



İtalya İnsan Hakları Federasyonu Tarafından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ("AİHS") 36. Maddesi Uyarınca Sunulan Üçüncü Taraf Görüşü

Başvuru no. 14894/20, Gültekin Sağlam - Türkiye davası

Giriş

1. Bu görüşler, Bölüm Başkanı tarafından 7 Eylül 2021 tarihinde Mahkeme ("AİHM") İçtüzüğü Madde 44/3 uyarınca verilen izin uyarınca bildirilmiştir.
2. Bu görüşler, Türk yetkililer tarafından terörle mücadele hükmünün [**Türk Ceza Kanunu**'nun ("TCK") 314. Maddesi] kullanılması ve ByLock anlık haberleşme uygulamasının kullanımının suç kapsamına alınması şeklinde iki bölümden oluşmaktadır. Bu iki husus son derece önemlidir, çünkü 2013 ile 2020 tarihleri arasında TCK'nın 314. maddesi uyarınca toplam 420 bin suçlama yapılmış ve bugüne kadar 265 bin kişi bu madde uyarınca ceza almış,¹ 92 bin 769 kişiye ByLock uygulamasını kullandığı iddiasıyla kovuşturulmaya uğramıştır.²
3. **Gülen Hareketi** ("GH"), Türk hükümeti tarafından silahlı terör örgütü olarak kabul edilmekte ve "FETÖ/PDY" olarak adlandırılmaktadır. Türkiye dışında AİHS'e taraf hiçbir Devlet, GH'yi terör örgütü olarak tanımamıştır. GH'nin lideri Fethullah Gülen'dir ve Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesi, 2006 yılında Gülen'i anayasal düzeni değiştirmeye teşebbüs suçundan beraat ettirmiştir. 2008 yılında bu beraat kararı Türkiye'de Yargıtay 9. Ceza Dairesi ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından onanmıştır.³
4. Bu kararların ardından GH'nin toplum, siyaset ve hükümet üzerindeki etkisi artmış ve o dönemde Başbakan olan Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan 24.03.2014 tarihinde yaptığı bir konuşmada GH'ye istedikleri her şeyin verildiğini söylemiştir: "*17 üniversite kurmak için geldiler, hepsini onadım. Okullar için yer istedi, verdik. Uluslararası camiada davet ettiler, devlet hükümet başkanlarına bunları refere ettik. Olimpiyat dediler, her türlü desteği verdik.*"⁴ Bu husus, Mahkeme önündeki konular açısından önemli olabilir, çünkü GH o dönemde yasal ve meşru bir örgüt olarak kabul ediliyordu. Öte yandan, 2016 yılındaki darbe girişiminin ardından Cumhurbaşkanı Erdoğan, "*Bu hain örgütün gerçek yüzünü çok daha önceden ortaya dökememiş olmanın üzüntüsü içerisindeyim. Rabbim de milletim de bizi affetsin*"⁵ diye konuşmuştur.
5. **GH'nin terör örgütü olarak tanınması:** Türk hukukunda bir grubu terör örgütü olarak tanıma yetkisi Anayasa'nın 138. maddesi uyarınca münhasıran yargıya aittir. Türk hükümeti, **Milli Güvenlik Konseyi**'nin ("MGK") darbe girişimi öncesinde 26 Mayıs 2016 tarihinde GH'yi terör örgütü olarak ilan ettiğini ileri sürse de⁶ bu iddia yanlıştır, çünkü 2945 sayılı Kanun

1 Abuse of the Anti-Terrorism Provision by Turkey is steadily increasing (2013-2020) (Türkiye'nin Terörle Mücadele Yasası istismanı giderek artıyor), <https://arrestedlawyers.org/2021/06/10/abuse-of-the-anti-terrorism-laws-by-turkey-is-steadily-increasing/>

2 FETÖ'den 612 bin kişiye işlem (Yeni Şafak), <https://www.yenisafak.com/gundem/fetoden-612-bin-kisiye-islem-3587006>

3 Esas No. 2008/9-82, Karar No. 2008/181, Tarih: 24.6.2008. Mahkeme "suç teşkil eden eylemi tespit edilmeyen, maddi unsuru sübut bulmayan ve unsurları oluşmayan atılı suçtan sanığın beraatına karar vermek gerekmiş" diye hükmetmiştir.

4 Erdoğan Trabzon'da konuştu (Hürriyet), <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/erdogan-trabzonda-konustu-26075452>

5 Rabbim de milletim de bizi affetsin (NTV), <https://www.ntv.com.tr/turkiye/rabbim-de-milletim-de-bizi-affetsin,a-10dDB6SEucoS9ZT8sSmQ>

6 Türkiye - Türkiye Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan Tezkere, CDL-REF(2016)067-e, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-REF\(2016\)067-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-REF(2016)067-e)



(+39)0645493487



segreteria@fidu.it



Via Boezio, 14 - 00193 Roma



uyarınca MGK'nın buna yetkisi yoktur ve her halükarda MGK kararları gizli kararlardır ve MGK'nın söz konusu bildiri açık şekilde GH'den bahsetmemektedir.⁷

6. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Başkanı Mehmet Yılmaz, 22.9.2016, 21.10.2016 ve 22.11.2016 tarihlerinde yaptığı açıklamalarda GH'nin nasıl tanımlanacağı konusunda yargı çevrelerinde hem şüphe hem de ihtilafın olduğunu kabul etmiştir. Yılmaz'ın açıklamaları şu şekilde özetlenebilir: "GH'nin silahlı terör örgütü olup olmadığı konusunda şüphe ve ihtilaf vardı. 15 Temmuz'da açık ve net olarak silahlı terör örgütü olduğu ortaya çıktı."⁸⁹

7. GH'yi silahlı terör örgütü olarak ilan eden ilk net ifadeli karar, 26.09.2017 tarihinde Yargıtay Ceza Daireleri Genel Kurulu'ndan geldi.

8. 20 Şubat 2021 tarihinde İçişleri Bakanı Süleyman Soylu, 622 bin 646 kişi hakkında GH ile bağlantılarından dolayı silahlı terör örgütüne üyelik iddiasıyla soruşturma açıldığını ve bu kişilerin 301 bin 932'sinin polis tarafından gözaltına alındığını söyledi.¹⁰

II. Terörle mücadele hükümlerinin Türk makamlarınca kullanılması

(1) Kapsam: Türk Ceza Kanunu'nun ("TCK") 314. Maddesi

9. Bu görüşün kapsamı, Türkiye'nin ana ve en sık uygulanan terörle mücadele hükmü olan TCK'nın 314. Maddesine ilişkindir. TCK'nın 314. Maddesinin 1. ve 2. paragraflarında silahlı terör örgütü kurma, yönetme ve üye olma 22,5 yıla kadar hapisle cezalandırılmaktadır.¹¹ Bu hüküm şöyledir:

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

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

(2) 314. Madde uyarınca yürütülen kovuşturmalar hakkındaki istatistikler

10. Türk Adalet Bakanlığı'nın istatistiklerine göre savcılarının TCK'nın 314. maddesini kullanımında sürekli bir artış yaşanmıştır; TCK'nın 314. maddesi uyarınca 2013 yılında 8 bin 416 suçlama, 2017 yılında 146 bin 731 suçlama, 2018 yılında 115 bin 753 suçlama, 2019 yılında 54 bin 464 suçlama ve 2020 yılında 33 bin 885 suçlama yapılmıştır. Bu istatistikler, Türk savcılarının 2013 ile 2020 yılları arasında TCK'nın 314. maddesi uyarınca toplam 420 bin suçlamada bulunduğunu ve 2016 ile 2020 yılları arasında 265 binden fazla kişinin aynı madde uyarınca ceza aldığını ortaya koymaktadır.¹²

11. Bu bulgular, İçişleri Bakanı'nın 8. paragrafta bahsedilen açıklamasıyla uyumludur. Bunun sonucunda Türkiye, bir **Avrupa Konseyi ("AK")** raporuna göre terörle ilgili suçlardan ceza almış en büyük mahkum nüfusuna sahiptir. Bu rapora göre AK üye devletlerinde terörizmden

7 Türkiye'nin Yeni Olağanüstü Hali (2016-2018) ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve BM Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme Uyarınca Hukuka Uygunluğu (29 Nisan 2019). Avrupa Araştırmaları Enstitüsü, 2019, <https://ssrn.com/abstract=3567095>.

