atıfta bulunulan bazı FETÖ/PDY şüphelilerinin ByLock’u “*cemaatteki arkadaşlarından*” duyduktan sonra bir uygulama mağazasından nasıl indirdiklerini ve kullanımının bir noktada *cemaat* genelinde nasıl yayıldığını açıklayan ifadelerine atıfta bulunarak, uygulamanın katı bir örgütsel hiyerarşi dışında da indirilip kullanılmış olabileceğini düşündürmektedir. Bu bağlamda, dönüm noktası niteliğindeki Yargıtay kararlarında ortaya konulan orijinal testte bir kişinin “*örgütün talimatıyla ağız dahil olduğunun*” *tespit edilmesi* durumunda ByLock kullanımının FETÖ/PDY ile bağlantıya kanıt teşkil edeceğini belirtmesine rağmen; ne Yargıtayın kendisinin ne de başvuranın özel davasındaki mahkemelerin daha sonra bu yönde ayrı bir değerlendirme yapmadıklarını vurgulamak önemlidir. Ayrıca, bu değerlendirmenin neden gerekli görülmediğine dair herhangi bir açıklama da yapmamışlardır.

Örgütün görünüşte katmanlı yapısı göz önünde bulundurulduğunda ByLock’un TCK m. 314/2 anlamında FETÖ/PDY’nin “üyeleri” olmayan hiç kimse tarafından kullanılmadığı ve kullanılamayacağına dair ulusal mahkemeler tarafından daha fazla açıklama yapılmasını gerekmektedir. AIHM belirtilen nedenlerle başvuranın aleyhindeki delillere itiraz etme ve savunmasını etkili ve iddia makamıyla eşit biçimde yürütme fırsatına sahip olmasını sağlamak için yeterli güvencelerin bulunmadığı kanaatinde. Ayrıca, ulusal mahkemelerin başvuranın özel ve ilgili taleplerine ve itirazlarına cevap vermemesi, savunma argümanlarına karşı duyarsız oldukları ve başvuranın gerçekten “dinlenmediği” konusunda meşru bir şüphe uyandırmıştır. Usulüne uygun olarak gerekçelendirilmiş kararların adaletin düzgün bir şekilde yerine getirilmesi açısından taşıdığı önem göz önünde bulundurulduğunda, ulusal mahkemelerin davanın özüne ilişkin hayati konularda sessiz kalması, başvuranın, mahkemelerin bulgularına ve ceza yargılamasının “sadece şekil yönünden” yürütülmesine ilişkin haklı endişeler duymasına yol açmıştır.

Dava dosyasındaki diğer deliller (başvuranın Bank Asya’da hesabının bulunması, sendika ve dernek üyeliği) FETÖ/PDY üyesi olduğu bulgusunu güçlendiren dolaylı unsurlar olarak öne sürülmüş ise de, AIHM, ulusal mahkemelerin kararlarında, bu faaliyetlerin, suç teşkil eden bir davranışa nasıl delil olabileceğine ilişkin tartışmanın yetersizliğine dikkat çekmektedir. AIHM, söz konusu faaliyetlerin, gerçekleştirildikleri tarihte, yasalık karinesinden yararlanan görünüşte yasal eylemler olduğunu ve

dahası, bir sendika ve bir dernek üyeliğinin başvuranın Sözleşme'deki haklarını kullanmasıyla ilgili olduğunu gözlemlemektedir. Dolayısıyla ulusal mahkemelerin, bu faaliyetlerin başvuranın silahlı bir terör örgütüne üye olduğuna ilişkin bulguyu nasıl güçlendirdiğini açıklığa kavuşturması gerekmektedir. Mahkeme, özellikle, başvuranın Bank Asya işlemlerine ilişkin sunduğu açıklamanın ulusal mahkemeler tarafından hiçbir zaman incelenmediğini veya başka bir şekilde ele alınmadığını not etmektedir. Tüm bu eksiklikler, demokratik bir toplumda mahkemelerin kamuoyunda uyandırması gereken güveni zedeleyici ve yargılamanın adillliğini ihlal edici etkilere sahip olup, AİHS m. 6/1 ihlal edilmiştir.

c) Örgütlenme Özgürlüğü Açısından

Başvuran, mahkumiyetinin yasal olarak kurulmuş bir sendikaya (Aktif Eğitim-Sen) ve bir derneğe (Kayseri Gönüllü Eğitimciler Derneği) üye olmasına dayanması nedeniyle AİHS m. 11'in ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Hükümet ise, başvuranın m. 11 kapsamındaki haklarına herhangi bir müdahalede bulunulmadığını, zira mahkûmiyetine dayanak teşkil eden belirleyici delilin ByLock kullanması olduğunu ileri sürmüştür. Ayrıca, başvuranın FETÖ/PDY'nin elebaşının talimatıyla Bank Asya'ya para yatırmış olması ve olağanüstü hâl sırasında alınan tedbirler bağlamında 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile kapatılan bir sendika ve derneğin üyesi olması yargı organları tarafından başvuranın üyeliğini sadece *destekleyici bir delil olarak* değerlendirilmiş ise de, bir sendika veya dernek üyeliğinin, bir kişiyi silahlı terör örgütü üyeliğinden mahkûm etmek için yeterli olmayacağını Yargıtay kararları da göstermektedir.