8 <https://www.sabah.com.tr/gundem/2016/11/22/itiraf-cilar-icin-ozel-ekip-kurduk>, <https://www.haberturk.com/gundem/haber/1313309-hsyk-baskanvekili-mehmet-yilmaz-fetoyu-itiraf-etsinler-ihrac-etmeyecegiz>, <https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/hsyk-ihraclarin-neden-darbeyi-bekledigini-acikladi-604177>

9 The Turkish Judiciary's Violations of Human Rights Guarantees (Türk Yargısının İnsan Hakları Güvencelerini İhlalleri), VerfBlog, <https://verfassungsblog.de/the-turkish-judiciarys-violations-of-human-rights-guarantees/>

10 Anadolu Ajansı, <https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/icisleri-bakani-soylu-garaya-giden-hdpli-vekili-acikladi/2151784>

11 TCK'nın 314. Maddesi uyarınca verilen ceza, Terörle Mücadelesi Kanunu'nun 5. Maddesi uyarınca yarı oranında arttırılacaktır.

12 Bkz. Dipnot 1.



dolayı ceza almış toplam 30 bin 524 mahkumun 29 bin 827'si Türk hapishanelerinde bulunmaktadır.¹³

(3) Kanunsuz ceza olmaz, geriye dönük cezanın yasaklanması, öngörülebilirlik ölçütü ve hukuk kalitesi ilkelerine ilişkin hususlar

12. AİHM içtihat hukukuna göre 7. madde *diğer şeylerin yanında* suç ve cezanın kanunla tanımlanabileceği ilkesini ve ceza hukukunun söz gelimi kıyas yoluyla sanığın zararına olacak şekilde kapsamlı olarak yorumlanmaması gerektiği ilkesini içerir. Bir suç ve bu suça yönelik yaptırımlar açık şekilde kanunla tarif edilmiş olmalıdır. Bir kişi ilgili hükmün lafzından ve gerekirse mahkemelerin bu lafzı yorumlama şeklinden yararlanarak hangi eylem ve ihmallerin kendisine cezai sorumluluk getireceğini bilebilir.

13. Bir şeyin "kanunla öngörülmüş" olması öngörülebilirlik gerektirir. AİHM'in görüşünce bir düstur, insanların davranışlarını düzenlemesine imkan verecek yeterli kesinlikle düzenlenmemişse bir "kanun" olarak kabul edilemez. Kişiler, bir eylemin doğurabileceği sonuçları koşullar elverdiğince öngörebilmelidir. Hukuk kalitesi ise iç hukukun, yetkililerin hangi durum ve koşullarda kişilerin Sözleşmeden kaynaklanan haklarını etkileyecek önlemlere başvurma haklarının olduğunu kişilere yeterli şekilde göstermek üzere yeteri kadar öngörülebilir olması gerektiğine işaret eder. (*Güler ve Uğur - Türkiye kararı*, no. [31706/10](#) & [33088/10](#)).¹⁴

14. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin İnsan Hakları ve Terörle Mücadele Rehberi, terörle mücadele önlemlerinin kanuna uygun olmasını ve kesin şekilde tanımlanmasını zorunlu tutmakta ve keyfiliği yasaklamaktadır.¹⁵

15. Kanuni tanımın olmaması: Ne TCK'nın 314. maddesi ne de başka bir hüküm, "silahlı terör örgütüne üyelik" konusunda net bir tanım içerir. **Venedik Komisyonu'nun** ("VK") bildirdiği üzere Yargıtay, bir bireyle söz konusu silahlı terör örgütü arasında bir üyelik ilişkisinin kurulup kurulmadığını belirlemeye yarayacak kriterler oluşturmaya çalışmıştır.¹⁶ Bu kriterler "*süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk*" ve "*'bilerek ve isteyerek hiyerarşik yapıya' dahil olma*"¹⁷ olarak belirtilebilir. Ancak bu terimler de herhangi bir kanun ya da yargı kurumu tarafından net şekilde tanımlanmamıştır.

16. Yargıtay tarafından uygulanan kriterler kanunda tanımın olmamasını telafi edebiliyor mu?: TCK'nın 314. maddesine ilişkin 15 Mart 2016 tarihli görüşünde VK şunları dile getirmiştir: "*Hükümet dışı kaynaklara göre 314. maddenin uygulanması bağlamında ülkedeki mahkemeler birçok durumda bir kişinin silahlı terör örgütüne üyeliğine, son derece zayıf kanıtlara dayanarak karar veriyor; bu da 314. maddenin uygulanmasının öngörülebilirliğine ilişkin soru işaretleri doğuruyor.*"¹⁸ VK, şu tavsiyede bulunmuştur: "*öncelikle, ... Yargıtay içtihat hukukunda yerleşik kriterler (bir sanığa atfedilen eylemlerin, "süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk" açısından söz konusu kişinin bir örgütle olan "organik bağı" ortaya koyması ya da bu eylemlerin söz konusu kişinin örgütün "hiyerarşik yapısı" sahilinde*

¹³ Avrupa Konseyi Yıllık Ceza İstatistikleri - SPACE I 2020, https://wp.unil.ch/space/files/2021/04/210330_FinalReport_SPACE_I_2020.pdf

¹⁴ Selahattin Demirtaş - Türkiye davası (No. 2), Başvuru no. 14305/17, 250. paragraf.

¹⁵ İnsan Hakları ve Terörle Mücadele Rehberi, https://www.coe.int/t/dlapil/cahdi/Source/Docs2002/H_2002_4E.pdf

¹⁶ Venedik Komisyonu'nun Türk Ceza Kanunu'nun 216, 299, 301 ve 314. maddeleri Hakkındaki Görüşü (CDL-AD(2016)002).

¹⁷ A.g.e.

¹⁸ A.g.e., paragraf 102.



bilerek ve isteyerek hareket ettiğini kanıtlaması) katı şekilde uygulanmalıdır." VK, şu sonuca varmıştır: "Bu kriterlerin gevşek şekilde uygulanması, başta AİHS'in 7. maddesinin ruhuna uygun olarak kanuna uygunluk ilkesi olmak üzere bir dizi soruna yol açabilir."¹⁹

17. Bununla birlikte bu görüşün, 2016'daki darbe girişiminden ve bu girişimle Türkiye'nin yasal ve yargısal ortamının altüst olmasından önce verildiği ve söz konusu tarihten bu yana bu kriterlerin uygulanmasının çok daha geniş ve keyfi hale geldiğini kaydetmek gerekir. Bu sorunu aşağıda daha ayrıntılı olarak ele alacağız.

18. **Yargıtay'ın yeniden yapılandırılması**: 2011 yılından bu yana Yargıtay birçok kez yeniden yapılandırılmıştır. Bu yeniden yapılandırmaların birinde mahkemedeki tüm hakimler görevden alınmış ve yeni hakimler atanmıştır.

Yargıtay üye hakimlerinin sayısı²⁰

Yıl	Sayı	Yıl	Sayı	Yıl	Sayı
2009	217	2014	530*	2018	384***
2010	239	2015	482	2019	389
2012	384	2016	300**	2020	377
2013	387	2017	304	2021	373

*6110 sayılı Kanunla 169 yeni hakim atanmıştır.
** 6723 sayılı Kanunla tüm hakimlerin görev süreleri sonlandırılmış ve 300 yeni hakim atanmıştır. Aynı kanun uyarınca hakim sayısı kademeli olarak 200'e indirilecektir.
*** Hakim sayısının 200'e indirilmesini gerektiren 6723 sayılı Kanuna aykırı şekilde 696 sayılı OHAL Kararnamesiyle 100 yeni hakim atanmıştır.

19. Son on yıl içinde birçok kez yeniden yapılandırılan Yargıtay'ın kurumsal kültürü, dairelerin gelenek ve yargısal yetkileri büyük değişikliklere uğramıştır. Örneğin 2014 ile 2021 yılları arasında Yargıtay'ın 9. ve 16. Daireleri teröre ilişkin davalara bakarken 1 Temmuz 2021 tarihinde 16. Daire kapatılmış ve 9. Dairenin yetkileri değiştirilmiş ve 3. Daireye bu davalara bakma yetkisi verilmiştir. Böylelikle silahlı terör örgütüne üye olma suçunun net bir tanımının olmamasından kaynaklanan sorunlara ek olarak Yargıtay sürekli yeniden yapılandırılması, TCK'nın 314. maddesi bağlamında gerekli öngörülebilirliğin sağlanması ihtimalini fiilen ortadan kaldırmıştır.

20. **"Sürekli, çeşitlilik ve yoğunluk" kriterlerinin karşılanıp karşılanmadığı hususunda Gülen Hareketi'ne ("GH") ilişkin davalarda kullanılan değişkenler**: Şu ana kadar GH ile bağlantılı olma iddiasıyla 300 binin üzerinde kişi polis tarafından gözaltına alınmış ve bunların 96 binden fazlası yargılama öncesi tutukluluğa tabi tutulmuştur²¹ ve Başvuru Sahibi onlardan biridir.

21. 2016'daki darbe teşebbüsünden sonra ülkedeki savcı ve mahkemeler, bir kişinin GH üyesi olup olmadığını belirlemek için bir değişkenler listesi oluşturmuştur. (Ek 1 ve 2). Farklı davalarda kullanılan lafızlar değişmekle birlikte bu faktörler genellikle aşağıdaki şekildedir:

- Bank Asya'ya para yatırmak;
- ByLock mesajlaşma uygulamasını kullanmak ya da indirmek;
- Sosyal medya etkinliği ve ziyaret edilen web sitelerinin analizi;
- GH ile bağlantılı olduğu iddia edilen Kimse Yok Mu gibi yardım kuruluşlarına yapılan bağışlar;
- GH ile bağlantılı olduğu iddiasıyla OHAL sırasında kapatılan okul, üniversite ve yurtlarda kalmak ya da öğrenci olmak ya da çocuğunu bu eğitim kurumlarına göndermek;

19 A.g.e., paragraf 106.

20 Yargıtay Yıllık Faaliyet Raporları, <https://www.yargitay.gov.tr/kategori/86/faaliyet-raporu>

21 Anadolu Ajansı, <https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/icisleri-bakani-soylyu-garaya-giden-hdpli-vekili-acikladi/2151784>



(+39)0645493487



segreteria@fidu.it



Via Boezio, 14 - 00193 Roma



- (vi) GH'nin süreli yayınlarına abone olmak;
- (vii) Bir uydu televizyon sağlayıcısı olan DIGITURK aboneliğini, AKP hükümetini eleştiren yedi televizyon kanalının yayını durdurma kararından sonra iptal etmek;
- (viii) GH ile bağlantılı olduğu iddiasıyla OHAL sırasında feshedilen/el konulan şirketlerin hissedarı olmak;
- (ix) GH ile bağlantılı olduğu iddiasıyla OHAL sırasında kapatılan/feshedilen/el konulan bir sendika, dernek, vakıf ya da şirkette yönetici, çalışan ya da üye olmak.

22. Bu noktada yukarıda bahsi geçen faaliyetleri yerine getirenlerin tümünün, söz konusu zamanda yasal olan ve devletten alınmış ruhsat/statü ya da yetkiyle faaliyet gösteren ya da İçişleri Bakanlığı ya da Çalışma Bakanlığı'nun izin ve denetim altında faaliyet gösteren kuruluşlara katıldığı/bu kuruluşlarla (TV kanalları, Bank Asya^{22 23}, Kimse Yok Mu²⁴, okullar²⁵, üniversiteler²⁶ ve vakıflar²⁷) işlemde bulunduğunu kaydetmek gerekir. Dahası bu kuruluşların çoğuna, vergi muafiyeti²⁸, kamu yararına dernek²⁹, hükümet sübvansiyonu ya da üstün kamu hizmeti ödülü³⁰ gibi özel unvan ve ayrıcalıklar verilmişti. Başka bir deyişle yapılanların tümü, AİHS'in güvencesi altındaki hakların kullanılmasındaki yasal faaliyetlerdi.

23. **Yargıtay dairelerinin kararları alt mahkemeleri bağlayıcı mıdır?** Türkiye gibi Avrupa hukuk sistemine ait ülkelerde mahkeme kararları genel olarak aynı ya da daha düşük kademedeki diğer mahkemeler için emsal teşkil etmez ve hatta bir mahkemeyi daha önce verdiği kendi kararları bile bağlamaz. Benzer şekilde bir mahkeme, üst mahkemelerin daha önceki kararlarını emsal olarak kabul etmek zorunda değildir. Bu yüzden Türkiye gibi Avrupa hukuk sisteminde mahkeme kararları hukukun birincil kaynaklarından biri değildir.

24. Türk hukukunda kararları alt mahkemeler açısından bağlayıcı olan tek mahkeme, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'dur³¹ ve Ceza ya da Hukuk Daireleri Genel Kurulu'nun kararları da benzer şekilde bağlayıcı değildir. Dava konusu ne kadar benzer olursa olsun Yargıtay daireleri de dahil olmak üzere mahkemeler, Hukuk ya da Ceza Genel Kurulu'nun kararlarını takip etmek zorunda değildir. Son olarak Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, TCK'nın 314. maddesi hakkında herhangi bir karar vermiş değildir.

22 Türk hukukunda bankalar, bir düzenleyici kamu kuruluşu tarafından verilen özel bir ruhsatla kurulur.

23 Asya Finans Kurumu A.Ş. (Bank Asya Katılım Bankası), 11 Nisan 1996 tarihli Bakanlar Kurulu onay ve izniyle kuruldu. Açılış töreni eski Başbakan Tansu Çiller, Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan, eski Cumhurbaşkanı Abdullah Gül ve siyasal ve toplumsal elitlerin diğer üyelerinin katılımıyla gerçekleştirildi. Vergi tahsil etme ve sosyal sigorta primleri, cezalar, vb. gibi diğer mali yükümlülükleri tahsil etme ruhsatı vardı. 3 Mayıs 2014 tarihinde Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu (BDDK), Bank Asya'nın Yönetim Kurulu'nu belirleyen imtiyazlı hisselerinin yüzde 63'ünün, Tasarruf Mevduat Sigorta Fonu (TMSF) tarafından kullanılmasına kararı vermiş ve sonrasında fon kurulu kararının 23 Temmuz 2016 tarihli ve 29779 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmasıyla bankanın çalışma ruhsatı iptal edilmiş, bankanın operasyonlarını durdurulmuş ve banka kapatılmıştır.

24 Meclis tarafından verilir.

25 Türk hukukunda özel okullar Milli Eğitim Bakanlığı izin ve denetimine tabidir.

26 Türk hukukunda özel üniversiteler, Meclis tarafında çıkarılan bir kanunla kurulur ve bu yüzden kamu kuruluşu statüsüne sahiptir.

27 Türk hukukunda vakıflar, bir mahkeme tarafından çıkarılan bir yetki kararıyla kurulur.

28 Bakanlar Kurulu tarafından verilir.

29 Bakanlar Kurulu tarafından verilir.

30 Kimse Yok Mu yardım kuruluşuna vergi muafiyeti, kamu yararına dernek statüsü verilmiş ve ayrıca Meclis tarafından üstün kamu hizmeti ödülü verilmiştir.

31 Yargıtay Kanunu'nun 45. Maddesi.



(+39)0645493487



segreteria@fidu.it



Via Boezio, 14 - 00193 Roma



25. Dolayısıyla Yargıtay dairelerinin benimsediği kriterlerin tutarlı şekilde uygulanıp uygulanamayacağı bir yana (Türkiye örneğinde uygulanmadığı ortadadır), bu daireler, TCK'nın 314. Maddesinin zorunlu öngörülebilirliğini sağlayacak gerekli özel yetkiye sahip değildir.

26. Söz gelimi, Demirtaş - Türkiye kararında (2) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), 278. paragrafta, "Yerel mahkemelerin, Yargıtay içtihadının gerektirdiği üzere, başvuruçunun eylemlerinin 'sürekliliğini, çeşitliliğini ve yoğunluğunu' dikkate almadığı, başvuruçunun eylemlerinin ilgili terör örgütünün hiyerarşik yapısı içinde gerçekleşip gerçekleşmediğine bakmadığı görülmektedir" ifadelerini kullanmıştır. Dolayısıyla bu bulgu, Yargıtay'ın emsal kararlarının, alt mahkemeleri bağlayıcı olmadığı ve bu yüzden TCK'nın 314. maddesinin zorunlu öngörülebilirliğini sağlayacağı şeklindeki 16-18. paragraflar ve 24-25. paragraflardaki görüşlerimizi desteklemektedir.