AİHM, başvurana atfedilen, sendika ve dernek üyeliği de dahil olmak üzere, diğer eylemlerin yalnızca bir doğrulama kaynağı olarak hizmet ettiği ve sonuç üzerinde çok sınırlı bir etkiye sahip olduğunu tespit etmiştir. Bununla birlikte mevcut davada olduğu gibi, silahlı terör örgütüne üye olma suçunun kurucu unsurlarını oluşturabilecek objektif gerekçelerin bulunmadığı durumlarda, ulusal mahkemeler tarafından- şiddet içermediği açık olan - ve ilke olarak Sözleşme tarafından korunması gereken - ifade veya eylemlerin ceza sorumluluğunun belirlenmesinde kullanılmasının ilgili haklara müdahale anlamına gelebileceğini belirtmektedir. Bu ifadelerin veya eylemlerin ceza yargılamasında kullanılmasının doğrulayıcı veya tamamlayıcı niteliği, bu sonucu ortadan kaldırmaz.

Söz konusu sendika ve derneğin, darbe girişiminin ardından FETÖ/PDY ile bağlantılı oldukları gerekçesiyle 667 sayılı KHK ile kapatılmadan önce yasal olarak kuruldukları ve faaliyet gösterdikleri ortak kabul görmektedir. Söz konusu sendika ve derneğin kapatılmasına neden olan eylemlerinin niteliğine ilişkin olarak mahkeme kararında herhangi bir açıklama yer almamakta ve FETÖ/PDY ile bağlantılı oldukları gerekçesiyle kapatıldıklarını gözlemlemekle sınırlı bir değerlendirmeye gidilmektedir. Mahkeme kararında, başvuranın bu yapılar içerisinde herhangi bir eylemde bulunup bulunmadığına ve eğer bulunmuşsa, bu eylemlerin niteliğinin ne olduğuna ilişkin herhangi bir açıklama da yer almamıştır. Ulusal mahkemeler, başvurucunun 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 değerlendirmemişlerdir. Bu tür unsurların bulunmadığı durumlarda, yalnızca başvuranın silahlı bir terör örgütüne üye olduğunu desteklemek için kullanılsa bile, söz konusu sendika ve derneğe üye

olmanın, yasallık karinesini çürütmek için yeterli değildir. TCK m. 314, bu hükmü yorumlayan içtihatlarda gerekli olan ve silahlı bir terör örgütüne üyeliği gösteren süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk kriterlerini karşılayan somut olgular bulunmadan suçun göstergesi olarak, her ikisi de o dönemde yasal olarak faaliyet gösteren bir sendikaya ve bir derneğe üyeliği içerecek şekilde öngörülemeyen biçimde genişletilmiştir. Belirtilen nedenlerle TCK m. 314/2'nin, başvuranın Aktif Eğitim-Sen ve Kayseri Gönüllü Eğitimciler Derneği üyeliğiyle ilgili olarak yorumlanma biçiminin, keyfi müdahalelere karşı gerekli asgari korumayı sağlamadığını ve bu nedenle AİHS m. 11'in ihlal edildiğini tespit etmiştir.

IV. Mevcut Kriterler Işığında Somut Olaya İlişkin Değerlendirmeler:

Öncelikle belirtmek gerekir ki, AİHM kararları ulusal mahkeme kararlarını ortadan kaldırmaz veya değiştirmez; yalnızca bunların Sözleşmeyi ihlal ettiğini belirler². Her ne kadar taraf devlet, iç hukukta Mahkeme kararının gereğinin ne şekilde yerine getireceğini belirlemede serbest ise de³; Sözleşmeye yönelik ihlal tespiti, taraf devlet için ihlali ortadan kaldırmak ve sonuçlarını gidermek yükümlülüğü altına koymakta ve “*olabildiğince ihlalden önceki durumun yeniden tesisini*” gerektirmektedir⁴. Kararların bağlayıcı etkisi, yalnızca aleyhine başvuru yapılan devlet bakımından söz konusudur (*inter partes*). Her ne kadar kararda ortaya konan görüş, objektif ve *erga omnes* etkiye sahip değilse de, verilen kararın diğer devletler bakımından *yönlendirici* bir fonksiyonu vardır. Gerçekten, AİHS'in içeriği AİHM'in verdiği kararlar doğrultusunda somutlaştığı için, Türkiye dışındaki Devletler bakımından verilen ilke kararlarının, Türkiye açısından sonuçlar doğurmadığını söylemek çok da gerçekçi olmayacaktır. Bu nedenle, Sözleşmeciler devletler ileride Sözleşmeye yönelik bir ihlalin kendileri bakımından da gündeme gelmesini engellemek için bir başka devlet aleyhine verilmiş de olsa, verilen karara göre hareket etmek zorundadırlar⁵.

AYM ve AİHM'in karşı karşıya kaldığı en önemli sorunlardan birisi de, üye devletlerin iç hukukunda ortaya çıkan yapısal ve sistematik sorunlardır. İAHM, kararlarının infazını düzenleyen AİHS m. 46'ya dayanarak aynı nitelikteki başvurular için *pilot karar* uygulamasını başlatmış, sonrasında da 14 No.lu Protokol'ün yürürlüğe girmesi ile birlikte bu uygulama pozitif dayanak kazanmıştır.

Bu açıklamalar ışığında her ne kadar AİHM'in Yalçınkaya kararı başvuranla ilgili olarak devlete ihlali ortadan kaldırma yükümlülüğü yüklemekte ise de; mahkemelerin önlerine gelen olayları bu kararda ortaya konulan ilkeler ışığında ele almamaları ileride olası başka başvurular açısından da ihlal rizikosunu yaratır. Bu nedenle Yalçınkaya kararının benzer olaylara bakan mahkemeler açısından *yönlendirici* etkisinin bulunduğunu göz ardı edilemez.