27. **Alt sonuç:** (i) Yargıtay kararları alt mahkemeler üzerinde bağlayıcı değildir ve dolayısıyla TCK'nın 314. maddesinin geniş ve muğlak lafzındaki eksiklikleri ortadan kaldırma gücüne sahip değildir; (ii) Gerçekte ulusal mahkemeler TCK'nın 314. maddesini uygularken "süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk" kriterini etkin şekilde dikkate almamaktadır; (iii) Yargıtay'ın sürekli yeniden yapılandırılması, TCK'nın 314. maddesinin öngörülebilir ve tutarlı şekilde uygulanmasını önlemektedir.

(4) Selahattin Demirtaş - Türkiye davası (2), Başvuru no. 14305/17³²

28. Yukarıda bahsedildiği üzere, Demirtaş - Türkiye kararında (2) AİHM, 278. paragrafta, "Yerel mahkemelerin, Yargıtay içtihadının gerektirdiği üzere, başvuruçunun eylemlerinin 'sürekliliğini, çeşitliliğini ve yoğunluğunu' dikkate almadığı, başvuruçunun eylemlerinin ilgili terör örgütünün hiyerarşik yapısı içinde gerçekleşip gerçekleşmediğine bakmadığı görülmektedir" ifadelerini kullanmıştır.

29. Sonrasında Büyük Daire 280. paragrafta "Başvuranın Ceza Kanunu'nun 314. maddesi uyarınca ceza gerektiren ciddi suçlarla bağlantılı olarak tutuklanmasını haklı kılacak eylemler silsilesi oldukça geniştir ve dolayısıyla, söz konusu maddenin içeriği, yerel mahkemelerce yorumlanmasıyla birlikte, ulusal makamların keyfi müdahalesine karşı yeterli koruma sağlamamaktadır" demiştir.

30. İlerleyen bölümlerde, özgürlük hakkı konusunda Büyük Daire 337. paragrafta "... mevcut davanın yerel mahkemelerin bir kimsenin terör örgütü üyeliğine oldukça zayıf delillere dayanarak karar verme eğilimini teyit ettiğini" belirtmiştir. Büyük Daire, "... söz konusu hükmün içeriğinin yanı sıra yerel mahkemelerin yorumlanmasının ulusal makamlar tarafından yapılan keyfi müdahaleye karşı yeterli koruma sağlamadığı" sonucuna varmıştır. Bu kapsamda, mevcut davada yorumlandığı ve uygulandığı şekliyle söz konusu terör suçlarının "öngörülebilir" olmadığına karar vermiştir.³³

(5) BM İnsan Hakları Komitesi ("HRC") ve Keyfi Tutukluluk Çalışma Grubu'nun ("WGAD") görüşleri

31. Son yıllarda HRC ve WGAD, GH ile bağlantılarından dolayı tutuklanan toplam 18 vakayı ele almıştır. HRC'nin görüşleri ve WGAD'ın görüşlerinin özetleri bu belgeye eklenmiştir. (Ek 3 ve 4). Bu vakaların 16'sında WGAD, Kategori V ihlali (siyasal ya da diğer görüşlere bağlı ayrımcılık gerekçesiyle, özgürlükten yoksun bırakma, uluslararası hukukun ihlali) tespit etmiştir. Bu vakalar arasında en yeni olan iki vakada WGAD şu ifadeleri kullanmıştır: "Çalışma Grubu, mevcut vakanın son üç yılda Çalışma Grubu'nun önüne gelen Fethullahçı Terör Örgütü/Paralel

32 Selahattin Demirtaş - Türkiye davası (No. 2), Başvuru no. 14305/17, <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-207173>

33 A.g.e.



Devlet Yapılanması (Hizmet Hareketi) ile bağlantılı olduğu iddia edilen kişilere ilişkin en yeni vaka olduğunu not etmektedir. Bu vakaların tümünde Çalışma Grubu, söz konusu kişilerin tutukluluğunun keyfi olduğunu tespit etmiştir. Fethullahçı Terör Örgütü/Paralel Devlet Yapılanması (Hizmet Hareketi) ile bağlantılı olduğu iddia edilen kişilerin siyasal ya da diğer görüşlerine göre ayrımcılık temelinde hedeflendiğini not etmektedir."³⁴ Ayrıca "Hizmet Hareketi ile bağlantılı olduğu iddia edilen kişilerin siyasal ya da diğer görüşlerine göre hedef alındığına yönelik bir örüntü ortaya çıkmaktadır"³⁵ ifadesini de kullanmıştır.

32. İki başvuruda WGAD, bu vakaların, insanlığa karşı suça varan bir örüntü oluşturabileceği kaygısını ifade etmiştir. WGAD, şu ifadeleri kullanmıştır: "Çalışma Grubu, bu vakaların tümünde görülen örüntü konusundaki kaygısını dile getirmekte ve belirli koşullarda uluslararası hukuk kuralları ihlal edilerek yaygın ya da sistematik hapis ya da başka şekilde ciddi boyutta özgürlükten yoksun bırakma eyleminin, insanlığa karşı suç teşkil edebileceğini hatırlatmaktadır."³⁶

33. Başvuru sahibinin, Bank Asya'da hesabı olma ve ByLock indirme yüzünden silahlı terör örgütüne üye olmakla suçlandığı bir vakada, İnsan Hakları Komitesi şu ifadeleri kullanmıştır: "...İsmet Özçelik'e karşı kullanılan tek kanıt, ByLock uygulamasının kullanılması ve Bank Asya'ya para yatırılmasıdır. Bu durumda Komite, Taraf Devletin, yazarlara kendilerine yöneltilen suçlamaların vakit geçirilmeksizin haber verildiğini ortaya koymadığını ve bu kişilerin tutuklanmasının makuliyet ve gereklilik kriterlerini karşıladığını kanıtlayamadığını değerlendirmektedir. 4. Madde kapsamındaki bir istisnanın, makul olmayan ya da gereksiz olan bir özgürlükten yoksun bırakma eylemini gerekçelendiremeyeceğini hatırlatmaktadır. Dolayısıyla Komite, yazarların tutukluluğunun Sözleşmenin 9. Maddesi (1-2) kapsamında bir ihlal oluşturduğunu tespit etmiştir."³⁷

34. Başvuru sahibinin, söz konusu zamanda yasal olarak faaliyet gösteren belirli bir derneği üyelik temel alınarak tutuklanmasıyla ilgili olarak WGAD şu ifadeleri kullanmıştır: "Sayın Yaşar'ın Empati Kadın ve İş Derneği'ne üye olmak, Hizmet Hareketi tarafından düzenlenen sosyal etkinlik ve gezilere katılmak ve iletişim için ByLock mobil uygulamasını kurup kullanmak yüzünden tutuklandığını, yargılandığını ve hapse atıldığını kaynak iddia etmekte ve Hükümet bu iddiayı çürütememektedir. ... Çalışma Grubu, özgür ve demokratik toplumda başvuru sahibinin fikir ve ifade özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğü ve kamu işlerinin yürütülmesine katılma özgürlüğünü kullanması sonucunda özgürlüğünden yoksun bırakılmasında hiçbir meşru amaç ya da hedef bulmamaktadır. Dolayısıyla başvuru sahibinin tutukluluğu gerekli ya da orantılı değildir."³⁸

35. Başvuru sahibinin "sohbet" denilen toplantılara katılmaktan ve bu toplantıların GH üyeleri tarafından düzenlenmiş olması yüzünden tutuklanması konusunda WGAD şunları ifade etmiştir: "Sayın Yayman'ın Gülen grubunun 2013 yılındaki toplantılarına katılması konusunda Çalışma Grubu bir kez daha Hükümetin, barışçıl ve söz konusu zamanda meşru olan toplantılara katılmış olmanın, barışçıl toplantı ve örgütlenme özgürlüğünü nasıl ihlal ettiğini ortaya koyamadığını ve bu durumun Sözleşme'nin 21. ve 22. Maddelerine aykırı olduğunu tespit etmiştir."³⁹

34 Osman Karaca - Kamboçya ve Türkiye kararı, A/HRC/WGAD/2020/84.

35 Levent Kart - Türkiye kararı, A/HRC/WGAD/2020/66.

36 Osman Karaca - Kamboçya ve Türkiye kararı, A/HRC/WGAD/2020/84, Levent Kart - Türkiye kararı, A/HRC/WGAD/2020/66.

37 İsmet Özçelik vd., CCPR/C/125/D/2980/2017.