Somut olay bu açıklamalar ışığında ele alındığında, bu olayda da sanığın FETÖ/PDY adlı terör örgütüne üyeliğine dayanak olarak AİHM kararına konu olan başvuruda olduğu gibi,

² Rogge, EuGRZ 1996, s. 342

³ Zira Mahkeme, iç hukuk işleminin iptaline karar vermemekte, onun Sözleşme'yi ihlal edip etmediğini tespitle yetinmektedir.

⁴ Meyer-Ladewig, Art.46, no.7; Villiger, no.233

⁵ Itess, Georg, Wirkung und Beachtung der Urteile und Entscheidungen der Strassburger Konventionorgane, EuGRZ 1996, s. 350

1. ByLock adlı haberleşme programını, 23.08.2014 tarihinden itibaren yüklemesi ve kullanması,
2. FETÖ/PDY Silahlı Terör Örgütü ile bağlantılı olduğu ileri sürülerek KHK ile kapatılan Anadolu Teknik Elemanlar Federasyonunun yönetim kurulu yedek üyeliği ve yönetim kurulu sekreterliği görevini, Enerji ve Çevre Derneğinin yönetim kurulu asil ve yedek üyeliği ile denetim kurulu asil üyeliğini ve Ufuk Enerji San. ve Madencilik Hizmetleri Memurları Sendikasının kuruculuğu ve genel başkan yardımcılığı görevlerini yürütmesi,
3. Asya Katılım Bankası A.Ş. nezdinde birçok hesabının bulunması ve bu hesapları aktif olarak kullanması,
4. Üst düzey yöneticilerle iletişim kurulması,
5. FETÖ/PDY Silahlı Terör Örgütü soruşturması kapsamında ifadesi alınan kişilerin tanıklığı gösterilmiş olup, yukarıda ele alınan AİHM'in Yalçinkaya kararı ışığında somut olaya ilişkin bazı değerlendirmelere gidilecek ve sanığa yüklenen eylemlerin silahlı terör örgütünden mahkumiyeti için yeterli dayanak oluşturup oluşturmayacağı üzerinde durulacaktır.

1. Sanığın ByLock kullanıcısı olması

Buradaki sorun, sanığa yüklenen eylemler sırasında FETÖ/PDY adlı yapının TCK m. 314 anlamında bir terör örgütü olup olmadığı değil, bu örgüte üyelikten mahkum edilmesi için dosyadaki delillerin ne ölçüde yeterli olduğudur. Belirli bir eylem suç olarak düzenlenmiş olmakla birlikte, Mahkemelerin de anılan kanunu makul biçimde yorumlaması gerekir. Sanık [REDACTED]'ın ByLock adlı uygulamayı kullanması örgüt üyeliğinin en belirleyici delili olarak görülmüş ve kendisine yüklenen diğer eylemlerden (Bank Asya'da hesap sahibi olması, üst düzey yöneticilerle ilişkiler, sendika ve dernek üyeliği, tanık beyanları) yalnızca bir doğrulama kaynağı olarak yararlanılmıştır. AİHM'in yukarıda anılan kararında da vurguladığı gibi, ByLock uygulamasını kullanmış olmak, tek başına, paylaşılan *mesajların içeriğine veya paylaşımında bulunulan kişilerin kimliğine bakılmaksızın*, TCK m. 314/2 kapsamında silahlı terör örgütüne üyelik suçunun tüm kurucu unsurlarının varlığının kesin delili olarak değerlendirilmektedir. Bazı kullanıcıların profili, çözülen iletişimin içeriği, FETÖ/PDY ile ilgili diğer soruşturmalarda bu uygulamanın örgüt içinde kullanıldığını doğrulayan sanık ve tanık anlatımları göz önünde bulundurulduğunda, ByLock'un sıradan bir ticari mesajlaşma uygulaması olmadığı ve kullanımının *ilk bakışta* adı geçen örgütle bir tür bağlantıya işaret ettiği söylenebilir. Bununla birlikte TCK m. 314/2 uyarınca cezalandırılan eylem, bir suç örgütüyle bağlantıyı gösteren söz konusu uygulamayı kullanmak değil, silahlı bir terör örgütüne üyeliğidir. Bunun için de bir terör örgütü içindeki konumları, bu örgütün "üyesi" olarak değerlendirmeyi gerektirecek boyuta ulaşmış olan kişiler açısından TCK m. 314/2'deki suç oluşur.

Birçok kullanıcı gibi sanık [REDACTED] da ByLock adlı uygulamayı yüklediği iddiası, doğrudan FETÖ/PDY üyesi olduğu anlamına gelmez. AİHM'in yukarıda anılan kararında olduğu gibi bu olayda da sanığın sendika ve dernek üyeliği ile Bank Asya'daki hesabına da gönderme yapılmış ise de; sanığın ByLock kullanıcısı olması iddiasıyla TCK m. 314/2'nin tüm kurucu unsurlarının gerçekleştiğini söylemek ve silahlı terör örgütü üyeliğinden cezalandırmak için yeterli değildir.

ByLock kullanımı nedeniyle, suçun maddi ve manevi unsurlarının gerçekleştiğini, sanığın bu konuda özel kasta sahip olduğunu ve örgütün hiyerarşisinin parçası olarak maddi veya manevi katkı sağladığını göstermez. ByLock'un *yalnızca* kullanılmasının doğrudan ve otomatik olarak bu sonuçlara yol açtığı varsayımı ile belirli bir süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk gerektiren organik bir bağın varlığını ortaya koymadan silahlı terör örgütü üyeliğinin tüm gerekliliklerinin (gerekli kasıt dahil) yerine getirildiğini kabulle kullanıcıya ceza sorumluluğu yüklemek suçta ve cezada kanunilik ilkesi ile bağdaşmaz. TCK m. 314/2 anlamında silahlı terör örgütüne üye olma suçu, özel kastla işlenebilen bir suçtur. Sanığın iddianameye konu yapılan eylemlerinin suçun oluşması için aranan özel kasta dayandığı tespit edilmeden bu maddenin geniş yorumlanması suretiyle sanığın ByLock kullanmasının ve diğer eylemlerinin silahlı terör örgütü üyeliği anlamına geldiğine ilişkin tespitler AİHM kararında da vurgulandığı üzere, ona objektif sorumluluk yüklenmesi anlamına gelmektedir.

ByLock uygulamasının örgütsel bir iletişim aracı olduğu ve bunun da sanık tarafından bilindiği kabul edilse dahi, bu iletişim aracını kullanan sanığı, belirli başka kullanıcı profillerine ve paylaşımların içeriğine bakarak silahlı terör örgütü üyesi olduğunu kabul etmek ve bu aracı daha önce kullanmış olanlara neredeyse otomatik ceza sorumluluğu yüklemek yalnızca öngörülemez olmakla kalmaz, aynı zamanda kanunilik ilkesine ve ceza sorumluluğunun kişiselliği ilkesine aykırı düşer.

Öte yandan Yargıtay'ın da kabul ettiği üzere, farklı katmanlardan oluşan örgüt içerisinde alt katmanlara inildikçe, kişilerin, bu yapıyı terör örgütü olarak nitelendirmeyi gerektiren amacı ve bu amaca ulaşmak için şiddet yönteminin kullanacağını bildiğini ortaya koyan somut deliller gösterilmeden yalnızca ByLock adlı uygulamayı kullanması nedeniyle doğrudan ve otomatik biçimde "silahlı terör örgütü üyesi" olarak değerlendirilmesi suçta ve cezada kanunilik ve bu ilkenin gereği olan öngörülebilirlik ilkesine uygun düşmez. AİHM'in yukarıda anılan kararı ışığında dosya ele alındığında sanığa yüklenen ve aşağıda ele alacağımız diğer eylemlerin bu kişiyi terör örgütü üyesi olarak kabul etmekteki etkisinin sınırlı olması bir yana, özellikle Anayasa ve AİHS ile korunan örgütlenme özgürlüğü kapsamındaki dernek ve sendika üyeliği ve bunların faaliyetlerine katılması sanığı silahlı terör örgütüne üye olarak kabul etmek için yeterli değildir.

2. Tanık beyanları

Sanık [REDACTED] FETÖ/PDY adlı örgütün üyesi olduğuna ilişkin suçlamamın *tanık beyanlarına* da dayanması nedeniyle bu ifadeler üzerinde de durulmalıdır.

A) Tanık [REDACTED] anlatımları:

Kollukta, "...Enerji ve Çevre Derneğinde tanıştığım ve Enerji Bakanlığı'nda Elektrik Üretim A.Ş.'de mühendis olarak çalıştığımı bildiği, sonradan çalıştığı kurumdan ihraç edildiğini KHK'lardan öğrendiği [REDACTED] dernek duyurularını yapmak amacıyla kullanılan Whatsapp benzeri bir programdan bahsettiğini. Hatta bahsettiği programı kurumu tarafından tahsis edilen telefona yüklediğini... Ancak bu programın ByLock isimli program olup olmadığını bilmediğini. [REDACTED] 35-40 yaşlarında, zayıf, kısa boylu, sakalsız, bıyıksız ve siyah saçlı. Bal getirip satması sebebi ile [REDACTED] ili halkından olduğunu bildiği bir şahıs olduğunu..." söylemiş;

Duruşmada, "sanık [REDACTED] enerji piyasasından tanıştıklarını, enerji piyasası derneğinden gelen bir tanışıklıkları olduğunu, o dönemde Dicle Elektrik'te çalıştığını, ayda bir Ankara'ya geldiğini, çoğu zaman Diyarbakır ve Urfa'da olduğunu, geldiği dönemde bazen programlar olduğunu, Balgat'ta 3 katlı binası olan bu dernekte illegal bir faaliyet olmadığını, kendilerinin mesleki faaliyetlerle ilgili gelen duyurular üzerine gittiklerinde sanıkla orada tanıştıklarını, orada yine bir görüşme sırasında işte bir whatsapp benzeri bir uygulama olduğundan bahsedildiğini, dernekle ilgili duyuru, haber ve mesajların bu uygulama üzerinden geleceğinin söylendiğini ve ByLock olan bu uygulamayı google store'den indirdiğini, uygulamayı hiç kullanmadığını, işe yarayan bir uygulama olmadığı için 13 gün sonra da sildiğini, normal uygulama olarak değerlendirip o zaman yüklenmesine müsaade ettiklerini, uygulamaya girmediği için kimin ekli olduğunu bilmediğini, bu uygulamayı [REDACTED] [REDACTED] yüklediğini, [REDACTED] ya da bir başkasıyla bu program üzerinden herhangi bir haberleşmesinin olmadığını" ifade etmiştir.