38 Nermin Yaşar - Türkiye kararı, A/HRC/WGAD/2020/74.

39 Mestan Yayman - Türkiye kararı, A/HRC/WGAD/2018/42.



(+39)0645493487



segreteria@fidu.it



Via Boezio, 14 - 00193 Roma



36. ByLock uygulamasının kullanımı ya da indirilmesiyle bağlantılı olarak yapılan tutuklamalar konusunda WGAD tekrar tekrar "*Sanık ByLock uygulamasını kullanmış olsa bile sadece ifade özgürlüğünü kullanıyor olabilir*"⁴⁰ diye belirtmiştir.

(6) Sonuç gözlemleri

37. TCK'nın 314. maddesinin son derece geniş ve muğlak lafzı, hukuk kalitesini karşılamamaktadır.

38. Yargıtay kararları alt mahkemeler üzerinde bağlayıcı değildir ve dolayısıyla TCK'nın 314. maddesinin geniş ve muğlak lafzındaki eksiklikleri ortadan kaldırma gücüne sahip değildir.

39. TCK'nın 314. maddesinin son derece geniş ve muğlak lafzı, 2016'daki darbe girişiminden sonraki uygulamasıyla birleştiğinde, herhangi bir makul kişi tarafından öngörülebilir değildir.

40. Bir kişinin silahlı terör örgütünün (GH/FETÖ/PDY) üyesi olup olmadığını belirlemekte kullanılan değişkenler listesi sadece ve münhasıran ya yasal faaliyetlerden ve/veya yasal olarak kurulmuş kurumlarla etkileşimlerden ve/veya Türkiye Anayasası ve AİHS'in güvencesi altındaki hak ve özgürlüklerin kullanılmasından oluşmaktadır.

41. Yargıtay'ın sürekli yeniden yapılandırılması, TCK'nın 314. maddesinin öngörülebilir ve tutarlı şekilde uygulanmasını engellemektedir.

42. Tüm bunlar göz önüne alındığında, Mahkeme, 2016'daki darbe teşebbüsünden önce, herhangi bir kişinin, GH hakkındaki siyasal ve yargısal görüşlerdeki hızlı dönüş ve değişikliklerle, bu tür görünüşte yasal olan faaliyetlerin yasa dışı hale getirileceğini ya da bir gün GH ile en ufak bir bağlantının, yasal olarak terör suçlaması yapmak için yeterli görüleceğini makul şekilde öngörüp öngöremeyeceğini kendisine sorabilir.⁴¹

43. **Mevcut davada yorumlanıp uygulandığı şekliyle iç hukuk, TCK'nın 314. maddesi, Başvuru Sahibinin (ya da herhangi bir kişinin) söz konusu eylemlerinin gerçekleştirildiği zamanda Başvuru Sahibinin (ya da herhangi birinin) konumunda olan hiç kimse tarafından yasal olarak öngörülebilir olmayacaktır.**

III. ByLock mesajlaşma uygulamasının kullanımının suç kabul edilmesi

(1) ByLock uygulaması ve bu uygulamanın kullanımının ceza davalarında kullanımı hakkında bilgi

44. **ByLock nedir:** ByLock, kullanıcıları arasında yazılı ve sesli iletişim sağlayan, eskiden Google Play Store, Apple Store ve birtakım diğer çevrim içi pazarlardan indirilebilen şifreli anlık mesajlaşma uygulamasıdır. Hollanda'da merkezli önde gelen bir adli bilişim şirketi olan FOX-IT tarafından hazırlanan bir rapora göre bu uygulama sadece Google Play Store'dan 100 binin

40 Melike Göksan & Mehmet Fatih Göksan - Türkiye kararı, A/HRC/WGAD/2019/53; Mestan Yayman - Türkiye kararı, A/HRC/WGAD/2018/42; Levent Kart - Türkiye kararı, A/HRC/WGAD/2020/66; Kahraman Demirez vd. - Türkiye ve Kosova kararı, A/HRC/WGAD/2020/47; Arif Komiş vd. - Malezya ve Türkiye kararı, A/HRC/WGAD/2020/51; Akif Oruç - Türkiye kararı, A/HRC/WGAD/2020/29; Faruk Serdar Köse - Türkiye kararı, A/HRC/WGAD/2020/30; Ercan Demir - Türkiye kararı, A/HRC/WGAD/2019/79.

41 The Turkish Judiciary's Violations of Human Rights Guarantees (Türk Yargısının İnsan Hakları Güvencelerini İhlalleri), VerfBlog, <https://verfassungsblog.de/the-turkish-judiciarys-violations-of-human-rights-guarantees/>



(+39)0645493487



segreteria@fidu.it



Via Boezio, 14 - 00193 Roma



üzerinde indirilmiştir.⁴² Rapora göre ByLock, 14 Mart 2014 ile 19 Şubat 2016 tarihleri arasında kullanıma açıldı.

45. Türk yargısının ByLock konusundaki tutumu: Yargıtay, ByLock kullanma ya da indirilmenin, silahlı terör örgütü üyeliğinden bir kişiye ceza vermek için herhangi bir destekleyici kanıt olmaksızın tek başına yeterli olduğuna hükmetmiştir. Yargıtay Ceza Daireleri Genel Kurulu 26.09.2017 tarihinde "ByLock iletişim sisteminin FETÖ/PDY silahlı terör örgütü mensuplarının kullanmaları amacıyla oluşturulan ve münhasıran bu terör örgütünün bir kısım mensupları tarafından kullanılan bir ağ olması nedeniyle; örgüt talimatı ile bu ağa dahil olduğunun ve gizliliği sağlamak için haberleşme amacıyla kullanıldığının, her türlü şüpheden uzak, kesin kanaate ulaştırılacak teknik verilerle tespiti, kişinin örgütle bağlantısını gösteren bir delil olacağına" ve "bu ağa dahil olan kişilerin ağ içinde başka kişi ya da kişilerle yaptıkları görüşme içeriklerinin olması da aranmayacağına" hükmetmiştir.⁴³⁴⁴

46. Akgün - Türkiye kararı: ByLock indirme/kullanma yüzünden tutuklanan bir başvuru sahibinin Mahkemeye yaptığı bir başvuruda AİHM, herhangi bir şifreli iletişim aracının indirilmesi ya da kullanılmasının ya da özel niteliği olan mesaj alışverişinin korunmasına yönelik herhangi bir başka yöntemin kullanılmasının tek başına nesnel bir gözlemci açısından yasa dışı ya da ceza gerektiren bir faaliyete karışıldığını tatmin etmeye yeter bir kanıt olamayacağına hükmetmiştir. Ancak paylaşılan mesajların içeriği ya da bu paylaşımların bağlamı gibi başka kanıtlarla desteklemesi halinde, şifreli iletişim aracının kullanımı, nesnel bir gözlemcinin söz konusu iletişim aracını kullanan bireyin bir suç örgütünün üyesi olduğundan kuşkulandırması için makul gerekçe sunabilecektir.⁴⁵

47. BM Keyfi Tutukluluk Çalışma Grubu'nun ("WGAD") görüşü: BM WGAD sürekli olarak ByLock'un indirilmesi ve kullanılmasının, bir kişinin temel fikir ve ifade özgürlüğünü kullanması anlamına geldiği sonucuna varmıştır.⁴⁶ Nitekim fikir ve ifade özgürlüğü hakları, her türlü ifade şeklinin yanı sıra görsel-işitsel, elektronik ve internet tabanlı her türlü ifade şekli dahil olmak üzere ifadenin yayılmasına yönelik araçları korur.⁴⁷

(2) ByLock suç kapsamına alınmasına yönelik gözlemler:

48. Türk yargısının ByLock konusundaki kararları, bu görüşün 1. Bölümünde belirtilen, Yargıtay'ın "süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk" ve "bilerek ve isteyerek 'hijerarşik yapıya' dahil olma" şeklindeki kenti içtihatlarına aykırıdır. ByLock konusundaki davalardaki gerçek şudur:

i. ByLock'un indirilmesi, sanığın ya da başka bir kişinin eylemlerinin ya da başka bir kanıtın, sanığın söz konusu örgütle bağlantılı olduğu gösterip göstermesine bakılmaksızın rutin şekilde mahkumiyet verilmesine yetmektedir. Bu ise yukarıda bahsedilen "çeşitlilik" kriterine aykırıdır.

42 Expert Witness Report on ByLock Investigation (ByLock Soruşturma Bilirkişi Raporu), <https://foxitsecurity.files.wordpress.com/2017/09/Bylock-fox-it-expert-witness-report-english.pdf>

43 Yargıtay, E. 2017/16-956, K. 2017/370.

44 Anayasa Mahkemesi, Yargıtay'ın vardığı sonucu herhangi bir sorgulama yapmaksızın onaylamaktadır. (Ferhat Kara, B. No: 2018/15231).

45 Akgün - Türkiye davası, Başvuru no. 19699/18.

46 Faruk Serdar Köse - Türkiye kararı, Kahraman Demirez vd. - Türkiye ve Kosova kararı, Nermin Yaşar - Türkiye kararı, WGAD/2020/30,47,74.

47 İnsan Hakları Komitesi, Genel yorum No. 34, <https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/gc34.pdf>



(+39)0645493487



segreteria@fidu.it



Via Boezio, 14 - 00193 Roma



ii. ByLock indirme ya da son derece kısa bir süreliğine ve hatta bir kez kullanma mahkumiyet için yeterlidir ki, bu yukarıda bahsedilen "yoğunluk ve süreklilik" kriterlerine aykırıdır ve 16-18. ve 24-25. paragraflarda belirtildiği üzere Yargıtay'ın kendi kriterlerini uygulamadığını göstermektedir.

49. Münhasırlık: Yargıtay "ByLock iletişim sisteminin FETÖ/PDY silahlı terör örgütü mensuplarının kullanmaları amacıyla oluşturulan ve *münhasıran* bu terör örgütünün bir kısım mensupları tarafından kullanılan bir ağ olduğuna"^{48 49} hükmetmiştir, ama 50. paragrafta açıklandığı üzere bunun doğru olmadığı ortaya konmuştur.

50. Uluslararası Raporlar: Fox-IT, Jason Frankovitz ve Thomas Kevin Moore tarafından hazırlanan üç ayrı dijital adli bilişim raporu, "münhasırlık iddiasının" gerçeklere aykırı olduğunu ortaya koymuştur. (Ek 5, 6 ve 7). Ekte verilen bu doğrulanabilir raporlar, Mahkemeye tevdi edilmiştir ve aşağıdaki değerlendirmeleri içermektedir:

"... ByLock, Google Play ve Apple App mağazalarından indirilebiliyordu. ... ByLock uygulaması, 12 ülkede ilk 100 uygulama ve 47 ülkede ilk 500 uygulama arasına girmişti. Bu husus, bu uygulamayı sadece FETÖ/PDY üyelerinin kullandığı iddiasını çürütmektedir... Tüm kullanıcıların Gülen Hareketi üyeleri olduğunu söylemek saçmadır."⁵⁰

"ByLock'un indirilebileceği platformlara örnek olarak Google Play Store, Apple Store, apk-dl.com, apkpure.com ve downloadatoz.com verilebilir. ... MİT, ByLock uygulamasının 15 Temmuz 2016 tarihinden önce halka açık olmadığını belirtmektedir. Fox-IT, bu ifadeyi var olan istatistiklere doğrulamaya çalışmıştır. ... Google Play mağazasının tarihsel indirme ve kurulum istatistiklerine göre ByLock kurulumları Nisan 2014'e kadar gitmektedir ve 19 Ocak 2015 itibariyle kurulum sayısı 100 bine ulaşmıştır. Bu gözlemler, insanların 15 Temmuz 2016 tarihinden çok önce ByLock'u bildiği ve kullandığını ortaya koymaktadır."⁵¹

"ByLock uygulamasının Google Play'den indirilebildiği dönemde bir Android cihazı ve bir Google hesabı olan herkes bu uygulamayı indirebiliyordu. Uygulama, mağazadan kaldırıldıktan sonra bile bir kopyaya sahip diğer web sitelerinden uygulamayı indirip kurmak mümkün olmuştur. ... ByLock uygulamasını hem herkes indirebiliyordu, hem de indirildikten sonra onu indiren kişi kendi ByLock hesabını oluşturabiliyor ve diğer kullanıcılara mesaj göndermeye başlayabiliyordu. ... ByLock uygulamasına ilişkin incelememde uygulamanın kullanım şartı olarak herhangi bir spesifik gruba üye olmayı zorunlu kıldığını gösteren hiçbir şey bulamadım."⁵²

51. ByLock kanıtlarının kalite, güvenilirlik ve doğruluğu: Genel olarak Türk polisi ve yargı makamları, ByLock konusundaki soruşturma ve yargılamalarda Milli İstihbarat Teşkilatı'nın (MİT) "ByLock Uygulaması Teknik Raporu" adlı raporuna dayanarak münhasıran MİT'in

48 Yargıtay, E. 2017/16-956, K. 2017/370.

49 Anayasa Mahkemesi, Yargıtay'ın verdiği sonucu herhangi bir sorgulama yapmaksızın onaylamaktadır. (Ferhat Kara, B. No: 2018/15231).

50 İngiliz avukatlar William Clegg Q.C. ve Simon Baker ve adli uzman Thomas Kevin Moore tarafından hazırlanan bilirkişi raporu, (Ek 7).

51 ByLock Soruşturması Bilirkişi Raporu, (Ek 5).

52 Jason Frankovitz tarafından hazırlanan 9/8/2017 tarihli Uzman Görüşü (Ek 6).



(+39)0645493487



segreteria@fidu.it



Via Boezio, 14 - 00193 Roma



bulgularını temel almaktadır. Ancak Hollanda'da merkezli önde gelen bir adli bilişim şirketi olan FOX-IT şu sonuçlara varmıştır [bazı bölümler vurgu için kalın yapılmıştır]:

“Fox-IT, MİT raporunda sonuçların ve/veya ekran görüntülerinin MİT tarafından tahrif edildiğini gösteren tutarsızlıklarla karşılaşmıştır. Rapordaki bilgilerin hangisinin orijinal verilerden kaynaklandığı ve hangi bilgilerin MİT tarafından (hangi maksatla) değiştirildiği belli olmadığından, bu durum oldukça sorunludur. Bu, MİT'in mevcut bilgilerin hangi bölümünü sunulmadan önce değiştirdiği, niçin değiştirildiği ve tam olarak hangi kısımların dışarıda bırakıldığı veya değiştirildiği sorularını gündeme getirmektedir. Bilgileri kanıt olarak sunulurken, orijinal veriler (gerçek kanıtlar) ile analist tarafından eklenen veya değiştirilen veriler arasında ayırımın yapılması, şeffaflık açısından çok önemlidir. Dahası, Fox-IT, MİT'in raporunu örtülü, kapalı, iyi yapılandırılmamış ve önemli detaylardan yoksun olarak değerlendirmektedir. Kötü raporlama yalnızca bir biçimlendirme sorunu değildir. Önemli ayrıntıları atlayan ve okunamayan bir rapor yazmak, okuyucunun sonuçlara götüren soruşturmayı detaylı inceleme imkanını azaltır. Bir rapor ciddi hukuki sonuçların temeli olarak kullanıldığında, yazar soruşturma ile ilgili hiçbir soru bırakmayacak biçimde kapsamlı ve öz olmalıdır. **Fox-IT son 15 yılda birçok dijital soruşturma raporu okumuş ve yazmıştır. Bu tecrübeye dayanarak, Fox-IT MİT raporunun kalitesini, özellikle varılan hükümlerin hukuki sonuçları göz önüne alındığında, çok düşük bulmaktadır.**⁵³

52. Benzer şekilde iki Türk dijital adli bilişim uzmanı Koray Peksayar ve Levent Mazılıgüney tarafından hazırlanan uzman görüşü (Ek 8) şu sonuçlara varmıştır: (i) MİT tarafından ByLock sunucusundan elde edilen veriler bozuktur, (ii) Tutarsızlıkların nedenini anlamak, ancak *orijinal* delilin, bozulmamış sayısal verilerin müşterekliğinin sağlanması ve sayısal verilerin ceza yargılamasının tüm tarafları tarafından incelenmesiyle mümkün olabilir, (iii) Bozuk sayısal veriler ceza yargılamaları için yasal delil olarak kabul edilemez.⁵⁴

53. **Usul kurallarına uymamaktan kaynaklanan kabul edilmezlik sorunları:** Mahkeme ayrıca ByLock verilerinin elde edilmesindeki usul eksikliklerinin bu verileri ceza davalarında kabul edilemez hale getirdiğini de dikkate almalıdır.

54. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (CMK - 5271 sayılı) öngörülen dijital verilerin elde edilmesi/toplanması, işlenmesi ve incelenmesine yönelik usul kuralları. Yargıtay, ByLock gibi dijital veriler açısından usul şartları konusunda şu şekilde karar vermiştir:

"Ceza muhakemesinde deliller kanuna uygun olmalı ve kanuna uygun yöntemlerle elde edilmelidir. Adil yargılanmanın sağlanabilmesi, soruşturma ve kovuşturma aşamalarında toplanan bulguların delil değeri taşıyabilmesi için, şüpheli veya sanıktan elde edilen dijital verilerin, yasa ile sınırları belirlenmiş teknik gerekliliklere uygun olarak toplanması ve sonucunda yargılama makamlarına eksiksiz, bozulmamış halde sunulması gerekmektedir. Yasa koyucunun, CMK'nın 134. maddesini ayrıntılı olarak düzenlemesinin amacı da budur. Dijital delillere harici müdahalenin teknik olarak mümkün olması, çoğu zaman kim tarafından hangi tarihte müdahale yapıldığının da belirlenememesi karşısında, güvenli bir şekilde el konulup incelenebilmesi için

53 Fox-IT tarafından hazırlanan ByLock Soruşturması Birlikli Raporu, (Ek 5).

54 Uzman Görüşü: Litvanya'daki ByLock Sunucusundan Elde Edilen Sayısal Verilerin Doğruluğu ve Güvenilirliği (Ek 8).



(+39)0645493487



segreteria@fidu.it



Via Boezio, 14 - 00193 Roma



mahallinde imaj alındıktan sonra orijinal medyanın şüpheliye bırakılması gerekmekte ise de bu şart soruşturma yapan kolluk personelinin teknik yetersizliği, ekipman yokluğu, ortamın incelemeye elverişli olmaması gibi nedenlerle yerine getirilememektedir... 5271 sayılı CMK'nın 2/e ve 161 maddeleri ile 2559 sayılı PVSK'nın Ek 6. maddesi uyarınca bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hali öğrenen kolluğunun derhal Cumhuriyet savcısına olayı haber verip, onun emri doğrultusunda soruşturma işlemlerine başlaması gerekmektedir. Usulüne uygun adli arama emri veya kararı almadan yapılan işlemler hukuka aykırıdır."⁵⁵

55. Yukarıda belirtilen şartların ByLock verilerinin elde edilmesi ve işlenmesine uygulanması: 6 Nisan 2017 tarihli basın açıklamasında MİT, istihbari çalışmalar neticesinde elde edilen ByLock'a ilişkin tespitlerin, Mayıs 2016 tarihinden itibaren, çalışmaya konu ham verilerle birlikte adli makamlar, güvenlik birimleri ve diğer ilgili makamlarla paylaşıldığını belirtmiştir.⁵⁶ Benzer şekilde Agence France-Presse'e konuşan bir Türk hükümet yetkilisi, MİT'in ByLock kullanılarak gönderilen mesajları çözmeye Mayıs 2016'da başladığını söylemiştir.⁵⁷ Ancak, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı daha sonra bu açıklamayı yalanmış ve şöyle demiştir: "O tarihte bize MİT'ten ByLock kayıtları gönderilmedi. Biz ByLock'u 15 Temmuz'dan [2016] sonra öğrendik."⁵⁸

56. Eylül 2016'da Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanı Faruk Özlü, 215 bin ByLock kullanıcı olduğunu söylemiş⁵⁹ ve 6 Ekim 2016 tarihinde Başbakan Yardımcısı Veysi Kaynak, 18 milyon mesajın elde edildiğini ve bu mesajlarının her birinin çözülmesi sürecinin devam ettiğini ifade etmiştir.⁶⁰ Ayrıca 11 Kasım 2016 tarihinde İzmir Cumhuriyet Savcısı Ayhan Yılmaz tarafından hazırlanan ve İzmir 13. Ağır Ceza Mahkemesi'ne sunulan bir iddianamede MİT'in halihazırda 18 milyon metin mesajından 17 milyonunu ve 3,5 milyon elektronik postanın 2,5 milyonunu çözdüğü ifade edilmiştir.

57. Dijital ByLock verilerinin doğrulanmasına (dijital imaj alma) yönelik ilk mahkeme talimatı, 9 Aralık 2016 tarihinde Ankara 4. Sulh Ceza Hakimliği tarafından verilmiştir.⁶¹ Bu talimatta açık şekilde ByLock'a ilişkin dijital verileri içeren bir sabit disk ve bir USB belleğinin Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'na verildiğinden ve 9 Aralık 2016 tarihinde Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'nın dijital verilerin doğrulanması ve bu cihazların incelenmesine yönelik bir talimat istediğinden bahsedilmektedir.

58. Başbakan Yardımcısının beyanı ve İzmir Cumhuriyet Savcısının iddianamesi, ByLock verilerinin, yargı makamlarına verilmeden çok önce MİT tarafından incelenip işlendiğine

55 Yargıtay 16. Dairesi, 21.04.2016, 2015/4672 E. 2016/2330 K.

56 MİT Basın Açıklaması, <https://www.mit.gov.tr/basin60.html>, <https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/mitin-Bylock-celiskisi-717302>, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-39513263>

57 <https://www.middleeasteye.net/news/turkey-tracked-thousands-Gülenists-encrypted-messages>

58 Ankara Başsavcılığı kaynakları, "O tarihte bize MİT'ten ByLock kayıtları gönderilmedi. Biz ByLock'u 15 Temmuz'dan sonra öğrendik" dedi. <https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/mitin-Bylock-celiskisi-717302>

59 Faruk Özlü: ByLock'u TÜBİTAK'taki FETÖ'cüler geliştirdi (Habertürk), <https://www.haberturk.com/ekonomi/teknoloji/haber/1294035-faruk-ozlu-by-locku-tubitaktaki-fetoculer-gelistirdi>

60 Bakan Veysi Kaynak: '18 milyon ByLock mesaj var, tek tek inceleniyor' (Yeniçağ), <https://www.yenicaggazetesi.com.tr/bakan-veysi-kaynak-18-milyon-bylock-mesaj-var-tek-tek-inceleniyor-147602h.htm>

61 Ankara 4. Sulh Ceza Hakimliği, 9/12/2016, 2016/6774.



(+39)0645493487



segreteria@fidu.it



Via Boezio, 14 - 00193 Roma



yönelik güçlü bir çıkarım sağlamaktadır, çünkü dijital ByLock verilerinin doğrulanmasına (dijital imaj alma) yönelik ilk mahkeme talimatı 9 Aralık 2016 tarihinde verilmiştir.⁶²

59. Usul kurallarına göre (54. paragrafta ana hatlarıyla belirlendiği üzere) MİT'in *vakit geçirmeksizin* bu verileri ve bu cihazları yargı makamlarına vermesi ve yargı makamlarının öncelikle bir mahkeme talimatı kapsamında doğrulama/imaj alma süreci yürütmesine ve sonrasında Ceza Muhakemesi Kanunu uyarınca bir inceleme yapmasına imkan vermesi gerekiyordu. MİT'in bu verileri inceleme ve işleme yetkisi yoktur. Verilerin bozulmasına ilişkin kaygılar dikkate alınacak olursa (51-52. paragraflarda bahsi geçen), Mahkeme, bu kusurun teknik bir kusurdan ziyade ciddi bir kusur olduğunu değerlendirebilir.

60. Verilerin MİT tarafından yargısal bir gözetim olmadan işlenmesi ve bu verilerin yargı makamlarına geç teslim edilmesi, ByLock kanıtının bütünlük ve doğruluğu konusunda Mahkeme açısından ciddi sorular doğurmaktadır. Benzer şekilde ByLock kanıtlarının bütünlüğüne ilişkin başka bir ciddi sorun da, dijital kanıtların parçalanması ve adli incelemenin (adli imaj alma) farklı tarihlerde (9 Aralık 2016 ve 24 Mart 2017) gerçekleşen iki farklı süreç halinde yürütülmesidir. (Ek 9 ve 10).

61. Nitekim MİT tarafından Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'na başka bir disk gönderilmiş ve sonrasında 24.03.2017 tarihinde ayrı bir imaj alma ve adli inceleme izni verilmiştir.⁶³ Bu da MİT'in, dijital verilerin bütünlüğünü korumadığını, bu verileri iki parçaya böldüğünü ve bu verileri biri Aralık 2016 ve diğer Mart 2017'de olmak üzere iki parça halinde yargı makamlarına verdiğini göstermektedir.

62. MİT'in kanuna aykırı hareket etmesi ve Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'nın bu aykırılığı görmezlikten gelmesi, ByLock'a ilişkin dijital verilerin ve cihazların tümünün bağımsız bir uzman tarafından adli incelemeye tabi tutulmasını gerektirmektedir. Ancak Türk mahkemeleri istisnasız hiçbir sanığa bu inceleme hakkını vermemiştir. Bu da Mahkeme'nin silahların eşitliği ilkesi açısından incelemesi gereken bir durumdur.

63. **Anayasa Mahkemesi'nin ByLock davalarında tutarsız kararlar vermesi:** Başvuru sahibinin davası da dahil olmak üzere ByLock davalarında Türk mahkemeleri sanıkları etkin şekilde ByLock kanıtlarına itiraz etme hakkından mahrum bırakmış ve savunmanın özellikle i) ByLock hakkındaki dijital verilerin incelenmek üzere savunmaya verilmesi ve/veya ii) Mahkemenin, ByLock verilerini incelemek üzere bağımsız bir uzman kurulu görevlendirmesi taleplerini reddetmiştir.

64. Sorunlu diğer bir konuya Mahkemelerin kendilerinin elinde ByLock verilerinin olmaması ve sanığa ilişkin ByLock verilerini polisten istemek zorunda kalmasıdır. Polis de yanıt olarak *ByLock Tespit ve Değerlendirme Tutanağı* denilen bir belge göndermektedir. Bu belgeler çoğu zaman polisin ByLock veri tabanı modülünden gelen yanıtın çıktısı almak dışında herhangi bir dahlinin olmadığı ve polisin herhangi bir sorumluluk almadığına ilişkin bir sorumluluk reddi içermektedir. (Ek 11)

65. Mahkeme, bu durumun silahların eşitliği ilkesinin temelden ihlali anlamına gelip gelmediğini değerlendirebilir. Nitekim üç ayrı kararda (*Yavuz Pehlivan ve diğerleri* [GK], B. No: 2013/2312, *Yankı Bağcıoğlu ve diğerleri* [GK], B. No: 2014/253, *Sencer Başat ve diğerleri*

62 A.g.e.

63 Ankara 5. Sulh Ceza Hakimliği, 24/3/2017, 2017/2056.



(+39)0645493487



segreteria@fidu.it



Via Boezio, 14 - 00193 Roma



[GK], B. No: 2013/7800, Ek 12, 13 ve 14), Anayasa Mahkemesi, sanıklara ilgili dijital materyaller hakkında teknik inceleme yapma imkanı verilmesi gerektiğini, aksi takdirde silahların eşitliği ilkesinin ihlal edileceği sonucuna varmıştır:

"Somut olayda başvuruculara isnat edilen suçlamalara dayanak olarak gösterilen deliller, başvurucularda bulunan deliller değil, üçüncü kişilerde ele geçirilen dijital materyaller olup, soruşturma ve kovuşturma sürecinde yargılama makamlarının tutuklu yargılanan başvuruculara tutuklu buldukları süre boyunca bu delilleri incelemelerine ve teknik inceleme yaptırılmalarına izin vermedikleri görülmektedir. Başvurucuların, tutukluluğun yasallığına etkili bir şekilde itiraz edebilmek için temel öneme sahip dijital materyaller ve belgelerin içeriği ile ilgili yeterli bilgiye ve ayrıca ilgili dijital materyaller hakkında teknik inceleme yapma imkanına sahip olmadıkları ve bu nedenle de silahların eşitliği ilkesinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. [*Yavuz Pehlivan ve diğerleri* [GK], B. No: 2013/2312, 4/6/2015, 80. paragraf]

Somut olayda, dijital deliller içindeki bilgi ve belgelere dayanılarak başvurucuların mahkumiyetine karar verilmiştir. Başvurucuların dijital verilerin gerçeği yansıtmadığı yönündeki iddialarının araştırılması amacıyla bu deliller üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılması veya bunlara ilişkin imajların verilmesi taleplerinin reddedilmiştir. ... Oysa Mahkeme, bu dijital delillere göre bir değerlendirme yaparak mahkumiyet kararı vermiş ve Yargıtay tarafından aynı nedenlerle verilen hüküm onanmıştır. ... Bu koşullarda Mahkemece izlenen usul ve yöntemin, silahların eşitliği ilkesinin gereklerine uygun olmadığı ve başvurucunun menfaatlerini yeterince koruyan bir güvence içermediği açıktır. ... [bu yüzden] ... "*silahların eşitliği*" ilkesi ihlal edilmiştir. [*Yankı Bağcıoğlu ve diğerleri* [GK], B. No: 2014/253, 9/1/2015, 74-77. paragraflar]

Açıklanan nedenlerle, dijital delillerin değerlendirilmesine ilişkin şikayetler yönünden, başvurucuların sundukları bilirkişi raporları ve uzman mütalaalarının İlk Derece Mahkemesince kabul edilmemesi ve bu konularda Mahkemece bilirkişi incelemesi yaptırılması yolundaki taleplerinin de yetersiz gerekçelerle reddedilmesi, "*gerekçeli karar hakkına*" ve "*silahların eşitliği*" ilkesine aykırı olduğundan, ... adil yargılanma hakkı ihlal edilmiştir. [*Sencer Başat ve diğerleri* [GK], B. No: 2013/7800, 18/6/2014, 72. paragraf]"

66. Bununla birlikte yukarıdaki kararlara aykırı olarak ByLock davalarında Anayasa Mahkemesi herhangi bir ihlal tespit etmemiştir.

67. **Sonuç:** Sonuç olarak,

a) Sadece ByLock indirmek ya da kullanmak yüzünden TCK'nın 314. maddesi kapsamında mahkumiyet almak, temel ifade özgürlüğü ve özel hayata saygı hakkının açık şekilde ihlali olarak değerlendirilebilir;

b) Türk mahkemelerinin sürekli olarak sanıkları yalnızca ya da temel olarak ByLock indirme ya da kullanma yüzünden cezaya çarptırması, Türkiye'de TCK'nın 314. maddesinin uygulanmasının, hukuk kalitesinden yoksun olduğunu ve keyfi kullanıma açık olduğunu ortaya koymaktadır;

c) ByLock verilerinin MİT tarafından herhangi bir yargısal gözetim altında olmaksızın işlenmesi, hem Türk Ceza Muhakemesi Kanunu'nun hem de Yargıtay'ın kendi kararlarının açık bir ihlali olarak değerlendirilebilir;



(+39)0645493487



segreteria@fidu.it



Via Boezio, 14 - 00193 Roma



- d) Mahkeme açısından ByLock verilerinin (kasıtsız ya da başka türlü) bozulmamış olmasına yönelik herhangi bir güvence söz konusu değildir. Tersine bu verilerin bütünlüğü konusunda ciddi kaygılar ortaya koyan en az iki uzman görüşü vardır;
- e) Anayasa Mahkemesi'nin emsal kararlarına göre, ByLock davalarında Türk mahkemelerince kullanılan usul ve yöntemler, silahların eşitliği ilkesinin gereklerine uygun değildir ve/veya başvurunun adil yargılanma hakkını yeterince koruyan bir güvence içermemektedir. Dolayısıyla Mahkeme kendisine Başvuru Sahibinin ya da benzer bir sanığın davasında silahların eşitliği ilkesinin ihlal edilmiş olup olmayacağını sormalıdır.

İtalya İnsan Hakları Federasyonu



(+39)0645493487



segreteria@fidu.it



Via Boezio, 14 - 00193 Roma