Tanığın beyanına ilişkin olarak sanık [REDACTED] "dernek gündemlerinin bylock değil whatsapp'tan yapıldığını, Dernek duyurularını da zaten kendisinin yapmadığını, fazla program olması nedeniyle [REDACTED] büyük ihtimal karıştırdığını, [REDACTED] ByLock'u kendisinin yüklemeyi" belirtmiş, sanık müdafininin sanığın derneğe para yardımında bulunup bulunmadığı, mütevellî adlı bir görevi olup olmadığı sorusuna ilişkin olarak "dernekle ilgili toplantıların, genel toplantılar olduğunu, sanığın ayrıca bal ticareti yaptığını, o dönemde gelip gittiğini, kendisinin ayda ya da iki ayda bir toplantılara katıldığını, toplantılara bir üst düzey görevlinin gelip sunumlar yaptığını, dernek içerisinde mütevellî diye bir görevi olup olmadığını bilmediğini" ifade etmiştir.

Görüldüğü üzere, tanık, Bylock adlı programı sanığın kendi telefonuna yüklediğini ve kısa bir süre sonra da sildiğini belirtmiş, sanık ise bu iddiayı reddetmiştir. Sanık veya tanıklardan hangisinin anlatımının diğerine üstün tutulacağı, tüm delillerle yüz yüze gelen davaya bakan mahkemenin görevi olmakla birlikte, burada önemli olan nokta, [REDACTED] tanıkla ya da bir başka kişiyle bu uygulama üzerinden şiddeti teşvik eden veya demokratik bir toplumun temellerini reddetme olarak yorumlanabilecek herhangi bir içerik paylaşım paylaşmadığıdır. Yüklendikten kısa bir süre sonra uygulamayı sildiğine ve uygulama üzerinden kimse ile irtibat kurmadığına ilişkin tanığın anlatımı göz önüne alındığında bu anlatımlardan, sanık [REDACTED] silahlı bir terör örgütünün üyesi olduğu sonucuna varılması mümkün değildir.

B) Tanık [REDACTED] anlatımları:

Kollukta; "...Kılacak yeri olmadığı için derneğin (Enerji ve Çevre Derneği) kendisini daha önceden kirakadıkları bir eve yönlendirdiğini, bu evde [REDACTED] ile birlikte 2013 yılında 8 ay süreyle kaldığını, [REDACTED] abisi [REDACTED] mütevellî olduğunu bildiğini ve derneğe para verdiğine tanık olduğunu".

Duruşmada; "sanık [REDACTED] derneğinden tanıdığını, sanığın derneğe gelip gittiğini, bu derneğin FETÖ bağlantısına ilişkin olarak tanıdığı [REDACTED] adlı kişinin bağlantısı olduğunu, haftada ya da iki haftada bir toplantılar yapıldığını, ancak içeriğini bilmediğini, [REDACTED] ilgili olarak mütevellî olduğunu bildiğine ilişkin önceki ifadesi sorulduğunda, bunun ne olduğunu ve

ne anlama geldiğini bilmediğini. Derneğe devamlı gidip gelen arkadaşları müteveli dediği için böyle birşey kullandığını. kimin bunu dediğini de uzun zaman geçtiği için hatırlamadığını, para verdiğini de hatırlamadığını.” başkanın nasıl hatırlamıyorsun sorusu üzerine, “İşte para alışverişi oldu. Benimle de oldu dernekdeki arkadaşlarla da oldu. ...Dernekte [REDACTED] bey kendisi bal satıyordu. Onu biliyorum ben de bal aldım parasını da aldım parasını verdim... Bağışlamayı bilmiyorum. Bu [REDACTED] beyden para aldığını kesinlikle hatırlamıyorum ama. Onu neden dedim onu da bilmiyorum... ben sadece oradan bir kişiden para çektim ismini hatırlamıyorum yaşlı bir adamdı. Kurban parası diye... [REDACTED] beyden hatırlamıyorum başkanın para alıp verdiğini. Bal ifadesi doğru başkanın. Onu değiştirebiliriz kesinlikle hatırlamıyorum. Zan altına da girmek istemiyorum”, [REDACTED] sohbetlere katılırken görüp görmediğine ilişkin soruya “Toplantıları oluyordu. İçeri girmediğim için bilmiyorum” ifadesini kullanmıştır.

Sanık [REDACTED] sözünü ettiği dönemde yeni evlendiğini, ciddi kredi kartı borçları ve maddi sıkıntıları olduğunu burs, himmet aldı altında bir yardım vermesinin söz konusu olmadığını, sanık müdafii de, [REDACTED] daha önce müteveli diye beyan vermiş ise de, bunun tanımını bile bilmediğini, sanığın bal ticareti yapması nedeniyle başka hesaplara gönderdiği paranın bal parası olduğunu ileri sürmüştür.

Görüldüğü üzere, tanığın sanık [REDACTED] “müteveli” olduğuna ilişkin önceki ve duruşmadaki beyanları arasında çelişki bulunmakta olup, bu çelişki de, müteveli deyimine nasıl bir anlam verilmesi gerektiğine ilişkin tanığın bir bilgi sahibi olmamasından ve sadece “derneğe devamlı gitmes”nden hareketle sanık hakkında böyle bir nitelendirmede bulunmasından kaynaklanmaktadır. Her halde, sanık [REDACTED] dernek içerisindeki hangi faaliyetleri nedeniyle müteveli olarak değerlendirildiğine ve bunun doğrudan şiddeti teşvik eden veya demokratik bir toplumun temellerini reddeden bir davranışından kaynaklı olduğuna ilişkin somut bir delil gösterilmemiştir.

O) Tanık [REDACTED] anlatımları:

Kollukta, “Kendisiyle ByLock programı üzerinden irtibatlı olan ID nolu kişiyi “Bana göstermiş olduğunuz fotoğraflar arasında yukarıda 6 numara ile numaralandırılan ...şahsı hatırlayamadım. tanıyor olup olmadığını bilmiyorum” şeklinde ifademde beyan ettim ancak daha sonra tanıdığını hatırladım. Şahıs FETÖ PDY yapılanması içerisinde doktor olarak görevli [REDACTED] adlı FETÖ mensubu şahıstır” ifadesini kullanmış;

Duruşmada; “kendisi hakkında FETÖ kapsamında istinaf aşamasında olan yargılama sonucu ceza verilmesine yer olmadığı kararı verildiğini. 1-5 sene önceki ifadesini hatırlayamadığını. şu an sanığı sadece birkaç sefer gördüğünü bildiğini. kendisinin örgüt içerisinde ev imamlığı yaptığını. onun dışında yaklaşık 2 sene boyunca da bir askeri öğrenci ile ilgilendiğini. sanıkla ilgili doktor ifadesini asker kişilerle ilgili ne yapılması ve nasıl yaklaşılması gerektiği konusunda toplantı yapan kişilere doktor dendiği için kullandığını. sanığı da o toplantılarda gördüğü için öyle teşhis ettiğini. kendisi dışında böyle 2 kişi daha olduğunu. ancak isimlerinin aklında olmadığını. bu iki kişinin sanık olmadığını. ancak sanığın da geldiğini. orada sohbet edip düşüncelerini aktardığını. sanıkla ayda bir görüştüklerini. Halil diye adı aklında kalan bir kişi ile görüştüğünden sonra gelip kendilerine askeri

öğrencilerle nasıl görüşmeleri, onlara nasıl bir ortamda neler yapmaları gerektiği ile alakalı bilgiler verdiğini, ByLock üzerinden sanığın kendisi ile 5 kez irtibat kurmasına ilişkin olarak da bunun kendi üzerine alıp başkaları tarafından kullanılmış olabileceğini, ablasının eşi olan [REDACTED] ile de 130 irtibatının olduğu sorulduğunda, "eniştesi olduğu için kendisi ile görüştüğümü", doktor olan kişiyi araması gerektiğinde ankesörlü telefonla da aradıklarını, ancak kendi telefonlarından da yeri geldiğinde konuştuklarını, müdafii tarafından sorulması üzerine sanığı Halil adındaki kişinin doktor olarak tanıttığını, bunun 2012-2013 yılları arasında olduğunu, Halil olarak adı geçen kişinin kendilerine bu kişinin doktor olduğunu ve gelip kendileri ile muhabbet edeceğini söylediğini hatırladığını, Halil olarak adı geçen kişi madem böyle söyledi ise neden sohbetlerin devam etmediği ve bir iki kezle sınırlı kaldığı ve doktor olarak üstünde ve altında kimlerin olduğu, kimden emir ve talimat alıp kendisi dışında başka örgüt üyelerine de ilettiği sorusuna ilişkin olarak, altında ve üstünde kimler olduğunu gerçekten bilmediğini, kendilerinin daha çok "Halil Bey" ile görüştiklerini, "sanıkla bir iki kez denk geldiklerini, sanığı "Halil Bey" in doktor olarak tanıttığını, neden bir iki kezle kaldığına ilişkin sorunun yeniden sorulması üzerine, "Yani dediğim gibi kendisi bulunduğu konumlar itibarıyla ayda bir ya da iki ayda bir bu gibi toplantılara girdiğini diye **tahmin ediyorum**. Tamamen şu an **kendi düşüncem ile ifade ediyorum**. O zaman bize ayda bir denk gelmişti, bir iki sefer böyle görmüştüm yani ondan dolayı" cevabını vermiş, sorulması üzerine "Halil alt, [REDACTED] üst gibi yani o şekilde alt üst ilişkisi tarzı bir yaklaşımı yani saygı sevgi çerçevesinde o şekilde bir yaklaşımı olduğunu", hiç iki doktorun sohbet yapmış olup olmadığı, tek tek mi sohbet yaptığı, iki doktor gelip birlikte mi sohbet yaptığı sorusuna ilişkin olarak "...Halil Bey'in yanında ilk defa bir doktor vardı. O da bu ilgili kişi diye bize tanıtmıştı. Ondan öncesinde hiç bir şekilde bir doktorla görüşmem olmadı" cevabını vermiş; başkanı "Peki sanığın sizinle görüşme nedeni neydi? Yani takip ettiğin kişilerde bir sorun mu vardı? Yeni mi başlıyordunuz bu işe? Neydi ya neden sizle görüşme mesela Halil sizle görüşüyor normalde, neden sanıkla görüşme ihtiyacı hasıl oldu? Neden kaynaklandı bu?" sorusuna cevap olarak "...tamamen yani oradaki askeri öğrenci ile görüşmenin nasıl gittiği, askerin öğrencinin durumunu öğrenmek, işte gelip gitmesi düzgün mü, bunla alakalı bilgi almak ve geri bir araya geldiğiniz zaman işte neler yapıyorsunuz diye bu şekilde bir sadece bilgi almak için" dediği görülmüştür.

Tanığın beyanlarına ilişkin olarak sanık [REDACTED] tanığı ilk kez duruşmada gördüğünü, Halil diye birini zaten kesinlikle tanımadığını, beyanlarının gerçek dışı olduğunu, dernekte, sendikada tanığın söylediği askeri öğrencilerle ilgili işleri yapmış olsa, kod isim kullanması gerektiğini, mahrem yapılanmada doktor olduğu beyanına katılmadığını, kendisinin doktor olmadığını, mesleğini bilemeyecek kadar kendisini tanımadığını, zaten ilk ifadesinde de tanımadığını beyan ettiğini, doktor derneğinden sannuş olabileceğini ifade etmiştir.

Sanık müdafii, tanık olarak dinlenen [REDACTED] sanık hakkında kollukta verdiği ifadeyi hatırlayamadığını, ifadesini mahkemeye sorduğunu, mahkemenin de önceki ifadesi okunduğunda, "evet öyleydi" diye onayladığını, tanığın, sanığın doktor olduğuna ilişkin çelişkili beyanlarda bulunduğunu, [REDACTED] gerçekten doktor olsaydı, kendisini gerçek adıyla tanıtmamasının olağan bir durum olmadığını, Halil kod adlı kişinin kod adı kullanırken doktor olduğu söylenen sanığın kod adı kullanması olanağının bulunmadığını, tanığın sadece [REDACTED] abi ya da bey diye hitap etmesinden hareketle onun üstünde olabileceğine ilişkin bilginin tahmine dayalı olduğunu,

örgüt hiyerarşisindeki yerine veya kendisine ilişkin herhangi bir bilgiye sahip olmadığını. ifadesinde geçen Halil kod adlı kişiyi de teşhis edemediğini. devamlı görüştüğü. kaldı ki. Halil kendilerinden ilgilendikleri öğrencilerle ilgili bilgi alıyorsa. o zaman zaten orada bilgileri alan bir kişi varken [REDACTED] oraya gelmesinin bir amacının olmadığını ileri sürmüştür.

CMK m.212/1'de tanık, “bir hususu hatırlayamadığını söylerse önceki ifadesini içeren tutanağın ilgili kısmının okunarak hatırlanmasına yardım edileceği” belirtilmiş olup, bu düzenlemenin amacı, tanığın önceki ifadesinin etkisinde kalmadan gerçeğe uygun beyanda bulunmasını sağlamaktır. Bu nedenle de yalnızca “hatırlanmasına yardımcı olmak için” tutanağın “ilgili kısmı”nın okunması ile yetinilmesi gerekirken, olayda olduğu gibi, [REDACTED] kollukta verdiği ifadeyi hatırlamadığını ileri sürmesi üzerine, mahkeme başkanı önceki ifadeyi bütünüyle okuyup tanıktan bu beyanları sadece “onaylamasını” istemek CMK m. 212/1'e açıkça aykırıdır. Öte yandan tanığın “doktor” olarak tanığın gözleminin *örgüt hiyerarşisindeki yerine veya kendisine ilişkin herhangi bir bilgiye sahip dayalı olmadığını*, esasen sanığı *birkaç kez gördüğü* ve “Halil beyin yanındaki kişiyi doktor olarak tanıttığı” yönündeki anlatımları göz önüne alındığında sanık hakkında “doktor” olduğu yönündeki değerlendirmesinin doğrudan görgüye dayalı değil, *başkasından duyduğunu aktarma* biçiminde olduğu gözlenmiştir.

Dolayısıyla dinlenen tanıkların anlatımlarından da sanığın FETÖ/PDY adlı örgütün amaçlarını ve bu amaca ulaşmak için de şiddetli bir yöntem olarak benimsediğine ilişkin iradesine tam olarak boyun eğdiği ve hiyerarşisine teslim olduğu sonucuna varma olanağı bulunmamaktadır.

3. Bank Asya nezdindeki hesap hareketleri

İddianamede sanık [REDACTED] Asya Katılım Bankası A.Ş. nezdinde birçok hesabının bulunduğu ve bu hesaplarını aktif olarak kullandığı, hesabına üçüncü kişilerden çok sayıda para girişinin bulunduğu gibi üçüncü kişilere çok sayıda EFT ve havale işlemi gerçekleştirdiği, hesabın 22.06.2016 tarihine kadar kullanıldığı belirtilmiştir. Sanık ise 2013 yılında Bank Asya'da bir hesap açtığını ancak herhangi bir talimat üzerine bu hesaba para yatırmadığını, normal bir banka olarak kullandığını, 2013'te açtığı hesabı 2014-2015 ve 2016 yıllarında da aktif olarak kullanmasının talimatla para yatırmadığı veya çekmediğini gösterdiğini ileri sürmüştür.

Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere (Yar. 16.CD 4.12.2019, 2019/5983 E., 2019/7487 K.; Yar. 16.CD., 4.4.2019, 2019/2645 E., 2019/2318 K.) BDDK'nın 29.05.2015 tarihli kararı ile temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimi Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna devredilen ve 22 Temmuz 2016 tarihli kararı ile de 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 107. maddesinin son fıkrası gereğince faaliyet izni kaldırılıncaya kadar yasal bankacılık faaliyetlerine devam eden, FETÖ/PDY silahlı terör örgütü ile iltisaklı Asya Katılım Bankası A.Ş'de gerçekleştirilen *rutin ve mutad hesap hareketleri* örgütsel faaliyet ya da örgüte yardım etme kapsamında değerlendirilemez. Bu açıdan bakıldığında her ne kadar sanığın Bank Asya nezdindeki hesap hareketleri silahlı terör örgütü üyeliğini *destekleyici* bir unsur olarak kabul edilmiş ise de; sanığın bu hesap üzerinden yaptığı işlemlerin olağandışılık göstermediği yönündeki savunmasının aksine, Bank Asya nezdinde açılmış bir hesap üzerinden bazı işlemlerde bulunmasının bu kişiyi silahlı terör örgütü üyesi olarak nitelendirmekte yeterli olmadığı düşünülmüştür.

4. Üst düzey yöneticilerle ilişkiler

Sanığın dosyaya giren HTS kayıtlarına göre FETÖ/PDY'nin üst düzey imamlarla irtibatının olduğu belirtilmiş, buna ilişkin olarak da daha yoğun olarak [REDACTED] la ve yine [REDACTED] olan görüşmelerinden söz edilmiş ise de; sanık bu kişilerden [REDACTED] olan ilişkisini dernek sekreterliği yaptığı dönemde onun da yönetim kurulu üyesi olması ile açıklamış, üst düzey bürokrat olan [REDACTED] olan irtibatının ise kariyer planlaması seminerleri vermek üzere çağrılmalarından kaynaklı olduğunu belirtmiştir. Sanığın bu kişilerle olan görüşmelerinin şiddete teşvik veya demokratik bir toplumun temellerini reddetme olarak yorumlanabilecek herhangi bir içerik taşıdığına ilişkin olarak savunmasının aksini ortaya koyacak somut hiçbir delil gösterilmemiş, sadece bu kişilerle *telefon bağlantısı* kurmasından, örgüt üyeliğini destekleyici ve tamamlayıcı bir veri olarak yararlanılmıştır.

5. Dernek ve sendika üyeliği

Sanık [REDACTED] 23.7.2016 tarihinde çıkarılan OHAL sonrası KHK ile FETÖ/PDY ile bağlantılı olduğu gerekçesiyle kapatılan Anadolu Teknik Elemanlar Federasyonunun yönetim kurulu yedek üyeliği ve yönetim kurulu sekreterliği görevini, Enerji ve Çevre Derneğinin yönetim kurulu asil ve yedek üyeliği ile denetim kurulu asil üyeliğini ve Ufuk Enerji San. ve Madencilik Hizmetleri Memurları Sendikasının kuruculuğu ve genel başkan yardımcılığı görevlerini yürüttüğü ve anılan dernek ve sendikalar içerisinde aktif olarak faaliyet yürüttüğü, bu durumun sanığın da kabulünde olduğu konusunda bir duraksama bulunmamaktadır. Sanık *kişisel gelişimi ve uzmanlaşmak için bu derneklere üye olduğunu. 17 25 Aralık sürecinden sonra artık gidip gelmemeye, irtibatını kesmeye başladığını. aynı bakanlıkta birlikte çalıştığı [REDACTED] sendika kurmak teklifini "sendikaların genel hakları savunmadığı"nı düşündüğü için kurucu üye olduğunu ve sonrasında da istifa ettiğini*ileri sürmüştür.

Öncelikle sanığın suçlanmasına dayanak oluşturan belirleyici delil ByLock kullanıcı olması ve Bank Asya nezdindeki hesap hareketleri olup, sanığa yüklenen terör örgütü üyeliğini sadece *destekleyici bir delil olarak* anılan dernek ve sendika üyeliklerinden de yararlanılmıştır. Her ne kadar bu üyeliklerin sanığa yönelik suçlama açısından sınırlı bir etkiye sahip görünmekte ise de; silahlı terör örgütüne üye olma suçunun kurucu unsurlarını oluşturabilecek objektif gerekçelerin bulunmadığı durumlarda, şiddet içermediği açık olan ve gerek Anayasa ve gerekse AİHS ile korunması gereken ifade veya eylemler ceza sorumluluğunun belirlenmesinde kullanılamaz. Bunların yalnızca doğrulayıcı veya destekleyici niteliği, durumda bir değişiklik meydana getirmez. Söz konusu sendika ve dernekler darbe girişiminin ardından FETÖ/PDY ile bağlantılı oldukları gerekçesiyle 667 sayılı KHK ile kapatılmadan önce yasal olarak kurulmuş ve faaliyet göstermişlerdir. Söz konusu sendika ve derneklerin kapatılmasına neden olan eylemlerle ve sanığın da bu eylemlerle bağlantısına ilişkin bir açıklama iddianamede yer almamakta, FETÖ/PDY ile bağlantılı oldukları gerekçesiyle kapatıldıklarının belirtilmesiyle yetinilmektedir. Öyle ki, sanığın dernek ve sendika üyeliği bağlamında, şiddete teşvik veya demokratik bir toplumun temellerini reddetme olarak yorumlanabilecek herhangi bir eylemde bulunduğuna ilişkin somut bir delilin bulunmadığı durumlarda, silahlı bir terör örgütüne üyelik için destekleyici olarak dahi kullanılsa bir kişiyi terör

örgütü üyesi olarak nitelendirmek için yeterli değildir. Silahlı terör örgütüne üyelik için aranan süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk kriterlerini karşılayan somut olgular bulunmaksızın o dönemde yasal faaliyet gösteren bir dernek ve sendika üyeliğinin bu suçun işlendiğini gösteren bir yan delil olarak da kullanılsa, TCK m. 314 öngörülemez biçimde genişletilmiş olur.

V. SONUÇ

Yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda sanık [REDACTED] yüklenen ByLock kullanıcısı olmak, Banka Asya'daki hesap hareketleri, üst düzey yöneticilerle ilişkiler ile dernek ve sendika üyeliğinin bu kişiyi FETÖ/PDY adlı silahlı terör örgütüne üye olarak kabul edilmesi için gereken yoğunluk, süreklilik ve çeşitlilik içermediğine ve davaya bakan mahkemenin kararında AİHM kararında ortaya konulan ilkelerin bu karara konu olan olay bakımından da geçerli olduğuna ve bu durumun göz ardı edilerek sanığın TCK m. 314/2'den mahkumiyetine karar verilmesinin ileride AİHS m. 6, 7, ve II'i ihlal tehlikesi yaratacağına ilişkin görüşümü saygı ile arz ederim. 01.03.2024

Prof. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM

Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi