



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

BÜYÜK DAİRE

YÜKSEL YALÇINKAYA / TÜRKİYE DAVASI

(Başvuru No. 15669/20)

KARAR

Madde 15 - Ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü hallerde askıya alma
Madde 7 - Kanunsuz suç olmaz - Kanunsuz ceza olmaz - Suçun kurucu maddi ve manevi unsurları bireyselleştirilmiş bir şekilde usulüne uygun olarak tespit edilmeden şifreli mesajlaşma uygulaması ByLock'un kullanımına kesin olarak dayandırılmış olan silahlı terör örgütü üyeliğinden mahkumiyet - Özel kasit gerektiren isnat edilen suçun özüyle tutarsız geniş ve öngörülemeden yargısal yorum - Cezalandırma bakımından, 7. maddenin o yolla kişisel cezai sorumluluğun tesis edilebileceği manevi bir bağın varlığını gerektirmesi - Ulusal mahkemelerin yorumu, ByLock kullanıcılarına neredeyse otomatik bir şekilde cezai sorumluluk yüklemiştir - 7. madde askıya alınmaz bir hak teşkil etmektedir ve ulusun yaşamını tehdit eden koşullarda işlendiği iddia edilen terör suçları bakımından bile güvenceleri daha az katı uygulanamaz - Sözleşme, en zor koşullar da dahil olmak üzere 7. madde güvencelerine uyulmasını gerektirmektedir
Madde 6 § 1 (ceza) - Adil yargılama - Şifreli mesajlaşma uygulaması sunucusundan elde edilen ham verilerin açıklanmaması nedeniyle savunmaya yapılan engel, yargılamanın genel olarak adil olmasını sağlayan yeterli usuli güvencelerle dengelenmemiştir - Ceza davalarında giderek daha fazla kullanılan elektronik delillerin toplanması ve işlenmesinde ciddi zorluklar, Madde 6 § 1 güvencelerinin daha katı veya daha yumuşak bir şekilde uygulanmasını gerektirmemiştir - Savunmanın delillere doğrudan erişememesi ve bunların doğruluğunu ve güvenilirliğini ilk elden test edememesi, ulusal mahkemelere bu hususları en araştırıcı incelemeye tabi tutma konusunda daha büyük bir sorumluluk yüklemiştir - Ulusal mahkemelerin şikayet konusu ham verilerin açıklanmaması için gerekçe göstermemesi ve ByLock verilerinin bütünlüğü ve delil değeri ile ilgili temel sorunları ele almaması - Şifresi çözülmüş ByLock materyallerine erişim, savunma haklarının korunması için önemlidir - Savcılıkla eşit düzeyde etkili bir savunma yürütme kabiliyetini zayıflatan eksiklikler, başvuranın usuli haklarının özü ile bağdaşmamaktadır - Madde 15 - Durumun şartları kesinlikle gerektirmeksizin, adil yargılama gereklerine uyulmaması
Madde 11 - Örgütlenme özgürlüğü - Ulusal mahkemelerin, başvuranın FETÖ/PDY ile bağlantılı olduğu düşünülen bir sendika ve derneğe üye olmasını mahkumiyet kararını desteklemek için dayanak olarak kullanırken suçun kapsamını öngörülemez şekilde genişletmesi - Madde 15 - Durumun şartlarının kesinlikle gerektirmediği müdahale
Madde 46 - Kararın infazı - Bireysel tedbirler - Ceza yargılamasının yeniden açılmasının, talep edilmesi halinde, tespit edilen ihlallere son vermenin ve telafi sağlamanın en uygun yolu olması - Davalı devletin, ulusal mahkemelerin ByLock kullanımına yaklaşımına ilişkin sistemik sorunu ele almaya uygun genel tedbirleri alması gerektiği

STRAZBURG

26 Eylül 2023

Bu karar kesindir ancak şekli düzeltmelere tabi tutulabilir.

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ	7
USUL	7
OLGULAR	9
I. DAVANIN ARKA PLANI VE BAĞLAMI	9
A. 7	
B. 9	
II. DAVANIN KOŞULLARI	12
A. 10	
B. 12	
C. 13	
1. 13	
(a) 13	
(b) 14	
(c) 15	
2. 16	
3. 18	
D. 18	
1. 18	
(a) 21 Mart 2017 tarihinde görülen duruşma	21
(b) 20	
(c) 22	
2. 24	
(a) 24	
(b) 25	
3. 28	
4. 31	
5. 33	
III. TARAFLARCA SUNULAN DİĞER MATERYALLER	37
A. 33	
B. 35	
1. 35	
(a) 35	
(b) 37	

- (c) 40
- (d) 40
- 2. 41
 - (a) 41
 - (b) 41
- C. 42

İLGİLİ YASAL ÇERÇEVE VE UYGULAMA

47

I. İÇ HUKUK VE UYGULAMA

47

A. 43

1. 43

2. 44

(a) 44

(b) 46

3. 47

(a) 47

(b) 48

4. 49

(a) 49

(b) 667 ve 685 sayılı **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**

5. 50

B. 51

1. 51

(a) 51

(b) 57

2. 58

(a) 58

(b) 64

3.	67	
II.	ULUSLARARASI HUKUK VE UYGULAMA	73
A.	68	
B.	69	
1.	69	
2.	71	
3.	73	
4.	73	
III.	TÜRKİYE TARAFINDAN	74
HUKUK		80
I.	TÜRKİYE TARAFINDAN YAPILAN	75
A.	75	
B.	76	
II.	SÖZLEŞME'NİN 7. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI	83
A.	78	
B.	78	
1.	78	
2.	84	
(a)	84	
(b)	85	
(i)	87	
(ii)	89	
(c)	94	
III.	SÖZLEŞME'NİN 6 § 1 MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI	101
A.	95	
1.	95	
2.	96	
B.	97	
1.	97	
2.	103	
(a)	103	
(b)	104	
(c)	107	
(i)	107	
(ii)	118	

YÜKSEL YALÇINKAYA/TÜRKİYE KARARI

(d)	119
(e)	120
(f)	124
IV. SÖZLEŞME'NİN 6. MADDESİNE İLİŞKİN DİĞER İHLAL İDDİALARI	130
A. Madde 6 § 1 kapsamında ulusal mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığına ilişkin iddialar	131
B. Madde 6 § 3 (c) kapsamında etkili hukuki yardım hakkına ilişkin iddialar	133
V. SÖZLEŞME'NİN 8. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI	133
VI. SÖZLEŞME'NİN 11. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI	134
A.	128
B.	128
1.	128
2.	130
(a)	130
(b)	131
(c)	134
(d)	135
VII. SÖZLEŞME'NİN 41. VE 46. MADDELERİNİN UYGULANMASI	142
A.	135
1.	135
2.	137
(a)	137
(b)	137

- B. 140
1. 140
2. 141
3. 143

YÜRÜRLÜKTEKİ HÜKÜMLER	150
YARGIÇLAR PASTOR VILANOVA VE ŠIMÁČKOVÁ'NIN DA KATILDIĞI YARGIÇ SCHEMBRI ORLAND'IN KISMEN MUHALEFET ŞERHİ,	153
YARGIÇLAR KRENC VE SÂRCU'NUN KISMİ MUHALEFET ŞERHİNİN ORTAK AÇIKLAMASI	158
KISMEN KATILYORUM, KISMEN KARŞI ÇIKIYORUM YARGIÇ SERGHIDES	159
YARGIÇLAR RAVARANI, BÂRDSEN, CHANTURIA, JELIĆ, FELICI VE YÜKSEL'İN ORTAK KISMİ MUHALEFET ŞERHİ	171
YARGIÇ FELICI'NİN KISMEN MUHALEFET ŞERHİ	175
YARGIÇ YÜKSEL'İN KISMEN MUHALEFET, KISMEN KATILMA GÖRÜŞÜ	177

Yüksel Yalçınkaya/Türkiye davasında,

Yargıçlar

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

ve *Yazı İşleri Müdür Yardımcısı* Abel Campos'un katılımıyla Büyük Daire halinde toplanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 18 Ocak ve 28 Haziran

2023 tarihlerinde gerçekleştirilen kapalı müzakerelerin ardından daha sonraki bir tarihte kabul edilen aşağıdaki kararı vermiştir:

1 GİRİŞ

1. Dava, başvuranın Türk makamları tarafından "*Fetullahçı Terör Örgütü/Paralel Devlet Yapılanması*" (bundan böyle "FETÖ/PDY" olarak anılacaktır) olarak tanımlanan ve 15 Temmuz 2016 tarihinde Türkiye'de meydana gelen darbe girişiminin arkasında olduğu düşünülen silahlı terör örgütüne üyelikten mahkûm edilmesiyle ilgilidir. Mahkûmiyet kararı, başvuranın, ulusal mahkemelerin FETÖ/PDY üyelerinin özel kullanımı için tasarlandığına hükmettiği "ByLock" adlı şifreli bir mesajlaşma uygulamasını kullanmasına dayandırılmıştır. Başvuran aleyhinde kullanılan diğer deliller arasında Bank Asya'da bir hesap kullanması ve FETÖ/PDY ile bağlantılı olduğu düşünülen bir sendika ve derneğe üye olması yer almaktadır. Başvuran, yargılanmasının ve mahkûmiyetinin Sözleşme'nin 6, 7, 8 ve 11. maddelerinin ihlali anlamına geldiğinden şikâyetçi olmuştur.

2 USUL

2. Dava, 17 Mart 2020 tarihinde Türk vatandaşı Yüksel Yalçinkaya ("başvuran") tarafından İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin ("Sözleşme") 34. maddesi uyarınca Türkiye Cumhuriyeti aleyhine Mahkeme'ye yapılan başvurudan (No. 15669/20) kaynaklanmaktadır.

3. Başvuran, Belçika Mariakerke'de avukatlık yapan Bay J. Vande Lanotte ve Bay J. Heymans, Türkiye Kayseri'de avukatlık yapan Bay Ö. Akıncı ve Büyük Daire Başkanı tarafından izin verilen Bay M. Öncü tarafından temsil edilmiştir (İçtüzüğü'nün 36 § 4 (a) *son maddesi*). Türk Hükümeti ("Hükümet"), kendi görevlisi Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Daire Başkanı Sayın H. A. Açıkgül tarafından temsil edilmiştir.

4. Başvuru, Mahkeme'nin İkinci Bölümü'ne havale edilmiştir (Mahkeme İç Tüzüğü'nün 52 § 1 maddesi). 19 Şubat 2021 tarihinde Hükümet'e, başvuranın Sözleşme'nin 6 §§ 1 ve 3. maddeleri (aleyhindeki delillerin toplanması, kabul edilmesi ve değerlendirilmesi, kendisini yargılayan mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ve etkili hukuki yardım hakkı ile ilgili) ve 7, 8 (ByLock ve internet trafiği verilerinin toplanması ve kullanılması ile ilgili) ve 11. maddeleri kapsamındaki şikâyetleri bildirilmiştir. Başvurunun geri kalan kısmı, Mahkeme İç Tüzüğü'nün 54 § 3 maddesi uyarınca kabul edilemez bulunmuştur.

5. Bölüm Başkanı, yazılı görüşlerini sunan Uluslararası Hukukçular Komisyonu'na davaya müdahil olma izni vermiştir (Sözleşme'nin 36 § 2 maddesi ve İçtüzüğü'nün 44 § 3 maddesi).

6. 3 Mayıs 2022 tarihinde, İkinci Bölüm'ün bir Dairesi, Büyük Daire lehine yargı yetkisinden feragat etmeye karar vermiştir (Sözleşme'nin 30. maddesi ve İçtüzüğü'nün 72. maddesi).

7. Büyük Daire'nin oluşumu, Sözleşme'nin 26. maddesinin 4. ve 5. fıkraları ile İçtüzüğü'nün 24. maddesi hükümlerine uygun olarak belirlenmiştir.

8. Başvuran ve Hükümet, başvurunun kabul edilebilirliği ve esasına ilişkin yazılı görüşlerini sunmuşlardır (İçtüzüğü'nün 71 ve 59 § 1 maddeleri).

9. Duruşma, 18 Ocak 2023 tarihinde Strazburg'daki İnsan Hakları Binası'nda kamuya açık olarak gerçekleştirilmiştir.

Mahkeme önünde aşağıdakiler hazır bulunmuştur:

(a) *Hükümet adına*

Sayın H. A. AÇIKGÜL,
Bay S. TALMON,
Bay C. STAKER,
Bayan B. BAYRAK ŞENOCAK,
Bay İ. YUSUFOĞLU,
Bay K. ERSİNTANIK,
Bay F. YILMAZ,

Yardımcı Görevli,

Avukat,

Danışmanlar;

(b) *Başvuran adına*

Bay J. HEYMANS,
Bay J. VANDE LANOTTE,
Bay M. ÖNCÜ,

Avukat,

Danışman.

Mahkeme, Hükümet adına Bay Açıkgül, Bay Talmon ve Bay Staker ile başvuran adına Bay Heymans ve Bay Vande Lanotte'nin sunumlarını ve yargıçlar tarafından yöneltilen sorulara verdikleri yanıtları dinlemiştir.

3 OLGULAR

I. DAVANIN ARKA PLANI VE BAĞLAMI

A. 15 Temmuz 2016 darbe girişimi ve olağanüstü hal ilanı

10. 15-16 Temmuz 2016 gecesini, kendilerini "Yurtta Sulh Konseyi" olarak adlandıran bir grup Türk Silahlı Kuvvetleri mensubu ("TSK" olarak da anılmaktadır), Türkiye'nin demokratik yollarla seçilmiş Parlamentosunu, Hükümetini ve Cumhurbaşkanı'na devirmeyi amaçlayan bir askeri darbe girişiminde bulunmuştur.

11. Darbe girişimi sırasında, azmettiricilerin kontrolü altındaki 8.000'den fazla askeri personel, Meclis binası ve Cumhurbaşkanlığı yerleşkesi de dahil olmak üzere birçok stratejik devlet binasını bombalamış, Cumhurbaşkanı'nın

kaldığı otele ve Başbakan'ın seyahat ettiği konvoyu saldırmış, Genelkurmay Başkanı'nı rehin almış, birçok kamu kurumuna saldırmış ve işgal etmiş, televizyon stüdyolarını işgal etmiş, Boğaz köprülerini ve İstanbul'daki havaalanlarını tanklar ve zırhlı araçlarla kapatmış ve darbe girişimine karşı çıkmak için sokaklara dökülen göstericilere ateş açmıştır. Hükümet tarafından verilen rakamlara göre, söz konusu gece aralarında sivillerin de bulunduğu 250'den fazla kişi öldürülmüş ve 2.000'den fazla kişi de yaralanmıştır. Hükümet ayrıca darbe girişimi sırasında, aralarında F-16 savaş uçakları ve helikopterlerin de bulunduğu 70 kadar askeri uçak, 3 gemi, 246 zırhlı araç ve yaklaşık 4.000 hafif silah kullanıldığını belirtmiştir.

12. Askeri darbe girişiminin ertesi günü ulusal makamlar, Pensilvanya'da (Amerika Birleşik Devletleri) yaşayan bir Türk vatandaşı olan ve FETÖ/PDY'nin lideri olarak kabul edilen Fethullah Gülen (bundan böyle "F. Gülen" olarak anılacaktır) ile bağlantılı şebekeyi suçlamıştır. Yetkililer, darbe girişiminin sorumluluğunu Türk Silahlı Kuvvetlerine sızmış olan FETÖ/PDY mensuplarına yüklemiştir.

13. 16 Temmuz 2016 tarihinde, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı Anayasal Düzene Karşı İşlenen Suçlar Bürosu, darbe girişimine ilişkin bir ceza soruşturması başlatmıştır. Bu soruşturma çerçevesinde hareket eden bölge savcılıkları, darbe girişimine karıştığından şüphelenilen kişilerin yanı sıra FETÖ/PDY ile bağlantısı olduğundan şüphelenilen diğer kişiler hakkında da ceza soruşturmaları başlatmıştır.

14. Hükümet 20 Temmuz 2016 tarihinde, 21 Temmuz 2016 tarihinden itibaren doksan gün süreyle olağanüstü hal ilan etmiş ve bu süre daha sonra yedi kez, her seferinde doksanar günlük sürelerle uzatılmıştır.

15. Türk makamları 21 Temmuz 2016 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne 15. Madde kapsamında Sözleşme'yi askıya alma bildiriminde bulunmuştur (bildirimin içeriği için bkz. 205 aşağıda).

16. Olağanüstü hal süresince Bakanlar Kurulu çeşitli kanun hükmünde kararnameler çıkarmıştır. Bu kanun hükmünde kararnamelerden birine, yani 672 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye dayanılarak 1 Eylül 2016 tarihinde yayımlanan 672 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilen 50.875 kamu görevlisi görevlerinden ihraç edilmiştir. İhraç edilenler arasında Milli Eğitim Bakanlığında çoğunluğu öğretmen olmak üzere 28.163 memur bulunmaktadır (ilgili kanun hükmünde kararname hakkında daha fazla bilgi için bkz. *Köksal/Türkiye* (k.k.), No. 70478/16, § 7, 6 Haziran 2017). Benzer şekilde, 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararname temelinde 23 Temmuz 2016 tarihinde yürürlüğe giren 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararname uyarınca, FETÖ/PDY'ye aidiyeti, iltisakı veya irtibatı olduğu değerlendirilen 104 vakıf, 1.125 dernek ve 19 sendika kapatılmıştır.

17. 18 Temmuz 2018 tarihinde olağanüstü hal kaldırılmıştır.

B. Darbe girişimi öncesinde FETÖ/PDY'ye karşı alınan tedbirler

18. Taraflarca sunulan ulusal mahkeme kararlarından, daha önce uluslararası alanda "Gülen Hareketi" veya "Gülen Topluluğu" (*Cemaat*) olarak bilinen FETÖ/PDY'nin, 1960'lı yıllardaki kuruluşundan bu yana büyük ölçüde dini bir grup olarak algılanmasına rağmen, motivasyonlarının ve *çalışma şeklinin* yine de uzun yıllar boyunca şüphe ve kamuoyu tartışmalarına konu olduğu anlaşılmaktadır (bkz. Anayasa Mahkemesinin aşağıdaki 172. paragrafta belirtilen *Ferhat Kara* davasındaki, No. 2018/15231, bulguları; ayrıca bkz. aşağıdaki 198. paragrafta belirtilen Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri'nin Bildirisi'nin 20. paragrafı). Bu bağlamda, Hareketin lideri F. Gülen, 1999 yılında "Gülen Hareketi"nin faaliyetleri nedeniyle terör örgütü kurmak ve yönetmekle suçlanmıştır. Bu yargılamalar, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 24 Haziran 2008 tarihli nihai kararıyla Gülen'in beraat etmesiyle sonuçlanmıştır (bu yargılamalara ilişkin daha fazla ayrıntı için bkz. 189-193 aşağıda; ayrıca bkz. ayrıca *Akgün/Türkiye*, No. 19699/18, § 124, 20 Temmuz 2021).

19. İlgili ulusal mahkeme kararlarından da görülebileceği üzere, FETÖ/PDY'yi çevreleyen tartışma ve ihtilaflar 2013'ten sonra, özellikle de FETÖ/PDY'nin maksadına ilişkin şüpheleri güçlendiren ve bu hareketin şüpheli üyeleri hakkında terörle ilgili suçlamalarla çok sayıda soruşturma başlatılmasına neden olan isimlendirildiği şekliyle "17-25 Aralık soruşturmalarının" ve "MİT tırları" olayının ardından yoğunlaşmıştır (bu olaylara ilişkin daha fazla ayrıntı için bkz. aşağıdaki 172. paragraf; ayrıca bkz. *Sabancı ve Diğerleri / Türkiye*, No. 23199/17, § 23, 10 Kasım 2020; *Murat Aksoy / Türkiye*, No. 80/17, § 12, 13 Nisan 2021; ve *Yasin Özdemir / Türkiye*, No. 14606/18, §§ 14 ve 29, 7 Aralık 2021).

20. Aynı zamanda, Devlet güvenlik birimleri de FETÖ/PDY'nin ulusal güvenliğe yönelik bir tehdit oluşturduğunu düşünmektedir. Milli güvenlik konularında politika tavsiyelerinde bulunan istişari bir koordinasyon organı olan Milli Güvenlik Kurulu'nun iki ayda bir yapılan düzenli toplantılarının ardından yayınlanan basın açıklamaları, 2014 yılı başından itibaren bu organın FETÖ/PDY konusunda alarm verdiğini ortaya koymaktadır. 2014 Şubat ayında "kamu huzur ve güvenliğini tehdit eden bir yapı" olarak tanımlanan örgütün Mayıs 2016'da "terör örgütü" olarak tanımlanmasının kademeli olarak değişmesinden de anlaşılacağı üzere (ilgili açıklamalar hakkında daha fazla ayrıntı için bkz. aşağıdaki 108-113 paragraflar; ayrıca bkz. *Akgün*, yukarıda anılan §§ 39 ve 40).

21. Dava dosyasında yer alan bilgiler, bu gelişmelere paralel olarak, Türkiye *Milli İstihbarat Teşkilatı'nın* (bundan böyle "MİT" olarak anılacaktır) da darbe girişimi öncesinde FETÖ/PDY ile ilgili *istihbarat* toplama faaliyetlerinde bulunduğunu göstermektedir. Bu bağlamda, 2016 yılının başlarında MİT, FETÖ/PDY'nin yasadışı faaliyetleri hakkında bilgi toplamak için Litvanya'da bulunan şifreli mesajlaşma uygulaması

"ByLock"un ana sunucusuna erişmiş ve görünüşe göre bu uygulamanın yalnızca söz konusu örgütün üyeleri tarafından iç iletişim için kullanıldığına dair istihbarata dayanmıştır. Hükümet tarafından sağlanan bilgilere göre, Mayıs 2016 itibarıyla MİT tarafından ByLock sunucusundan elde edilen veriler, bu sunucuya bağlanan kişilerin İnternet Protokolü ("IP") adresleri de dahil olmak üzere, Emniyet Genel Müdürlüğü de dahil olmak üzere "ilgili kurumlarla" paylaşılmıştır. MİT ayrıca 24 Ekim 2016 tarihinde ByLock uygulamasının teknik ve örgütsel özelliklerine ilişkin bir analiz raporunu (bundan böyle "MİT Teknik Analiz Raporu" olarak anılacaktır, bkz. aşağıdaki 114-116. paragraflar).

22. Akabinde, Aralık 2016'da MİT elindeki ham ByLock verilerini Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına teslim etmiştir. Başsavcılığın talebi üzerine, 9 Aralık 2016 tarihinde Ankara Dördüncü Sulh Ceza Hakimliği, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun ("CMK") 134. maddesi uyarınca söz konusu ham verilerin incelenmesine karar vermiştir (bkz. aşağıdaki 142. paragraf). Özellikle, MİT tarafından teslim edilen materyalin kopyalarının çıkarılmasını ve içeriğinin deşifre edilmesini emretmiştir. Bu arada, MİT tarafından ifşa edilen veriler temelinde binlerce soruşturma başlatılmış ve ByLock uygulamasının şüpheli kullanıcıları FETÖ/PDY üyeliği ile suçlanmıştır (bu gelişmelerin zaman çizelgesi, ulusal makamlar ve uzmanlar tarafından ByLock hakkında hazırlanan teknik raporlar ve müteakip soruşturma tedbirleri hakkında daha fazla bilgi için bkz. aşağıdaki 114-130 paragraflar ile Anayasa Mahkemesi'nin *Ferhat Kara* kararının aşağıda belirtilen 174 ve 175. paragrafları).

II. DAVANIN KOŞULLARI

23. Başvuran 1966 doğumludur. Başvurusunu yaptığı tarihte Kayseri'de hapis cezasını çekmekteydi.

A. Başvuranın yakalanması ve tutuklanması

24. 22 Temmuz 2016 tarihinde, Kayseri'de bir devlet okulunda öğretmen olan başvuran, kamu hizmetinden açığa alınmıştır. 27 Temmuz 2016 tarihinde 672 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile FETÖ/PDY ile bağlantılı olduğu şüphesiyle görevinden ihraç edilmiştir (bkz. yukarıdaki 16. paragraf).

25. 29 Temmuz 2016 tarihinde Kayseri Cumhuriyet Başsavcılığı, Kayseri Emniyet Müdürlüğü'nden, aralarında başvuranın da bulunduğu Kayseri'de görevden ihraç edilen öğretmenlerin FETÖ/PDY üyesi veya yöneticisi olup olmadıklarının ya da bu örgülle bağlantılarının bulunup bulunmadığının araştırılmasını, sosyal medya hesaplarında suç unsuru bulunup bulunmadığının incelenmesini, bu kişilerle ilgili tanık ifadelerinin alınmasını, adres ve iletişim bilgilerinin tespit edilmesini talep etmiştir.

26. Kayseri Emniyet Müdürlüğü tarafından 18 Ağustos 2016 tarihinde tutulan bir tutanağa göre, aynı tarihte daha erken bir vakitte polis imdat hattına gelen isimsiz bir ihbarda, başvuranın Kayseri'de ikamet eden bir başka kişiyle birlikte FETÖ/PDY üyesi olduğu bildirilmiştir.

27. 5 Eylül 2016 tarihinde Kayseri Emniyet Müdürlüğü, Kayseri'de memuriyetten ihraç edilen 147 öğretmenle ilgili soruşturma raporunu Kayseri Cumhuriyet Savcılığına sunmuştur. Raporda, başvuranla ilgili olarak, ByLock kullanıcısı olduğunun tespit edildiği belirtilmiştir (Başvuru sahibinin ByLock ile bağlantısı hakkında daha fazla bilgi için bkz. aşağıdaki 80 paragraf). Raporda, ByLock uygulaması veya başvuranın bu uygulamayı kullandığının nasıl tespit edildiği hakkında başka bilgi yer almamaktadır. Raporda ayrıca, başvuranın "PDY doğrultusunda" faaliyet yürüttüğü kabul edilen "Aktif Eğitimciler Sendikası", diğer adıyla "Aktif Eğitim-Sen" ve "*Kayseri Gönüllü Eğitimciler Derneği*" üyesi olduğu belirtilmiştir. Raporun sonuç bölümünde, söz konusu şüphelilerin ByLock üzerinden kendi aralarında özel şifreli haberleşme yapmaları, diğer örgüt mensuplarıyla irtibatlı olmaları ve bazılarının FETÖ/PDY'ye destek veren Bank Asya'da hesaplarının bulunması nedeniyle FETÖ/PDY üyesi oldukları değerlendirildi. Bu doğrultuda, Kayseri Emniyet Müdürlüğü, ilgili kişiler hakkında arama ve el koyma kararının yanı sıra tutuklama ve soruşturma kararları talep etmiştir.

28. Aynı gün, Kayseri Cumhuriyet Savcılığı, Kayseri Sulh Ceza Mahkemesi'ne, aralarında başvuranın da bulunduğu 147 kişinin adreslerinde ve üzerlerinde dijital delillerin aranması ve bunlara el konulması, bilgisayar, cep telefonu ve hafıza kartı gibi dijital materyallerin aranması ve dijital materyallerin deşifre edilmesi ve analiz edilmesi amacıyla bunlara geçici olarak el konulması için talepte bulunmuştur.

29. Kayseri Sulh Ceza Mahkemesi, Cumhuriyet Savcısının taleplerini aynı gün kabul etmiş ve ardından polise gerekli işlemlerin yapılması ve şüphelilerin tutuklanması talimatını vermiştir.

30. Bu doğrultuda, 6 Eylül 2016 tarihinde polis başvuranın evinde bir arama gerçekleştirmiştir. Arama sırasında polis, diğer materyallerin yanı sıra, bir cep telefonuna (IMEI¹ numarası: 351912067995747) ve SIM kartına (belirtilen bir telefon numarası olan) el koymuştur. Başvuranın üzerinde veya arabasında herhangi bir suç unsuruna rastlanmamıştır. Başvuran, arama sonunda FETÖ/PDY üyesi olduğu şüphesiyle tutuklanarak polis tarafından gözaltına alınmıştır.

31. 8 Eylül 2016 tarihinde başvuran, avukatının huzurunda polis tarafından sorgulanmıştır. Başvuran ifadesinde, son on yıldır aynı telefon numarasını kullandığını belirtmiştir. FETÖ/PDY ile bağlantılı dernek, sendika veya kurumlarla herhangi bir bağlantısı olduğunu veya bu tür

¹. "IMEI", bir cep telefonunu tanımlamak için kullanılan benzersiz bir numara olan "Uluslararası Mobil Ekipman Kimliği" anlamına gelir.

kurumlara herhangi bir bağışta bulunduğunu reddetmiştir. Aktif Eğitim-Sen adlı bir sendikaya üye olduğunu ancak Haziran 2016'da üyeliğini sonlandırdığını belirtmiştir. Bank Asya'ya 4 Şubat 2014 tarihinde Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ("TMSF") tarafından el konulmasının ardından F. Gülen'in çağrısı üzerine herhangi bir para yatırıp yatırmadığı sorulduğunda, başvuran böyle bir çağrıdan haberdar olmadığını ve bu nedenle bu koşullarda bankaya herhangi bir para yatırmadığını iddia etmiştir. Bununla birlikte, 2014 yılında Milli Eğitim Bakanlığı ile ortaklaşa yürütülen bir okul projesinde görevlendirildiğinde, kendisinden ücretini alabilmek için Bank Asya'da bir hesap açmasının istendiğini ve bu bankayla olan ilişkisinin bu kadar olduğunu açıklamıştır. Polis tarafından ByLock uygulamasının kullanıcısı olarak tespit edildiğinin bildirilmesi üzerine başvuran, bu uygulamayı hiç duymadığını ve hiç kullanmadığını belirtmiştir. Son olarak, kendisi hakkında yapılan isimsiz aramayla ilgili olarak, başvuran kendisine yöneltilen suçlamaların asılsız olduğunu ve FETÖ/PDY üyesi olmadığını savunmuştur.

32. Kayseri Emniyet Müdürlüğü, 9 Eylül 2016 tarihinde Kayseri Cumhuriyet Başsavcılığı'na, şifreli haberleşme uygulaması ByLock'u kullandıkları tespit edilen ve aralarında başvuranın da bulunduğu altmış- yedi kişinin ismini belirten bir rapor göndermiştir. Raporda, ByLock kullanımına ilişkin bilgilerin "diğer kurumlarla koordinasyon sonucunda" elde edildiği belirtilmiştir.

33. Aynı tarihte başvuran, Kayseri Sulh Ceza Mahkemesi tarafından avukatının huzurunda sorgulanmıştır. Başvuran, daha önce emniyet müdürlüğü önünde verdiği ifadeleri yineledikten sonra, FETÖ/PDY ile bağlantılı olduklarını bilerek herhangi bir derneğe veya başka bir kuruluşa katılmadığını ileri sürmüştür. Sorgunun sonunda Kayseri Sulh Ceza Mahkemesi, diğer hususların yanı sıra, başvuranın silahlı terör örgütüne üye olma suçunu işlediğine dair kuvvetli şüphe bulunduğuna işaret eden somut delilleri göz önünde bulundurarak başvuranın tutuklanmasına karar vermiştir.

B. Soruşturma dosyasında yer alan diğer raporlar

34. 12 Ekim 2016 tarihinde Kayseri Emniyet Müdürlüğü, Kayseri Cumhuriyet Savcılığına, aralarında başvuranın da bulunduğu ve ByLock kullandıkları iddiasıyla tutuklanan 147 Kayseri'de yerleşik öğretmenle ilgili bir rapor sunmuştur (bundan böyle "polis ByLock raporu" olarak anılacaktır). Raporda, uygulamanın kullanıldığı telefon (veya IP) numarası ve ByLock kullanıcı kimliği ile birlikte her kullanıcıya atanan bir renk kodu (mavi, turuncu veya kırmızı) belirtilmiştir. Başvuruna ilişkin bilgilerde, belirtilen telefon numarasından ByLock uygulamasına bağlandığı, ByLock kullanıcı ID'sinin 408783 olduğu ve "turuncu" kullanıcı olarak sınıflandırıldığı belirtilmiştir. Raporda, ByLock kullanımına ilişkin verilerin nasıl elde edildiğine veya renk kodlarının neyi ifade ettiğine dair herhangi bir açıklama yer almamaktadır.

35. Kayseri Cumhuriyet Savcılığının 25 Ekim 2016 tarihli talebini takiben, 16 Kasım 2016 tarihinde Bank Asya, aralarında başvuranın da bulunduğu bir dizi şüphelinin banka hesap bilgilerini savcılığa vermiştir. Verilen bilgilere göre, Bank Asya'da başvuran adına iki hesap tespit edilmiştir. Bunlardan biriyle ilgili herhangi bir işlem yapılmamış olsa da, diğerine 28 Şubat 2014 tarihinde - yani F. Gülen'in söz konusu bankayı desteklemek için yaptığı iddia edilen çağrıdan sonra (bkz. yukarıdaki 31. paragraf). Bu para daha sonra geri çekilmiş ve 12 Aralık 2014 tarihinde 1.520,50 TL (o tarihte yaklaşık 540 Avro'ya denk gelmektedir) tutarında yeni bir para yatırma işlemi gerçekleştirilmiştir. Para yatırma işleminin kim tarafından yapıldığı belirtilmemiştir.

36. Belirtilmeyen bir tarihte, Kayseri Cumhuriyet Başsavcılığı, başvuranın da aralarında bulunduğu şüphelilerin bir listesini Kayseri Valiliği İl Dernekler Müdürlüğüne iletmış ve bu kişilerden herhangi birinin 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile kapatılan dernek veya sendikalara üye olup olmadığına dair bilgi talep etmiştir (bkz. yukarıdaki 16. paragraf). 1 Aralık 2016 tarihinde İl Müdürlüğü, başvuranın Kayseri Gönüllü Eğitimciler Derneği ve Aktif Eğitim-Sen sendikasına üye olduğunu ve her iki sendikanın da 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile kapatıldığını belirtmiştir.

C. Başvuranın yargılanması

37. 6 Ocak 2017 tarihinde, Kayseri Cumhuriyet Savcısı, başvuran ve diğer sekiz kişi hakkında, Ceza Kanunu'nun 314 § 2 maddesi uyarınca FETÖ/PDY silahlı terör örgütüne üye olmakla suçlayan bir iddianame hazırlayarak Kayseri Ağır Ceza Mahkemesi'ne sunmuştur. İddianame üç bölüme ayrılmıştır: birinci bölümde, FETÖ/PDY hakkında "genel bilgi" verilmiş; ikinci bölümde, FETÖ/PDY'nin terör bağlamındaki eylemleri incelenmiş; üçüncü bölümde ise şüpheliler aleyhindeki somut deliller ele alınmıştır.

1. İddianamenin ilk bölümü

(a) FETÖ/PDY'nin Kuruluşu

38. İddianamenin ilk bölümünde verilen bilgilere göre, örgütün temelleri 1966 yılında, o dönemde imam ve *vaiiz* olarak görev yapan F. Gülen tarafından atılmıştır. Örgüt kuruluşunda faaliyetlerini, F. Gülen'in kasetlere kaydedilmiş konuşmaları veya "*sohbet toplantıları*" aracılığıyla ulaştığı genç öğrenciler üzerinde yoğunlaştırmıştır. F. Gülen kendisini günün sosyo-politik koşullarına uyarlayarak, dini duyguları istismar ederek ve siyasi partilerden özerkliğini koruyarak "din, siyaset ve para üçgeninde" etkisini artırmayı ve böylece örgütünü ve dini çevrelerdeki etkisini genişletmeyi başardı. Örgüt, varlığının 12 Eylül 1980 *darbesinden* önceki bu ilk evresinde, özellikle öğrencilere tahsis edilen ve iddianamede örgütün "hücre evleri" olarak adlandırılan "*ışık evleri*" ve öğrencileri hedef alan özel dersaneler

aracılığıyla destek tabanını genişletmeye ve kamu kurumlarına sızmaya odaklanmıştır.

39. Örgüt, 1980 *darbesini* takip eden bir sonraki aşamada, kamu kurumlarında "kadrolaşma" misyonunu tamamlamış ve diğer faaliyetlerini gizlice sürdürürken eğitim hedeflerine öncelik vermiştir. Parlak öğrencileri hedef almak ve onları eğitmek örgütün uzun vadeli projesinin temel bir parçasını oluşturuyordu, çünkü bu öğrenciler daha sonra örgüt tarafından önemli kamu kurumlarına yerleştiriliyordu.

40. Bu ikinci aşamada örgüt, "milli, yerli İslam" ideolojisinin yerine iddianamede "*devletçi* söylem" olarak adlandırılan bir ideoloji yerleştirmiştir. Ekonomik açıdan bakıldığında, örgüt bu aşamada şirketleri birbirine bağlayan bir holding gibi faaliyet göstermeye başlamış; bu doğrultuda bir banka kurmuş ve eğitim alanındaki varlığına ek olarak sağlık, finans, ulaşım ve medya sektörlerinde de faaliyet göstermeye başlamıştır. Bu ikinci aşama aynı zamanda FETÖ/PDY'nin yurt dışına açıldığı dönem olmuştur.

41. İddianameye göre, FETÖ/PDY'nin terörizme giden üçüncü aşaması, 28 Şubat 1997'deki sözde "post- modern *darbe*" olayından sonra başlamıştır (bu olay hakkında daha fazla bilgi için bkz. *Dilipak ve Karakaya/Türkiye*, No. 7942/05 ve 24838/05, §§ 6 ve 54, 4 Mart 2014). F. Gülen'in Türkiye'yi terk ettiği bu aşamada örgüt, söylemini değiştirerek "dinler arası diyalog" ve "insan hakları" gibi kavramlara atıfta bulunan daha evrensel ifadeler benimsemiştir. Bu aşamada örgütün 160 ülkede aktif hale geldiği ve Türkiye'deki tüm kamu kurumlarını da etkisi altına aldığı kaydedilmiştir. Özellikle 12 Eylül 2010 tarihinde kabul edilen anayasa değişikliklerinden sonra, örgüt kendisini devletin tek *fili* yöneticisi olarak görmeye başlamış ve bu algı 17 Aralık 2013 tarihine kadar devam etmiştir (yukarıda "17- 25 Aralık soruşturmaları" olarak adlandırılan ilgili 19. paragrafa bakınız).

(b) FETÖ/PDY'nin terminolojisi, amaçları ve işleyişi

42. İddianamenin bu ilk bölümünde savcılık, örgütün kullandığı özel terminolojinin ve yapısının bir tanımını da yapmıştır. Özellikle, FETÖ/PDY'nin kamu kurumları içindeki "hücre tipi örgütlenmesini" açıklamıştır; bu örgütlenme, "abi" (*örgüt abisi*) olarak adlandırılan hiyerarşik üstlerine bağlı en fazla beş kişiden oluşmaktadır. Bu örgütlenme yöntemi Hizbullah'tan esinlenmiştir. FETÖ/PDY içindeki en küçük örgütsel birimler olan hücreler birbirlerinden haberdar olmamakta, böylece bir hücrenin deşifre olması durumunda diğerleri faaliyetlerine devam edebilmektedir.

43. Örgütün amaçlarına gelince, daha önce FETÖ/PDY'de faaliyet göstermiş kişilerin ifadeleri, ana hedefin, toplumda var olan dini duyguları istismar ederek biriktirdiği mali gücü ve üyelerini kullanarak devletin anayasal organlarını kontrol altına almak olduğunu ortaya koymuştur. Örgüt, kamu kurumlarına sızmak ve bu amaca ulaşmak için üniversite veya memuriyete giriş sınav sorularını çalmak ya da kendi üyesi olmayan kişiler

aleyhine delil uydurarak memuriyetten atılmalarını sağlamak gibi gizli eylemlere de başvurmuştur.

44. Savcılık, FETÖ/PDY'nin neden bir "örgüt" olarak sınıflandırılması gerektiğini savunurken, işlerini açık ve şeffaf bir şekilde yürütmek yerine kod isimler ve özel telekomünikasyon kanalları kullanması, hesaplanamayan mali kaynakları ve faaliyetlerini yurtdışından yönetmesi, muhaliflerini saf dışı bırakmak için baskı, şantaj ve yasadışı yöntemlere başvurması, yabancı diplomatik misyonlarla gizli ilişkilere girmesi, devleti bir düşman olarak algılaması ve dini değerleri amaçları doğrultusunda yorumlaması ve bu yorumu günün hakim koşullarına uyarlaması gibi faktörlere dikkat çekmiştir.

45. Savcılık, FETÖ/PDY'nin hiyerarşik yapısının, her biri kendi coğrafi, sektörel ve kurumsal alanlarında atanmış "birimlerinden" sorumlu olan imamlar sistemine dayandığını belirtmiştir. F. Gülen'in "evrensel imam" olarak liderlik ettiği FETÖ/PDY, kıta, ülke, bölge, il, ilçe, esnaf, mahalle ve ev imamları aracılığıyla taban düzeyinde örgütlenmiş ve yayılmıştır. Örgüt ayrıca bakanlıklar, yerel yönetimler ve üniversiteler gibi kamu sektörüne ve özel sektöre de imamlar atamıştır. Görevlerinin hassas doğası nedeniyle, devlet hizmeti, kolluk kuvvetleri, ordu, yargı ve MİT'te faaliyet gösteren imamlar, iletişim araçları da dahil olmak üzere, gizliliklerini korumak için örgütün diğer üyelerine kıyasla daha fazla önlem almaktaydılar.

46. Örgütün en dış katmanında, örgütün tam anlamıyla bir parçası olmasalar da, meşruiyeti çok sayıda sempatzana bağlı olduğundan, örgütün işlevi için hayati öneme sahip olan "sempatizanları" vardı.

47. Savcılık ayrıca F. Gülen'in, devlete karşı açık bir mücadele yürütmenin içereceği zorlukları erkenden fark ederek, hedeflerine sistemi yok ederek değil, tüm devlet yapılarını içeriden fethederek ulaşmayı amaçladığını gözlemlemiştir. FETÖ/PDY'nin polis teşkilatında ve diğer kamu kurumlarında aktif olduğu uzun zamandır kamuoyu tarafından bilinmekteydi ve bu durum, örgütün operasyonlarını yürütmesinde ve hedeflerini ilerletmesinde etkili olmuştur.

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

48. Savcılık, örgütün en önemli iletişim aracının "GSM hatları" olduğunu belirtmiştir. Kural olarak, bu hatlar üçüncü bir kişi veya FETÖ/PDY tarafından kontrol edilen bir kuruluş adına kaydedilmekte, bu da abonelik bilgilerinin gerçek kullanıcıyı ifşa etmemesi anlamına gelmekteydi. Yaklaşık her üç ayda bir yeni bir GSM hattı alınmakta ve GSM hattı ile birlikte mobil cihaz da değiştirilmekteydi. Savcılığa göre sadece bu düzenleme bile FETÖ/PDY'nin gizli kalmasını istediği yasadışı faaliyetlerde bulunduğu önemli bir göstergesiydi.

49. Örgüt üyeleri iletişimlerinde birbirlerinin isimlerini kullanmaktan kaçınmış, il ve ilçe imamları ise genellikle kod isim kullanmışlardır.

50. Skype, Tango, WhatsApp, Viber, Line ve Kakao Talk gibi uygulamalar da düşük maliyetle sağladıkları şifreli iletişim imkânı nedeniyle

tercih edilmiştir. Ancak, kritik konumdaki üyeler, F. Gülen'in talimatıyla FETÖ/PDY üyelerinin özel kullanımı için geliştirildiği iddia edilen ByLock'u tercih ederek bu uygulamaları terk etmişlerdir. İddianamede ByLock'un özellikleri hakkında, otomatik mesaj silme özelliğine sahip şifreli bir mesajlaşma uygulaması olduğunu açıklamak dışında, daha fazla bilgi verilmemiştir. Ayrıca ByLock uygulamasının internetten indirilemediği, sadece başka bir üyeden temin edilebilen özel bir kurulum dosyası gerektirdiği belirtilmiş, bu durumun da uygulamaya sadece örgüt üyelerinin erişilebildiğini gösterdiği belirtilmiştir.

2. İddianamenin ikinci bölümü

51. İddianamenin ikinci bölümü, Türk hukukunda terörizmin ne anlama geldiği ve FETÖ/PDY'nin neden bir terör örgütü olarak nitelendirilmesi gerektiğine ilişkin bir tartışmaya ayrılmıştır. "Örgüt" ve "terörizm" kavramlarını düzenleyen iç mevzuat hükümlerini ortaya koyduktan sonra (bkz. aşağıdaki 146-149. paragraflar), savcılık bir yapının "terör örgütü" olarak nitelendirilebilmesi için üç unsurun mevcut olması gerektiğini belirtmiştir: (i) Terörle Mücadele Kanunu'nun (3713 sayılı Kanun) 1. bölümünde belirtildiği üzere bir ideoloji veya amaç; (ii) Ceza Kanunu'nun 220. maddesi uyarınca örgütlü bir yapı ve (iii) amaçlarına ulaşmak için cebir ve şiddete başvurma.

52. Yukarıdaki açıklamalar ışığında, Cumhuriyet Savcılığı FETÖ/PDY ile ilgili olarak aşağıdaki tespitlerde bulunmuştur:

"Fetullahçı Terör Örgütü;

1) Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini cebir, şiddet veya diğer yasadışı yöntemlerle devirmek veya görevlerini yapmasını kısmen veya tamamen engellemek; Devlet otoritesini baskı altına almak, zayıflatmak ve yönlendirmek; [kendisini] alternatif bir otorite olarak sunmak ve nihayetinde Devlet otoritesini ele geçirmek amacını taşımıştır,

2) Aynı amaca hizmet eden ancak hayatın normal akışında asla birlikte hareket etmeyecek kişileri içeren sürekli, gizli ve hiyerarşik bir yapıya sahiptir:

- silah [ve] güç kullanma ve [yasaları] uygulama yetkisine sahip olan ve mesleki bir hiyerarşi içinde faaliyet gösteren kamu görevlileri ve devlet memurları,

...

3) Birbirinden bağımsız hücre tipi bir yapıda [hücrelerle] organize edilmiştir,

4) [Belirlenen] faaliyet alanları, iş bölümü ve sorumluluklara uygun olarak bireylere kurumsal sorumluluklar verilmiştir,

...

6) Örgütsel faaliyetlerin sürekliliğini ve lidere bağlılığı sağlamak için önceden belirlenmiş evlerde düzenli olarak gizli örgütsel toplantılar yapılacaktır,

...

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

YÜKSEL YALÇINKAYA / TÜRKİYE KARARI

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

10) Özel dersane ve okullarında yetiştirdikleri nitelikli insan kaynağı ve izledikleri temkinli ve ikiyüzlü politikalar sayesinde 1980'lerden itibaren Devletin stratejik kurumlarına kendi kadrolarını yerleştirme imkânı bulmuşlar ve giderek çalıştıkları kurumlardaki karar alma ve yürütme mekanizmalarını ele geçirmişler/geçirmeye çalışmışlardır,

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

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

Bu yöntem sayesinde;

...

- Devletin otoritesini zayıflatmak amacıyla kamu düzeninin bozulmasıyla [sonuçlanan] toplumsal güvensizlik ve kutuplaşma yaratmışlar/yaratmaya çalışmışlar ve bu şekilde, örgüt üyeleri tarafından Türkiye Cumhuriyeti'nin siyasi olarak seçilmiş hükümetine yapılan tüm yasadışı müdahaleler için kamuoyu desteği toplamışlardır,

- aynı zamanda manipüle ettikleri kamuoyu tarafından uygulanan baskıyı [aracallaştırarak] adli makamları kontrolleri altına almayı amaçlamışlardır,

...

- Ülkemizin siyasi ve ekonomik istikrarını bozmaya ve teröre destek veren bir Devlet imajı yaratarak ülkemizin uluslararası alandaki itibarını zedelemeye yönelik yayınlar yapmışlardır...,

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

...

13) Erzincan Ağır Ceza Mahkemesi'nin 16.06.2016 tarihli kararında ... 'benimsediği yöntemler dikkate alındığında FETÖ/PDY'nin silahlı terör örgütü olarak nitelendirilmesinin zorunlu olduğu kanaatine varıldığı belirtilmiştir,

...

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

...

Bu çerçevede;

YÜKSEL YALÇINKAYA/TÜRKİYE KARARI

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

[Bu örgütün] yukarıda sayılan amaçlarına ulaşmak için cebir ve şiddet kullanmak zorunda kaldığı, cebir ve şiddetin varlığına işaret eden en önemli unsurlardan birinin 15.07.2016 tarihinde FETÖ/PDY tarafından gerçekleştirilen *darbe* girişimi olduğu [değerlendirilmektedir]..."

3. İddianamenin üçüncü bölümü

53. İddianamenin üçüncü bölümünde savcılık, başvuran aleyhindeki delilleri ortaya koymuştur. Buna göre, şunları kaydetmiştir;

(i) başvuranın FETÖ/PDY mensuplarının örgüt içi haberleşmede kullandıkları ByLock uygulamasını adına kayıtlı cep telefonu numarasından kullandığını ve kullanım yoğunluğunun "turuncu" seviyede olduğunu,

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

(iii) başvuran, her ikisi de 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'de FETÖ/PDY'ye aidiyeti, iltisakı veya irtibatı ilan edilen Aktif Eğitim-Sen Sendikasının ve Kayseri Gönüllü Eğitimciler Derneği'nin üyesi olması,

(iv) başvuranın kamu görevinden 672 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile ihraç edilmiş olması,

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

Bu eylem ve faaliyetlerin sürekliliği, çeşitliliği ve yoğunluğunu göz önünde bulunduran savcılık, Ceza Kanunu'nun 314. maddesinde düzenlenen silahlı örgüte üye olma suçunun başvuranın davasında işlendiğini tespit etmiştir.

Ç. Başvurana karşı yürütülen cezai kovuşturmalar

1. Kayseri Ağır Ceza Mahkemesi önündeki yargılamalar

54. 20 Ocak 2017 tarihinde Kayseri Ağır Ceza Mahkemesi bir ön rapor (*tensip zaptı*) yayınlarak başvuran aleyhindeki iddianameyi kabul etmiş ve ilk duruşma tarihini 21 Mart 2017 olarak belirlemiştir. Ayrıca, Emniyet Genel Müdürlüğü Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele Daire Başkanlığı'ndan ("KOM") ve Kayseri şubesinden, başvuranın ByLock uygulamasını kullanıp kullanmadığı, kullanmış ise hangi GSM hattı ve telefonun IMEI numarası üzerinden kullandığı, kimlerle iletişime geçtiği, indirme ve ilk kullanım tarihi, kullanım sıklığı ve tespit edilmişse uygulama üzerinden yapılan yazışmaların içeriği hakkında bilgi vermesini talep etmiştir.

55. KOM, 9 Şubat 2017 tarihinde Kayseri Ağır Ceza Mahkemesine başvuranın adı, kimlik numarası, GSM numarası ve telefon IMEI numarasının (35368406164487) belirtildiği bir tablo içeren bir sayfadan ibaret bir rapor göndermiştir (bundan böyle "KOM ByLock Raporu" olarak anılacaktır). Tabloda ayrıca tespit tarihi'nin "3 Ekim 2015" olduğu belirtilmiştir. Hükümet tarafından yapılan açıklamaya göre, bu, başvuranın ByLock'a ilk kez bağlandığı tarihe atıfta bulunmaktadır. Tabloda, temin edilen bilgilerin kaynağına ilişkin herhangi bir açıklama yer almamıştır.

(a) **21 Mart 2017 tarihinde görülen duruşma**

56. Kayseri Ağır Ceza Mahkemesi'nde ilk duruşma 21 Mart 2017 tarihinde yapılmıştır.

57. Ağır Ceza Mahkemesi, duruşmanın başında KOM tarafından sunulan ByLock raporunu delil olarak kabul etmiş ve 6 Eylül 2016 tarihinde yapılan arama sırasında ele geçirilen dijital materyallere ilişkin raporun henüz sunulmadığını kaydetmiştir. Ağır ceza mahkemesi, iddianameyi okuduktan sonra, başvurunu savunmasını yapmaya davet etmiştir. Başvuran, *diğer hususların yanı sıra*, belirtilen GSM hattının kullanıcısı olduğunu ancak ByLock'u hiç kullanmadığını belirtmiş ve iddianamede iddia edilen iletişim "içeriği ve [diğer] hususlar" hakkında hiçbir bilgisinin bulunmadığına dikkat çekmiştir. Bank Asya'daki banka hesabıyla ilgili olarak başvuran, bu hesabı okulunun yürüttüğü bir projede görevlendirilmesiyle ilgili olarak açtığını ve bu bankayla başka bir bağlantısı olmadığını yinelemiştir. Aktif Eğitim-Sen Sendikasına üyeliğiyle ilgili olarak, başvuran, Hükümet tarafından sendika üyeliği için bazı teşviklerin duyurulmasının ardından 2014 yılında sendikaya katıldığını, ancak daha sonra 17 Haziran 2016 tarihinde istifa ettiğini ve üyeliği sırasında herhangi bir yasadışı faaliyette bulunmadığını iddia etmiştir. Ayrıca, çeşitli eğitim ve kültür kursları sunan Kayseri Gönüllü Eğitimciler Derneğinin faaliyetlerine ilgi duyduğu için ve sosyalleşme amacıyla derneğe katılmıştır. Haziran 2016'da bu dernekten de ayrılmak istemiş ancak derneğin tasfiye sürecinde olduğu kendisine bildirilmiş ve bunun üzerine dernek kapatılmıştır. Başvuran son olarak kendisi hakkında alınan isimsiz ihbarı bilmediğini veya anlamadığını, bunu kabul etmediğini ifade etmiştir.

58. Başvuranın avukatı, dava dosyasında söz konusu yapının bir terör örgütü olduğunu ortaya koyacak hiçbir somut veri bulunmadığını eklemiştir. Avukata göre, Cumhurbaşkanı ve Başbakan'ın bu "yapı" ile ilgili açıklamalarından, yapının terörist amaçlarının yanı sıra devleti ele geçirme arzularının ve taşıdığı diğer yasadışı amaçların devlet yetkilileri tarafından bilinmediği anlaşılmaktadır; bu nedenle başvuranın bu konular hakkında bilgi sahibi olması beklenemezdi. Dolayısıyla, suçun maddi ve manevi unsurları gerçekleşmemiştir. Ayrıca, ByLock ile ilgili verilerin CMK kapsamında "delil" teşkil edemeyeceğini, çünkü (i) ele geçirilme yöntemi açısından hukuka aykırı olduklarını, (ii) ham verilerin teknik açıdan dava dosyasına nasıl dahil edildiğinin belirsiz olduğunu, (iii) teknik olarak yetersiz

olduklarını ve (iv) incelenemediklerini iddia etmiştir. Başvurana yöneltilen suçlamaların bir sendikaya ve bir derneğe üye olmasıyla ilgili olduğu ölçüde, başvuranın avukatı, her ikisinin de yasalara uygun olarak kurulduğunu ve kendilerine yasadışı bir faaliyet atfedilmediğini belirtmiştir.

59. Başvuranın avukatı ayrıca, *diğer hususların yanı sıra*, söz konusu terör örgütünün Türk Devleti'ne, kurumlarına ve vatandaşlarına karşı herhangi bir suç işleyip işlemediğinin ve ByLock verilerinin nasıl elde edildiğinin ve teknik olarak nasıl deşifre edildiğinin araştırılması amacıyla soruşturmanın genişletilmesini talep etmiştir. Avukat ayrıca, başvurana ait her türlü sarıh ByLock verilerinin dava dosyasına dahil edilmesini talep etmiştir.

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

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

62. Başvuran ve avukatı, savcının mütalaasına cevaben savunmalarını tekrarlamışlardır.

(b) Kayseri Ağır Ceza Mahkemesi'nin Kararı

63. Kayseri Ağır Ceza Mahkemesi, 21 Mart 2017 tarihinde yapılan duruşma sonunda, iddianamede belirtilen delillere dayanarak başvuranı suçlu bulmuş ve altı yıl üç ay hapis cezasına mahkum etmiştir. Mahkeme ayrıca, *diğer hususların yanı sıra*, başvuranın tutuklulukta geçirdiği süreyi göz önünde bulundurarak tahliyesine karar vermiştir.

64. Karar beş bölüme ayrılmıştır. "FETÖ/PDY Silahlı Terör Örgütü" başlıklı ilk bölümde mahkeme, terör örgütünün tanımı, türleri ve bileşenlerine ilişkin genel açıklamalar yaptıktan sonra, *diğer hususların yanı sıra*,

FETÖ/PDY'nin kuruluşu, amaçları, yönetimi ve hiyerarşik yapısı ile mali yapısı ve iletişim yöntemlerini büyük ölçüde iddianame ile aynı doğrultuda incelemeye devam etmiştir. Ağır Ceza Mahkemesi, FETÖ/PDY'nin sızdığı devletin güvenlik kurumlarının silahlı olmasının ve bu silahları kullanma yetkisine sahip olmasının, örgütün aslında silahlı olduğunu ve askeri bir eğilime sahip olduğunu göstermesi açısından çok önemli bir faktör olduğunu vurgulamıştır.

65. Kararın "Örgütün Yapısı ve İşleyişi" başlıklı ikinci bölümünde, örgütün gizli amaçlarına ulaşmak için sıkça başvurduğu, destekçileri için sınav sorularını çalmak, delil uydurmak ve uydurma suçlamalarla insanları özgürlüklerinden mahrum etmek gibi hukuk dışı yöntemlere genel bir bakış sunulmuştur. Gizliliğin korunmasının örgütün işleyişinin anahtarı olduğunu vurgulayan ağır ceza mahkemesi, F. Gülen'in takipçilerine "tüm güç merkezlerine" ulaşana kadar gizli hareket etmeleri ve dikkat çekmemeleri yönünde talimat verdiği iddia edilen ve örgütün anayasal düzen üzerinde kontrolü ele geçirmek için stratejik bir araç olarak tüm kamu kurumlarına sızdığını gösteren bazı ifadelerinden alıntı yapmıştır (Yargıtay'ın 26 Eylül 2017 tarihli kararında belirtildiği üzere, bu talimatlardan bazıları için aşağıdaki 162. paragrafa bakınız). Ağır Ceza Mahkemesi ayrıca gizlilik perdesinin "hükümeti ve siyaseti yeniden dizayn etmek" için gerçekleştirilen 17-25 Aralık 2013 tarihli "bürokratik darbe girişimi" ile kaldırıldığını kaydetmiştir (bkz. yukarıda 19. paragraf ve oradaki referanslar). Ağır Ceza Mahkemesi, sonuçları göz önünde bulundurulduğunda, 17- 25 Aralık olaylarının, FETÖ/PDY'nin bir yardım kuruluşu veya "hizmet" hareketi değil, bir terör örgütü olduğunun hem devlet hem de kamuoyu düzeyinde kabul edilmesi için bir dönüm noktası olarak görülmesi gerektiğine karar vermiştir.

66. Kararın üçüncü bölümü ByLock uygulamasının incelenmesine ayrılmıştır. Mahkeme, uygulamanın "tersine mühendislik, kripto analizi, web davranış analizi ve sunucu yanıt kodları" dahil olmak üzere teknik çalışmalara tabi tutulduğunu belirtmiş, ancak bu analizlerin kim tarafından yapıldığına dair daha fazla bilgi vermemiştir. Ardından, MİT teknik analiz raporunda yapılan değerlendirmelerin bir özetini sunmuştur (bkz. aşağıda 114-116 paragraflar), ancak bu rapora açıkça atıfta bulunmadan, ByLock'un küresel bir uygulama kisvesi altında FETÖ/PDY üyelerinin özel kullanımına sunulduğu sonucuna varmıştır.

67. Kararın dördüncü bölümünde, Ağır Ceza Mahkemesi Türkiye'deki silahlı terör örgütlerini düzenleyen yasal çerçeveyi incelemiş ve Ceza Kanunu ve Terörle Mücadele Kanunu'nun ilgili hükümlerine atıfta bulunarak silahlı terör örgütüne üye olma suçunun ana unsurlarını ortaya koymuştur (bkz. aşağıdaki 146-149. paragraflar). Özellikle, bir örgüte üyeliğin, örgütün hiyerarşik yapısına gönüllü olarak boyun eğme ve itaat etmenin yanı sıra örgütle "organik bir bağ" ve faaliyetlerine katılım gerektirdiğini belirtmiştir. Organik bağ kişiyi emre amade kılmakta ve hiyerarşik konumunu

belirlemektedir ve dolayısıyla üyeliğin en önemli unsuruydu. Sadece örgüte sempati duymak suç teşkil etmez.

68. Kararın beşinci ve son bölümünde, ağır ceza mahkemesi başvuranı mahkûm ederken dayandığı delilleri değerlendirmiştir. Bu bağlamda, başvuru sahibinin inkârına rağmen, soruşturma aşamasında Kayseri Emniyet Müdürlüğü tarafından hazırlanan ByLock raporunun ve daha sonra yargılama aşamasında KOM tarafından hazırlanan raporun, başvuru sahibinin 3 Ekim 2015 tarihinden itibaren GSM hattında 35368406164487 IMEI numarasını taşıyan bir telefonla ByLock uygulamasını kullandığını tespit ettiğini kaydetmiştir. Ayrıca, başvuru sahibinin FETÖ/PDY ile bağlantılı oldukları gerekçesiyle kapatılan bir sendikaya ve bir derneğe üye olduğu ve benzer şekilde bu örgüte bağlantılı olan Bank Asya'ya para yatırdığı tespit edilmiştir. Son noktayı detaylandıran ağır ceza mahkemesi, önceki dönemlerde Bank Asya hesabındaki asgari hareketliliğin aksine, Şubat 2014'te, örgütün talimatıyla, başvuru sahibinin 17-25 Aralık 2013 süreci sonrasında karşılaştığı ekonomik zorluklardan kurtarmak amacıyla bankaya geliriyle orantılı bir miktar - yani 3.110 TL - yatırdığını belirtmiştir.

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

70. Ağır Ceza Mahkemesi ayrıca, bir dernek veya sendika üyeliğinin tek başına silahlı terör örgütü üyeliğinin kanıtı olamayacağını, ancak başvuru sahibinin durumunda, örgütün iletişim aracı ByLock'u kullanmasının yanı sıra, FETÖ/PDY ile bağlantılı birden fazla kuruluşa üyeliğinin tespit edildiğini belirtmiştir. 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 sahibinin FETÖ/PDY'nin hiyerarşik yapısının bir parçası olduğunun tespit edildiğine karar vermiştir.

(c) Başvuru sahibinin mahkumiyet kararına karşı istinaf başvurusu

71. Başvuru sahibinin, 3 Nisan 2017 tarihinde, Kayseri Ağır Ceza Mahkemesi'nin kararına itiraz etmiştir. Temyiz başvurusunda başvuru sahibi, *diğer hususların yanı*

sıra, FETÖ/PDY'nin geriye dönük olarak silahlı terör örgütü olarak sınıflandırılmasına itiraz etmiştir. MİT tarafından hazırlanan istihbarat raporlarına göre, FETÖ/PDY'nin amacı devlet kurumlarını ele geçirmek ve anayasal düzeni değiştirmektir. Ancak, başvuranın "yapı" olarak adlandırdığı bu örgüt, 50 yıllık tarihinde bu tür eylemlerle ilişkilendirilmemiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 24 Haziran 2008 tarihinde F. Gülen'in terör suçlamalarından beraat etmesine ilişkin olarak verdiği karara atıfta bulunarak (bkz. 189-193 paragraflar aşağıda), başvuran, yapı tarafından yürütülen faaliyetlerin kanuna uygun bulunduğunu ileri sürmüştür. Yargıtay'ın kararından sonra gerçekleştirilen hangi somut eylemlerin, örgütün amaçlarına ilişkin olarak aksi yönde bir bulguya yol açtığı kendisine göre belirsizdi. İddianamede "17-25 Aralık operasyonu"ndan terör eylemi olarak bahsedilirken, muhalefet partileri 17- 25 Aralık 2013 tarihlerinde gerçekleştirilen eylemleri yolsuzlukla mücadele operasyonu olarak değerlendirmiştir; dolayısıyla terör eylemi olarak sınıflandırılması hukuki değil siyasi bir karardır.

72. Başvuran ayrıca, silahlı terör örgütüne üyeliğin *özel kastla işlenen bir suç* olduğu göz önünde bulundurulduğunda, bu örgütün ne zaman ortaya çıktığının, Devlet yetkilileri tarafından büyük saygı gören ilgili yapıya sadece dini nedenlerle bağlı olan kişilerin, bazı üyelerin terörist amaç ve hedeflerinden ne zaman haberdar olduklarının ve kendisinin ne zaman ve hangi yollarla bilerek ve isteyerek bu örgütün bir parçası haline geldiğinin tespit edilmesinin öncelikli olduğunu ileri sürmüştür. Başvuran, özellikle kendisine atfedilen eylemlerin yasal niteliğini vurgulayarak, mahkemenin bu konulardaki sessizliğini eleştirmiştir. Başvurana göre, kendisine yöneltilen silahlı terör örgütü üyeliği suçlamasının, savcılık tarafından örgütün Kayseri ilindeki hiyerarşik yapısına ve kendisinin bu hiyerarşideki yerine ilişkin bir soruşturma ile desteklenmesi gerekmektedir.

73. ByLock uygulamasını kullanmasına ilişkin delillerle ilgili olarak, başvuran, ByLock verilerinin CMK'nın 134. ve 135. maddelerinde belirtilen ilgili usullere uygun olarak elde edilmediğini iddia etmiştir; aslında, verilerin hangi koşullarda elde edildiği belirsizdir. MİT tarafından sağlanan bilgilere göre, verileri uygulamanın Litvanya'da bulunan ana sunucusundan elde etmek için bir istihbarat operasyonu yürütmüştü; ancak, verilere tam olarak nasıl erişildiği ve analiz edildiğine ilişkin teknik ayrıntılar bilinmiyordu. Bu koşullar altında, verileri inceleme ve değiştirilip değiştirilmediklerini doğrulama imkanı yoktu; ByLock kullanıcı listesine eklenen bir kişinin buna itiraz etmesinin bir yolu yoktu. Başvuran burada, MİT tarafından adli makamlarla paylaşılan üç kullanıcı listesinin eşleşmediğini vurgulamıştır. Başvurana göre, ByLock kullanımına ilişkin kanıtlar, bir IP adresinin birden fazla kişiye tahsis edilmesinin mümkün olduğu göz önüne alındığında, tamamen teknik açıdan da güvenilmezdir.

74. Başvuran, MİT teknik analiz raporuna göre, ByLock uygulamasının açık kaynaklardan yaklaşık 500.000 ila 1 milyon kez indirildiğini, ancak

kimin örgütsel amaçlarla kimin başka nedenlerle indirdiğini belirlemek için herhangi bir adli inceleme yapılmadığını ekledi.

75. Sonuç olarak, başvuran, mahkemenin kararının, özellikle ByLock verileriyle ilgili olarak yetkili ve bağımsız uzmanların görüşlerine başvurulmadan ve yetersiz bir soruşturma temelinde verilmiş olması ve söz konusu suçun maddi ve manevi unsurlarını tespit etmemiş olması nedeniyle usul kurallarına ve hukukun üstünlüğüne uygun olmadığını ileri sürmüştür.

2. Ankara Bölge Adliye Mahkemesi önündeki yargılama

(a) Duruşma öncesi aşamada elde edilen diğer materyaller

76. Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 10 Mayıs 2017 tarihli ön raporunda KOM'dan (i) ByLock uygulamasının özellikleri, iletişim cihazlarına indirilmesi ve kullanım araç ve koşulları; (ii) herkes tarafından indirilerek kullanılabilip kullanılmadığı; (iii) uygulamanın özellikle bir örgütün üyeleri tarafından örgütün faaliyetleri çerçevesinde haberleşmek için kullanılıp kullanılmadığı ve bunun nasıl tespit edildiği hakkında bilgi vermesini talep etmiştir; (iv) uygulamayı diğer iletişim araçlarından ayıran özellikler; (v) başvuru sahibinin uygulamayı kullandığı zaman dilimi ve sıklığı; (vi) başvuru sahibinin uygulamayı hangi GSM hatlarında ve hangi cihazlardan (IMEI numaraları ile) kullandığı; ve (vii) tespit edilmesi halinde, uygulama üzerinden yapılan görüşmelerin içeriği ve görüşmelerin yapıldığı kişilerin kimlik ve telefon iletişim bilgileri.

77. Aynı raporda istinaf mahkemesi Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'ndan ("BTK") (i) 3 Eylül 2015 ile 15 Temmuz 2016 tarihleri arasındaki dönemde ByLock IP adreslerine hangi tarihlerde erişildiğini gösteren, hem başvuran tarafından kullanıldığı bildirilen GSM hattına hem de bu hatla birlikte kullanılan cihaz(lar)a ait baz istasyonu verilerine ilişkin bilgi sağlamasını da talep etmiştir; ve (ii) 1 Ocak 2015 ile 15 Temmuz 2016 tarihleri arasında gelen ve giden aramaları, gönderilen ve alınan mesajları, kullanılan baz istasyonlarını ve kullanılan cihaz(lar)ın IMEI numaralarını gösteren iletişim kayıtları.

78. 3 Haziran 2017 tarihinde KOM tarafından düzenlenen "ByLock Tespit Tutanağı" başlıklı bir belge dava dosyasına eklenmiştir. Belge, rütbeleri veya görevleri belirtilmeksizin iki KOM görevlisinin imzasını taşıyordu. Raporda, MİT tarafından Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'na teslim edilen ByLock veri tabanının, Başsavcılık tarafından 16 Aralık 2016 tarihinde incelenmek üzere kendilerine iletildiği belirtiliyordu. ByLock abone listeleri üzerinde yapılan incelemede 129.862- hat aboneli listesinin 114.060. sırasında kayıtlı olan başvuru sahibinin belirtilen GSM numarasını kullandığı, bağlantı için kullanılan cihaza ait IMEI numarasının 35368406164487 olduğu, tespit edilebilen ilk bağlantı tarihinin 3 Ekim 2015 olduğu ve bugüne kadar yapılan incelemelerde mesaj veya e-posta yoluyla herhangi bir iletişim içeriğine rastlanmadığı tespit edilmiştir.

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

80. İstinaf mahkemesinin talebi üzerine, dava dosyasında bulunan tüm bilgi ve kayıtlar esas alınarak bir adli bilişim uzmanı tarafından bilirkişi raporu hazırlanmış ve 29 Haziran 2017 tarihinde istinaf mahkemesine sunulmuştur. Bu rapora göre başvuruçunun ByLock uygulamasına belirtilen telefon numarası ile GSM hattı üzerinden erişim sağladığı ve ByLock kullanıcı kimlik numarasının 408783 olduğu tespit edilmiştir. BTK tarafından temin edilen bu GSM hattına ait 1 Ocak 2015-16 Temmuz 2016 tarihleri arasındaki HTS ("Historical Traffic Search"²) kayıtlarının incelenmesi sonucunda, hattın ByLock uygulamasının kullanıldığı tespit edilen 35368406164487 IMEI numaralı cihaz da dâhil olmak üzere üç farklı IMEI numaralı telefonda kullanıldığı, ancak başvuruçunun tutuklandığı sırada evinde veya üzerinde bulunmadığı anlaşılmıştır. İlgili dönemde, ilgili GSM hattında toplam 13.450 arama, SMS ve MMS kaydı ve 38.166 GPRS³ kaydı tespit edilmiştir ve bunların çoğu başvuruçunun aynı soyadı taşıyan akrabaları olduğu düşünülen kişilerle iletişimle ilgilidir. Raporda ayrıca, söz konusu GSM hattının 35368406164487 IMEI numaralı telefon ile kullanıldığı 11 Ağustos 2014 ile 10 Ocak 2015 tarihleri arasında, ByLock sunucularına ait 46.166.164.181 IP numarası ile altı farklı tarihte toplam 380 kez iletişim kurulduğu belirtilmiştir. Bu bilirkişi raporu 21 Eylül 2017 tarihinde başvuruçunun avukatına tebliğ edilmiştir.

(b) 9 Ekim 2017 tarihinde yapılan duruşma ve Ankara Bölge Adliye Mahkemesi'nin kararı

81. Başvuru ve avukatı 9 Ekim 2017 tarihinde yapılan duruşmada önceki savunmalarını yinelemişlerdir. Avukat ayrıca, dijital adli tıp uzmanının paragrafta açıklanan raporunu kabul etmediklerini belirtmiştir. 80 hukuka aykırı olarak elde edilen delillere dayandığını belirterek, mahkemeden üç kişilik bir bilirkişi heyetinden yeni bir rapor almasını talep etmiştir. Silahlı terör örgütüne üye olma suçunun maddi ve manevi unsurlarının gerçekleşmediğini vurgulamıştır.

82. Aynı duruşmada mahkeme, başvuruçunun yeni bilirkişi raporu talebini reddetmiştir. Ayrıca, dava dosyasındaki bilgi ve raporlara dayanarak başvuruçunun mahkûmiyetini onamıştır.

83. Mahkeme, başlangıçta, Türk hukukunda örgütlü suçun farklı biçimlerini gözden geçirmiş ve ilk derece mahkemesinde de ele alındığı üzere, Ceza Kanunu'nun 314 § 2 maddesi uyarınca "silahlı örgüte üye olma" suçunun ayırt edici unsurlarını tartışmıştır (bkz. yukarıda 67. paragraf).

². HTS kayıtları arayan kişiye, aranan numaraya, aramanın süresine, aramanın yapıldığı yer ve zamana ilişkin sinyal bilgilerini içerir.

³. "GPRS", orta hızda veri aktarımı sağlayan ve genellikle anlık mesajlaşma için kullanılan bir teknoloji olan "Genel Paket Radyo Hizmeti" anlamına gelir.

Temyiz mahkemesi, bir "üyenin" örgütün faaliyetleriyle bağlantılı olarak fiili bir suç işlemiş olmasının gerekli olmamasına rağmen, bireyin yine de örgütün varlığına veya güçlendirilmesine belirli bir maddi veya manevi katkıda bulunmuş olması gerektiğini belirtmiştir. 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. Bu bağlamda, bireyin silahlı örgüt içindeki konumunun bu örgütün "üyesi" olarak değerlendirilmesini gerektirecek bir düzeye ulaşmış olmasının somut olaylara göre belirlenmesi öncelikli bir konudur. Temyiz mahkemesi ayrıca silahlı örgüt üyeliği suçunun genel kastın yanı sıra özel bir kastı da gerektirdiğini kaydetmiştir. Terör örgütü belirli bir amaç için kurulduğundan, failin bu amacı bilmesi ve bu amacı gerçekleştirmek için belirli bir niyete sahip olması gerekmektedir.

84. FETÖ/PDY'ye ilişkin spesifik değerlendirmelere geçecek olursak, temyiz mahkemesi, ilk derece mahkemesi ve daha yakın zamanda Yargıtay tarafından 24 Nisan 2017 ve 26 Eylül 2017 tarihli kararlarında benimsenen aynı mantık çizgisini izleyerek, bu örgütü "silahlı terör örgütü" haline getiren farklı nitelikleri yinelemiştir (bkz. aşağıdaki 162-163. paragraflar). Mahkeme, bu örgütün amacının meşru yöntemlerle iktidara gelmek değil, 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, Hükümeti ve diğer anayasal kurumları feshetmek olduğunu kaydetmiştir. Ayrıca, FETÖ/PDY'yi terör örgütü olarak tanımlayan bir yargı kararının bulunmamasının, bu örgütle bağlantılı olarak işlenen suçlara ilişkin cezai sorumluluğa engel teşkil etmediğini vurgulamıştır.

85. Tutarınca topladığını değerlendirmiştir (bkz. aşağıdaki 143-145. paragraflar) ve adli prosedürün ancak MİT'in dijital materyali adli makamlara teslim etmesinden sonra başladığını, bu noktadan itibaren soruşturmanın CMK hükümlerine uygun olarak yürütülmesi gerektiğini belirtmiştir. Ankara 4. Sulh Ceza Mahkemesi, MİT tarafından teslim edilen verilerin CMK'nın 134. maddesi uyarınca incelenmesine ve işlenmesine karar vermiştir. Dolayısıyla, ByLock kullanımını tespit etmek ve değerlendirmek için yapılan işlemler hukuka uygun olmuştur.

86. İstinaf mahkemesi daha sonra bir kişinin ByLock kullandığını gösteren kanıtların kanıt değerini ele aldı ve aşağıdaki şekilde karar verdi:

"ByLock sisteminin örgütsel bir delil mi yoksa bir örgütün emrindeki bir iletişim sistemi mi olduğunu değerlendirmeden önce, [hangi koşullar altında] bir iletişim sisteminin örgütsel bir iletişim sistemi olarak değerlendirilebileceğinin tespit edilmesi gerekir.

Bir kişi özel bir iletişim ağına katılabilir ve [bu] programı cep telefonu cihazında veya bilgisayarında kullanabilir. Ancak, bu iletişim ağının suç işlemek için kurulmuş bir ağ olduğunun ve münhasıran bir suç örgütünün üyeleri tarafından kullanıldığının somut delillere dayanarak 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 bağlantısının kanıtı olarak kabul edilmelidir."

87. İstinaf mahkemesi ByLock uygulamasının "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 geliştirildiğini kaydetmiştir. Mahkeme, uygulamanın internetten indirilebildiğini veya hafıza kartları ya da Bluetooth aracılığıyla elde edilebildiğini ve 2014'ün başında istisnai olarak herkes tarafından indirilebilirken, daha sonra örgüt üyeleri tarafından USB anahtarlar, hafıza kartları veya Bluetooth aracılığıyla erişilebilir hale getirildiğini, elde edilen ifadelerde, mesajlarda ve e-postalarda belirtildiği gibi gözlemlemiştir. Mesajlaşmak için uygulamanın indirilmesi yeterli olmamış; iletişim kurmak için sistem tarafından otomatik olarak atanan kullanıcıya özel kimlik numarasının bilinmesi ve karşı tarafın onayının alınması gerekmiştir ki bu da örgütün hücre benzeri yapısına uygundur. Ayrıca, deşifre edilen içeriğin neredeyse tamamı FETÖ/PDY üyelerinin örgütsel temas ve faaliyetleriyle ilgilidir ve örgütün kendine özgü jargonuna karşılık gelmektedir. Yukarıda belirtilen unsurlara ve daha önce MİT ve Yargıtay tarafından uzun uzadıya belirtilen diğer unsurlara dayanarak (bkz. sırasıyla aşağıdaki 115-116 ve 158-160. paragraflar), istinaf mahkemesi ByLock'un küresel bir uygulama kisvesi altında FETÖ/PDY silahlı terör örgütü üyelerinin münhasır kullanımına sunulduğunu ve üyelerin kendileri tarafından ortaya konulduğu üzere 2014 başından beri üyeleri tarafından kullanıldığını tespit etmiştir. Bu amaçla, temyiz mahkemesi, Yargıtay'ın 26 Eylül 2017 tarihli dönüm noktası niteliğindeki kararını yineleyerek (bkz. 160 aşağıda):

"ByLock haberleşme sisteminde, bağlantı tarihi, bağlantının yapıldığı IP adresi, belirli bir zaman aralığındaki bağlantı sayısı, haberleşmenin yapıldığı kişiler ve haberleşme içeriğinin tespiti mümkündür. 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.

ByLock iletişim sisteminin FETÖ/PDY silahlı terör örgütü üyelerinin kullanımı için tasarlanmış bir ağ olduğu ve yukarıda açıklanan somut delillerin de gösterdiği üzere münhasıran bu suç örgütünün bazı üyeleri tarafından kullanıldığı göz önünde bulundurulduğunda, [bir kişinin] örgütün talimatıyla bu ağa katıldığı ve gizliliği sağlamak amacıyla iletişim için [ByLock] kullandığı - kesin bir kanaati destekleyebilecek teknik verilerle şüpheye yer bırakmayacak şekilde - tespit edildiğinde, böyle bir bulgu kişinin örgütle bağlantısına delil teşkil edecektir."

88. İstinaf mahkemesi, başvuranın davasına ilişkin somut olgulara dönerek aşağıdaki tespitleri yapmıştır:

YÜKSEL YALÇINKAYA/TÜRKİYE KARARI

"Başvurucu tarafından kullanılan [belirtilen] GSM numarasına ilişkin [BTK] ve [KOM]'dan elde edilen kayıtlar ve dava dosyasının tüm içeriği temelinde bir dijital adli bilişim uzmanı tarafından bir rapor hazırlanmıştır; 29 Haziran 2017 tarihinde sunulan bu rapor, BTK tarafından sağlanan HTS kayıtları, KOM tarafından sağlanan ByLock değerlendirme ve tanımlama raporları ve dava dosyasının içeriği ile tutarlılığı [ve] ayrıntılı, karşılaştırmalı ve incelenebilir niteliği göz önünde bulundurularak [mahkemenin] kararına esas alınmıştır.

Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin 24 Nisan 2017 tarihli ve 2015/3-2017/3 sayılı kararında ayrıntılı olarak açıklandığı ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 26 Eylül 2017 tarihli ve 2017/956- 370 sayılı kararıyla onandığı üzere, ByLock uygulaması, küresel bir uygulama kisvesi altında, silahlı terör örgütü FETÖ/PDY üyelerinin kullanımı için tasarlanmış bir ağıdır ve münhasıran bu suç örgütünün bazı üyeleri tarafından kullanılmaktadır. [Bu nedenle] [bir kişinin] örgütün talimatıyla bu ağa katıldığı ve gizliliği sağlamak için [ByLock] kullandığının - kesin bir kanaati destekleyebilecek teknik verilerle şüpheye yer bırakmayacak şekilde - tespit edilmesi halinde, bu bulgu kişinin örgütle bağlantısının kanıtı olarak kabul edilir.

Soruşturma sürecinde [elde edilen] kayıt ve belgeler, yapılan işlemler ve temyiz aşamasında [bu mahkeme] tarafından yapılan duruşmalar ve dava dosyasının tüm içeriği, sanığın ByLock iletişim sisteminde kendi adına kayıtlı ve uzun süredir kullandığını belirttiği GSM numarası ve 408783 ByLock ID (kimlik numarası) ile kayıtlı olduğunu [kanıtlamaktadır], KOM ve BTK tarafından sanığın ByLock sistemine ilk olarak 3 Ekim 2015 tarihinde 353684061644870 [sic] IMEI numaralı cihaz ile katıldığı tespit edildiği, ByLock sunucularına/sistemlerine ait 46.166.164.181 IP numarası ile altı farklı tarihte 380 kez ByLock sunucularına/sistemlerine ait bağlantı kurduğu, yapılan bağlantıların ve kurulan iletişimlerin 29 Haziran 2017 tarihinde adli bilişim uzmanı tarafından ... hazırlanan raporda ayrıntılı olarak açıklandığı, sanığın söz konusu tarihleri kapsayan dönemde yakın akrabalarının kullandığı GSM numaraları ile sık sık iletişim kurduğu, belirtilen GSM numarasının sanık dışında başka biri tarafından kullanılmasının mümkün olmadığı KOM ve BTK tarafından tespit edilmiştir.

Eğitim düzeyi [ve] işi sayesinde edindiği bilgi, konum ve deneyim sayesinde [FETÖ/PDY'nin] nihai amacını, Devlet kurumları ve silahlı kuvvetler içindeki örgütlenmesini ve üyelerinin gerektiğinde ellerindeki silahları örgütün amacı doğrultusunda kullanabileceklerini bilmesi beklenen sanığın FETÖ/PDY silahlı terör örgütünün bir üyesi olduğuna şüphe yoktur. Sanık, ByLock haberleşme sistemine, teknik özellikleri, indirme ve kullanma yöntemi, kullanıcıları ve içeriği dikkate alındığında, yalnızca FETÖ/PDY silahlı terör örgütü üyelerinin kullanımı için tasarlandığı ve yalnızca bu suç örgütü üyeleri tarafından kullanıldığı [gerçeğini] bilerek (kasıtlı olarak) katılmış ve birçok kez kullanmıştır. [Bu bulguya] ve dava dosyasındaki diğer delillere dayanarak, ilk derece mahkemesi sanığın inkara yönelik savunmalarını dikkate almamış ve FETÖ/PDY silahlı terör örgütünün üyesi olduğuna karar vermiştir."

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi, ilk derece mahkemesinin değerlendirme ve tespitlerinde hata yapmadığına hükmederek başvuranın itirazını reddetmiştir.

3. Başvurucunun Ankara Bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtay kararlarına karşı temyiz başvurusu

89. Başvuran, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi'nin kararına karşı yaptığı temyiz başvurusunda, esas olarak, ilk derece mahkemesinin kararına karşı yaptığı önceki istinaf başvurusunda ileri sürdüğü argümanları

detaylandırmıştır. Bu bağlamda, FETÖ/PDY'nin yasal veya yasadışı herhangi bir faaliyetine katıldığını reddetmiş ve bu örgüte üyeliğinin açık, kesin ve net delillere dayanılarak tespit edilmediğini savunmuştur. Mahkemeler ayrıca, isnat edilen suçun onun özel koşullarında nasıl bireyselleştirildiğini açıklayamamış ve örgüt içindeki varsayılan konumunun onu yasal anlamda bir "üye" haline getirecek nitelikte ve kapsamda olup olmadığı, örgütle nasıl "organik olarak bağlantılı" olduğu ve örgütün hiyerarşisinde nerede yer aldığı sorularını açıkta bırakmıştır. Alt mahkemelerin kararları, örgütün amaçlarını silah kullanarak gerçekleştirme ve suç teşkil eden eylemlerde bulunma kararlılığının tam olarak bilincinde olarak silahlı bir terör örgütüne üye olma niyetinin nasıl tespit edildiği konusunda benzer şekilde sessiz kalmıştır. Başvuran, bu temelde, ulusal mahkemelerin bulgularının olgusal temelini gösteremediklerini ve gerekçelerinin delillerle karar arasında bir bağlantı kuramadığını iddia etmiştir.

90. Mahkûmiyetinin büyük ölçüde ByLock uygulamasını kullandığı iddiasına dayandığını kaydeden başvuran, bu uygulamanın Şubat 2016'ya kadar herhangi bir referans veya ön izin gerekmeksizin çeşitli uygulama mağazalarından indirilebildiğine ve kamuya açık kaynaklara göre yaklaşık 600.000 kişi tarafından indirildiğine dikkat çekmiştir. Dahası, ByLock'un "örgütsel" karakterinin kanıtı olarak listelenen teknik özelliklerin çoğu aslında diğer popüler mesajlaşma uygulamaları tarafından paylaşıyordu. Bu koşullar altında, böyle bir uygulamanın salt kullanımının silahlı terör örgütü üyeliğinin ispatı anlamına gelebileceğine hükmetmek, ki bu suç ilke olarak cebir ve şiddet kullanımını gerektiren somut deliller gerektirmektedir, suçun maddi ve manevi unsurlarını göz ardı etmekle eşdeğer olacaktır. Başvuran, bu bağlamda, Yargıtay'ın- yerleşik içtihadına göre, silahlı terör örgütüne üye olma suçunun ancak örgütün hiyerarşisine bilinçli olarak katılarak, örgütün nihai hedeflerini ve faaliyetlerini benimseyerek işlenebileceğini ve örgütle sürekli, çeşitlendirilmiş ve kesintisiz bir bağın yanı sıra örgütün sürekliliğini sağlamaya yönelik somut eylemler gerektirdiğini vurgulamıştır. Başvuranın davasında ise bunların hiçbiri gerçekleşmemiştir.

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

92. Başvurana göre, ceza yargılamalarında kullanılacak delillerin doğruluğu ve bütünlüğü ancak usuli güvencelerle sağlanabilir. Bu nedenle, ceza soruşturmalarında elektronik delillerin toplanması, kanun koyucu

tarafından CMK'nın 134. maddesi kapsamında bir dizi güvenceye tabi tutulmuştur (bkz. aşağıdaki 142. paragraf), her biri veri toplama prosedürünün şeffaflığını sağlamış ve denetime ve itiraza açık hale getirmiştir. Bununla birlikte, ByLock ile ilgili dijital verilerin toplanması, CMK'nın 134. Maddesinde öngörülen güvencelerin hiçbirine tabi olmayan bir istihbarat toplama eylemi olmuştur. Ankara Sulh Ceza Mahkemesi'nin daha sonra 9 Aralık 2016 tarihinde MİT tarafından teslim edilen materyalin incelenmesi için izin vermiş olması, alt mahkemelerin iddia ettiği gibi, özellikle de sulh ceza hakiminin kararından üç ay önce ByLock kullanmaktan tutuklanmış olduğu göz önünde bulundurulduğunda, bu delili geriye dönük olarak "şekle uygun hale getirmemiştir".

93. Başvuran ayrıca, MİT'in ilgili ByLock verilerini nasıl elde ettiği ve analiz ettiğine ilişkin teknik ayrıntıların, sürecin gizliliğini korumak amacıyla MİT teknik analiz raporunda açıklanmadığını, ancak MİT'in ilgili verileri toplaması ve kullanılmasına ilişkin bu belirsizliğin, bunların gerçekliğini doğrulamayı neredeyse imkansız hale getirdiğini ileri sürmüştür. Daha sonra kolluk kuvvetleri tarafından yayınlanan ByLock raporlar da (yukarıdaki 27, 32, 34, 55 ve 78. paragraflarda belirtilen) kim tarafından ve hangi yetki ve kriterlere dayanılarak hazırlandığı ve doğruluklarının teyit edilip edilmediği belirsiz olduğundan, benzer şekilde önemli açılardan eksikti. Bu raporlar ayrıca ByLock uygulaması üzerinden kimlerle iletişim kurduğuna ve neden "turuncu" kullanıcı olarak sınıflandırıldığına dair herhangi bir bilgi sağlamamıştır. ByLock kullandığı iddiasına ilişkin açık, anlaşılır ve teknik olarak yeterli raporların yokluğunda, savunma haklarını etkili bir şekilde kullanamamıştır.

94. Aleyhinde kullanılan diğer delillerle ilgili olarak, başvuran, sendika üyeliğinin silahlı bir terör örgütüne üyeliğin kanıtı olarak kullanılmasının, özellikle sendikanın yasadışı faaliyette bulunduğu dair herhangi bir kanıt bulunmadığı göz önüne alındığında, örgütlenme özgürlüğü hakkının ihlali anlamına geldiğini savunmuştur. Ayrıca Bank Asya ile ilgili suçlamaların da benzer şekilde temelsiz olduğunu ileri sürmüştür. Söz konusu banka 24 Ekim 1996 tarihinde kurulmuş ve 23 Temmuz 2016 tarihinde faaliyet izninin iptal edilmesine kadar ilgili yasal çerçeveye uygun olarak faaliyet göstermiştir. Bu 20 yıllık süre zarfında hiçbir noktada bankacılık faaliyetleri kısıtlanmamış veya yasaklanmamıştır ve bu banka ile yaptığı işlemlerin hiçbiri suç işleme kastıyla gerçekleştirilmemiştir.

95. FETÖ/PDY'nin bir terör örgütü olarak sınıflandırılmasına ilişkin olarak, başvuran, bu örgüt tarafından kamuoyuyla paylaşılan ifade ve görüşlerin, Terörizmin Önlenmesi Yasası'nın 1. bölümünde listelenen eylemlerden herhangi birini işlemeye teşvik içermediğini ileri sürmüştür (bkz. aşağıdaki 149. paragraf). Örgütün bu tür faaliyetlere gizlice girişmiş olması halinde, bunların kararda ortaya konması gerekmektedir.

96. Son olarak, başvuran, Yargıtay'ın yapısı ve oluşumundaki son değişiklikler ve 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 3. maddesi

uyarınca (bkz. aşağıdaki 151. paragraf) Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararıyla hâkimlerin görevden alınabilmesi nedeniyle yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığının zedelendiğini, bu durumun yargıçların yer değiştiremezliği ilkesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

97. Başvuran, hem ilk derece mahkemesi hem de temyiz mahkemesi önündeki yargılamaların sadece şekil yönünden yapıldığını ve daha fazla inceleme ve değerlendirme yapılması yönündeki taleplerinin hiçbirinin kabul edilmediğini savunmuştu; başvuran Yargıtay'dan, *diğerlerinin yanı sıra*, MİT tarafından ByLock sunucusundan elde edilen log kayıtlarını ve bu verilerin manipüle edilip edilemeyeceği veya edilmiş olup olmadığı da dahil olmak üzere bu kayıtların ve verilerin bağımsız bir uzman tarafından incelenmesini talep etmişti. Ayrıca mahkemeden, ByLock'taki iddia edilen faaliyetlerinin, örneğin bu uygulama aracılığıyla iletişim kurduğu kişilerin isimleri ve örgütsel statülerinin ve özellikle de, MİT teknik analiz raporuna göre toplam 17 milyon mesajdan 15 milyon mesajın şifresinin çözüldüğünün tespit edilmiş olması karşısında, bu iletişimlerin içeriğinin, talep etmiştir. Ayrıca, terör örgütüne ne zaman üye olduğu, kime rapor verdiği ve örgüt hiyerarşisinden aldığı talimatlar doğrultusunda hangi eylemleri gerçekleştirdiğine ilişkin soruşturmanın yürütülmesini talep etmiştir.

98. Yargıtay, 30 Ekim 2018 tarihinde, başvuranın mahkûmiyet kararını onamış, ancak daha fazla açıklama veya işlem yapılması yönündeki talepleri hakkında yorum yapmamıştır. İstinaf aşamasında alınan bilirkişi raporu ve dava dosyasının geri kalan içeriği ışığında, yargılama sırasında gerçekleştirilen tüm usul işlemlerinin hukuka uygun olduğuna ve mahkûmiyete dayanak teşkil eden delillerin hukuka aykırılığına ilişkin iddiaların usulüne uygun olarak değerlendirildiğine karar vermiştir. Dolayısıyla, başvuranla ilgili olarak yapılan tespitler geçerli ve tutarlı verilere dayanmaktaydı.. Ayrıca, ilgili eylemler doğru bir şekilde sınıflandırılmış ve kanunda belirtilen suçta uymaktadır ve hüküm ve ceza bireyselleştirilmiş bir şekilde belirlenmiştir. Yargıtay ayrıca, istinaf kararının ayrıntılı bir ByLock tespit ve değerlendirme raporunun sunulması beklenmeden verilmesinin sonucu etkilemediğini tespit etmiştir (bkz. paragraf 107 aşağıda, 7 Ekim 2020 tarihinde yayınlanan bu ayrıntılı bulgular ve değerlendirmeleri içeren rapora ilişkin olarak).

4. Anayasa Mahkemesi önündeki yargılama

99. 13 Aralık 2018 tarihinde Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunan başvuran, esasen ceza yargılamaları sırasında ileri sürdüğü argümanları ve Sözleşme'nin 6, 7, 8 ve 11. maddeleri kapsamında daha sonra Mahkeme önüne getirdiği şikâyetleri dile getirmiştir. Bir kez daha, ByLock verilerinin toplanmasındaki ve ceza yargılamasında delil olarak kullanılmasındaki usulsüzlüklere dikkat çekmiştir; bu usulsüzlükler sadece delillerin değerlendirilmesinde mahkemelerin takdir yetkisinin keyfi bir şekilde kullanılması olarak kalmamış, aynı zamanda çekişmeli yargılama

hakkı, silahların eşitliği ve gerekçeli karar hakkı gibi bazı usuli haklarını da ihlal etmiştir. Özellikle mahkemelerin ByLock delillerini değerlendirmesinin maddi gerçeklerle çeliştiğini iddia etmiştir. Bu bağlamda, sadece ByLock'un kullanılması gerekçesiyle FETÖ/PDY üyeliğinden verilen mahkûmiyet kararlarının, bu uygulamanın yalnızca bu örgütün üyeleri tarafından kullanıldığı varsayımına dayandığını; ancak kamuya açık rakamların uygulamanın yaklaşık 600.000 kişi tarafından indirildiğini gösterdiğini ve MİT teknik analiz raporunun başlangıçta 215.092 ByLock kullanıcısının tespit edildiğini, oysa aynı MİT raporundaki kullanıcı kimlik numaralarının 493.000'e kadar çıktığını belirtmiştir. Başvuran, "münhasır kullanım" argümanının bu koşullarda savunulabilir olmadığını ileri sürmüştür.

100. Dahası, mahkûmiyet kararı vermek için, mahkemeler, MİT, BTK ve polis gibi Hükümetin yürütme organı altında faaliyet gösteren makamlar tarafından hazırlanan raporlara, bu raporlarda yer alan bulguların doğruluğunu doğrudan incelemeyen veya tartışmadan veya bunları tarafsız ve bağımsız bir uzman incelemesine tabi tutmadan, münhasıran ve koşulsuz olarak güvenmişlerdir. Savcılığın elindeki veriler de, CMK'nın 134. maddesinin gereklilikleri göz ardı edilerek kendisiyle paylaşılmamış ve bu durum savunma ile iddia makamı arasında bir eşitsizlik yaratmıştır. Başvuran, söz konusu verilere erişiminin, bunların gerçekliği ve bütünlüğü hakkında yorum yapabilmesi ve mahkemelerin kararlarını etkilemek amacıyla "münhasır kullanım" argümanına karşı çıkabilmesi için zorunlu olduğunu iddia etmiştir. Bu koşullar altında, masumiyetini kanıtlayma imkânından kesinlikle mahrum bırakılmıştır.

101. Başvuran ayrıca, mahkemelerin ByLock verilerinin ancak 9 Aralık 2016 tarihinde Ankara Dördüncü Sulh Ceza Mahkemesi tarafından verilen izin ardından adli makamlar tarafından kabul edildiği ve incelendiği anlayışından hareket etmelerine rağmen, gerçekte verilerin işlendiğini ve ByLock'un FETÖ/PDY üyeleri tarafından münhasıran kullanıldığı iddiasının ve verilerinin kanıt değerinin bu tarihten çok önce belirlendiğini vurgulamıştır. Bu bağlamda, 9 Aralık 2016 tarihinden önceki iddianamelere ve resmi yazışmalara ve dönemin HSYK Başkanvekili tarafından 5 Ekim 2016 tarihinde yapılan basın açıklamasında söylenen "ByLock örgütün haberleşme yazılımıdır ve en güçlü delilimizdir. ByLock'un örgüt üyeleri dışındaki kişiler tarafından kullanılabilecek bir program olmadığı açıktır..." sözlere atıfta bulunmuştur.

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

103. Başvuran ayrıca, genel olarak, Türk mahkemelerinin bağımsızlık ve tarafsızlıktan yoksun olmasından, özellikle de hâkimlerin yer

değiştiremezliği ilkesinin sistematik olarak göz ardı edilmesinden şikâyetçi olmuştur.

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

105. Son olarak, başvuran, yukarıda belirtilen itiraz ve argümanlarından hiçbirinin mahkemeler tarafından usulüne uygun gerekçeli kararlarda dikkate alınmadığını ve bunun da adil yargılanma hakkının ihlali anlamına geldiğini eklemiştir.

106. Anayasa Mahkemesi 26 Kasım 2019 tarihinde başvurucunun bireysel başvurusunu, şikâyetlerinin açıkça dayanaktan yoksun olması ve diğer kabul edilebilirlik kriterlerini karşılamaması nedeniyle kabul edilemez bularak özetle reddetmiştir.

5. Sonraki gelişmeler

107. 7 Ekim 2020 tarihinde KOM, başvuranın ByLock kullanıcı profiline ilişkin olarak, kullanıcı ID numarası (408783), kullanıcı adı ve şifresi ile son bağlantı tarihini (31 Ocak 2016) içeren ayrıntılı "Tespit ve Değerlendirme Raporunu" yayınlamıştır. Raporda yapılan değerlendirmede, 408783 kullanıcı numarasının ByLock uygulamasında altı bağlantısı olduğu, uygulama üzerinden 20 Haziran 2015 tarihinde bir öğretmene "Merhaba, ben Yüksel Yalçinkaya" şeklinde bir mesaj gönderdiği ve 18 Şubat 2016 tarihinde başka bir öğretmenden "Merhaba öğretmenim" şeklinde bir mesaj aldığı belirtilmiştir. Diğerlerinin yanı sıra, 408783 kullanıcı numarasına gönderilen ve çoğunlukla "Gülen Hareketinin" karşılaştığı zorlukları öven ve bunlara atıfta bulunan, para (*himmət*) toplanmasını teşvik eden veya Muhammed Peygamber'in sözlerine veya ahlaki veya dini anekdotlara atıfta bulunarak Hükümeti eleştiren bir dizi e-posta mesajı da rapora eklenmiştir.

III. TARAFLARCA SUNULAN DİĞER MATERYALLER

A. Milli Güvenlik Kurulu kararlarının ardından yapılan basın açıklamaları

108. Milli Güvenlik Kurulu, Şubat 2014 ve Ekim 2015 tarihleri arasında gerçekleştirdiği toplantıların kapanışında yayınladığı basın bildirimlerinde FETÖ/PDY'yi Türkiye'nin ulusal güvenliğine yönelik tehditler arasında saymış ve bu örgüte aşağıdaki ifadelerle atıfta bulunmuştur:

YÜKSEL YALÇINKAYA/TÜRKİYE KARARI

- "kamu barışını ve ulusal güvenliği tehdit eden yapı" (26 Şubat ve 30 Nisan 2014);
- "Devlet içindeki illegal yapı" (26 Haziran 2014);
- "Ulusal güvenliğimizi tehdit eden ve kamu düzenini bozan, yurtiçinde ve yurtdışında legal görünüm altında illegal faaliyetler yürüten paralel yapılar ve illegal oluşumlar" (30 Ekim 2014);
- "paralel devlet yapılanması ve yasadışı oluşumlar" (30 Aralık 2014);
- "paralel devlet yapılanması ve yasallık kisvesi altında faaliyet gösteren yasadışı oluşumlar" (26 Şubat 2015);
- "ulusal güvenliğimizi tehdit eden paralel devlet yapılanması ve yasadışı oluşumlar" (29 Nisan ve 29 Haziran 2015);
- "paralel devlet yapılanması... hukukun dışında faaliyet gösteriyor" (2 Eylül 2015);
- "ulusal güvenliğimizi tehdit eden ve diğer terör örgütleriyle işbirliği yapan paralel devlet yapılanması" (21 Ekim 2015).

109. Konuyla ilgili olarak 18 Aralık 2015 tarihinde gerçekleştirilen toplantı sonrasında yapılan basın açıklamasına aşağıda yer verilmiştir:

"Paralel Devlet yapılanmasıyla mücadelenin yurt içinde ve yurt dışında kararlılıkla sürdürüleceği teyit edilmiştir.

...

Dini, mezhepsel, etnik kavram ve hassasiyetleri istismar eden tüm terör örgütleri ve bunlara destek veren [güç] gruplarıyla ayırım gözetmeksizin mücadeleye devam edileceği..." ifade edilmiştir.

110. Toplantı sonrasında 27 Ocak 2016 tarihinde yapılan basın açıklamasının ilgili bölümleri aşağıdaki gibidir:

"... Bu çerçevede, ulusal güvenliğimize yönelik iç ve dış tehditler ile bölücü terör örgütü, paralel devlet yapılanması ve DAESH'e karşı yurt içinde ve yurt dışında yürütülen çalışmalar değerlendirilmiştir.

Kimden ve nereden kaynaklandığına bakılmaksızın, terörün her türlü ortadan kaldırılıncaya kadar [terörle] kararlı ve ilkeli mücadeleye devam edileceği belirtilmiştir."

111. Konuyla ilgili olarak 24 Mart 2016 tarihinde gerçekleştirilen toplantının ardından yapılan basın açıklamasına aşağıda yer verilmiştir:

"... Bu çerçevede, ulusal güvenliğimize yönelik iç ve dış tehditler ile terör ve teröristle mücadele çalışmaları değerlendirilmiş, paralel devlet yapılanmasına karşı alınan tedbirlerin uygulanmasına ağırlık verilmiştir."

112. Milli Güvenlik Kurulu, darbe girişiminden önceki son toplantısının ardından 26 Mayıs 2016 tarihinde konuyla ilgili olarak aşağıdaki bildiri yayınlamıştır:

"Vatandaşlarımızın huzur ve güvenliği ile kamu düzeninin sağlanması amacıyla yürütülen çalışmalar, terör ve teröristle mücadelede elde edilen başarılar ile ulusal güvenliğimizi tehdit eden ve bir terör örgütü olan paralel devlet yapılanmasına karşı alınan tedbirler görüşülmüştür."

113. Milli Güvenlik Kurulu, 20 Temmuz 2016'daki darbe girişiminin ardından yaptığı ilk toplantıda, girişimin Türk Silahlı Kuvvetlerinde görev yapan FETÖ/PDY mensupları tarafından başlatıldığını belirtmiştir.

B. ByLock uzmanlık raporları

1. Hükümet tarafından sunulan raporlar

(a) MİT tarafından hazırlanan "Teknik Analiz Raporu"

114. 21. Paragrafta belirtildiği gibi, 2016 yılının başlarında MİT ByLock sunucusunun veri tabanlarına erişti. Sunucudan elde edilen dijital verilerin analizinin ardından MİT, 24 Ekim 2016 tarihinde "ilgili kurumlarla" paylaştığı 88 sayfalık bir teknik analiz raporu hazırladı.

115. Rapora göre MİT, ilgili materyallere ulaştıktan sonra hem mobil uygulamanın kendisi, hem de uygulama sunucuları üzerinde, uygulamanın teknik tasarımı, işleyişi, aynı işlevleri sağlayan uygulamalarla benzerlik ve farklılıkları, deşifre edilen kullanıcı profilleri gibi konularda ayrıntılı teknik analizler gerçekleştirdi. Özetle, MİT'in ByLock uygulamasına ilişkin temel bulguları şunlardı:

- ByLock ilk olarak 2014'ün başlarında Google Play mağazasında yayınlanmış ve 2016'nın başlarına kadar farklı sürümlerle orada kalmış ve bu süre zarfında 100.000'den fazla kez yüklenmiştir;

- Uygulama anlık mesajlaşma, sesli arama, grup mesajlaşması, dosya paylaşımı ve e-posta yazışmalarının şifreli olarak yapılmasına olanak sağlıyordu;

- Uygulamanın indirilmesinin ardından bir kullanıcı adı/kullanıcı kodu ve kriptografik şifre oluşturulmuş; bu bilgiler şifreli olarak uygulamanın sunucusuna iletilmiş, böylece kullanıcının bilgileri ve iletişim güvenliği korunmuştur;

- Sunucuda 215.092 kayıtlı kullanıcı tespit edilmiştir;

- ByLock kullanıcı hesabı oluşturulurken hiçbir kişisel bilgi talep edilmemiş ve benzer küresel ve ticari uygulamaların aksine, anonimliği sağlamak ve kullanıcı kimliğini tespit etmeyi daha zor hale getirmek amacıyla kullanıcı hesabını doğrulamak için SMS veya e-posta yoluyla kimlik doğrulama gibi bir sistem sağlanmamıştır;

- Sisteme kayıt olmak diğer kullanıcılarla iletişim kurmak için yeterli olmadığı gibi, kullanıcıları isimleriyle aramak ve eklemek de mümkün değildi; bireyler ancak birbirlerinin kullanıcı adlarını/kodlarını ekledikten sonra birbirleriyle iletişim kurabiliyordu; bu da uygulamanın yalnızca kuruluşun hücre benzeri yapısına uygun olarak iletişime izin verecek şekilde tasarlandığını düşündürüyordu;

- Benzer mesajlaşma uygulamalarında bulunan telefon rehberinin uygulamaya otomatik olarak aktarılması özelliği ByLock'ta bulunmuyordu;

- Google Play ve Apple uygulama mağazalarından kaldırılmasının ardından ByLock hala APK⁴ indirme sitelerinden yüklenebilmekteydi ve bu sitelerde bulunan istatistiklere göre uygulama 500.000 ila 1 milyon kez indirilmiştir; Bu rakamların doğruluğunu teyit etmek mümkün olmamakla birlikte, kişilerin (i) uygulamayı silip yeniden indirmiş olabilecekleri; (ii) uygulamayı bir kullanıcı hesabı oluşturmadan indirmiş olabilecekleri ve (iii) uygulamayı birden fazla cihaza indirmiş olabilecekleri göz önüne alındığında, ByLock sunucusunda bulunan kullanıcı sayısı (215.092) ile tutarsız görünmemektedir;

- Darbe girişiminden önce kamuoyu ve hatta konunun uzmanları tarafından neredeyse hiç bilinmeyen ByLock'un Türkiye'deki kullanımına ilişkin rakamların diğer ülkelerdeki toplam kullanımından çok daha yüksek olması, uygulamanın amacına ilişkin önemli bir fikir vermektedir;

- Twitter'da 15 Temmuz 2016'dan önce ByLock hakkında paylaşım yapan kullanıcıların çoğunun aynı zamanda FETÖ/PDY lehine içerikler paylaşmış olması, söz konusu Twitter kullanıcılarının FETÖ/PDY'nin destekçileri olduğunu, uygulamayı bildiklerini ve kamuoyu henüz duymadan önce kullandıklarını göstermektedir; ayrıca, ByLock hakkındaki internet yayınlarının çoğu,- FETÖ/PDY yanlısı materyaller yayınlayan hayali hesaplardan yapılmıştır;

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

- Sistem yöneticisi tarafından 15 Kasım 2014 tarihinde uygulamanın web sitesinde yayınlanan bir duyurudan (İngilizce) anlaşıldığı üzere, tamamı Türkiye'den gelen bazı IP aralıklarının erişimi engellenmişti; yönetici bunu yüksek kayıtlı kullanıcı sayısı ile (o aşamada bir milyona ulaştığı anlaşılıyor) ve ilgili IP aralıklarından tespit edilen kötü niyetli bağlantılarla başa çıkmak için bir önlem olarak açıklarken, MİT raporu asıl amacın Türkiye'de bulunan kullanıcıları VPN ("Sanal Özel Ağ") üzerinden bağlanmaya zorlayarak kimliklerinin tespit edilmesini önlemek olduğunu iddia ediyordu;

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

- Uygulamanın geliştiricisi ve yayıncısının önceki çalışmaları için profesyonel referansları yoktu ve benzer mesajlaşma uygulamalarının aksine, uygulama ticari olarak tanıtılmamış, kullanıcı tabanını artırmak veya ticari değer kazandırmak için herhangi bir çaba sarf edilmemişti; ByLock'un amacı daha ziyade anonimliğe vurgu yaparak kullanıcı sayısını sınırlamaktı. Dahası, uygulamayı sürdürmek için yapılan ödemelerin - sunucu ve IP adreslerinin

⁴. "Android Paket Kiti" anlamına gelen "APK", Android işletim sisteminde kullanılan uygulamalar için dosya formatıdır.

kiralınması gibi - anonim niteliği, arkasındaki girişimin kurumsal ve ticari nitelikte olmadığını doğrulamıştır;

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

- Uygulama, cihazlarda depolanan mesajları ve diğer içerikleri otomatik olarak silen bir özelliğe sahiptir; bu da kullanıcı herhangi bir riskli görüşü silmeyi ihmal etse bile iletişimin gizliliğini sağlıyordu;

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

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

- Diğer mesajlaşma uygulamaları günlük ve rutin iletişim için kullanılırken, iletişim ağının ve ByLock üzerinden paylaşılan mesajların içeriğinin incelenmesi, ByLock'un örgütsel amaçlarla kullanıldığını ortaya koymuştur: deşifre edilen içeriğin neredeyse tamamı - yani kurtarılan 17 milyon mesajdan yaklaşık 15 milyonu ve kurtarılan 3 milyon e-postadan 2 milyonu - örgütsel temas ve FETÖ/PDY ile ilgili faaliyetlerle ilgilidir ve örgüte özgü jargon kullanılmaktadır- ;

- Uygulamanın kaynak kodları Türkçe bazı ifadeler içermekteydi ve deşifre edilen kullanıcı adları, grup adları ve şifrelerin büyük çoğunluğu ile deşifre edilen içeriğin neredeyse tamamı Türkçe idi.

116. Rapor, bir bütün olarak ele alındığında, yukarıdaki faktörlerin ByLock'un küresel bir uygulama kisvesi altında FETÖ/PDY üyelerinin özel kullanımına yönelik bir mesajlaşma sistemi olarak hizmet ettiğini gösterdiği sonucuna varmış ve darbe girişiminden sonra yürütülen soruşturmalarda bir dizi şüpheli örgüt üyesinden alınan ifadelerin de bunu desteklediğini belirtmiştir.

(b) KOM tarafından hazırlanan "Kurum İçi İletişim Uygulaması Analiz Raporu"

117. 2 Nisan 2020 tarihli bu rapor, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'nın talebi üzerine KOM tarafından hazırlanmıştır. Rapor, MİT raporundaki bulguları büyük ölçüde tekrarlamış, ancak aşağıdaki gözlemleri de yapmıştır:

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

YÜKSEL YALÇINKAYA/TÜRKİYE KARARI

- Uygulamanın tüm sürümleri çeşitli uygulama mağazalarında ve web sitelerinde mevcut olmasına rağmen, örgüt üyelerinden ByLock uygulamasını USB belleklerde veya Bluetooth aracılığıyla indirmeleri istenmiş, böylece örgütsel gizliliğin sağlanması amaçlanmıştır;

- ByLock uygulaması, indirildiği cihazlarda daha yaygın kullanılan diğer uygulamaların simgelerinin altına gizlenebilmektedir;

- Uygulama ücretsiz olarak indirilebilirken, fiili kullanımı, kuruluş tarafından sağlanan ve kuruluş dışında paylaşılmayacak olan daha fazla operasyonel bilgi gerektiriyordu; buna göre, üye olmayan birinin ByLock uygulamasını kullanması fiziksel olarak imkansızdı;

- Uygulamanın 53'ü tespit edilen ilk 100 kullanıcısı incelendiğinde, uygulamanın örgüt üyeleri tarafından geliştirildiği ve kullanıma sunulduğu görülmektedir: örneğin, 3 numaralı kullanıcı Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurumu'nda ("TÜBİTAK") çalışan ve ByLock kullanımı dışındaki delillere dayanarak FETÖ/PDY üyeliği suçlamasıyla yargılanan bir bilgisayar mühendisidir; 49 numaralı kullanıcı F. Gülen'in özel sekreteridir. Gülen'in özel sekreteri; ve tespit edilen 53 kullanıcıdan 15'i yasadışı telefon dinleme suçundan yargılanan Emniyet İstihbarat Servisinde çalışan eski polis memurlarıdır;

- ByLock içeriklerinin ve kullanıcı bilgilerinin incelenmesi sonucunda, FETÖ/PDY'nin üst düzey yöneticileri olduğu tespit edilen 175 kişinin, "Ergenekon" olarak adlandırılan soruşturma ve kovuşturmalarda görev alan hâkimlerden 52'sinin (bu yargılamalara ilişkin daha fazla ayrıntı için bkz. *Perinçek / İsviçre* [BD], No. 27510/08, § 27, AİHM 2015 (özetler) ve burada atıfta bulunulan davalar ve *Eminağaoğlu / Türkiye* (No. 76521/12, § 6, 9 Mart 2021), "*Balyoz*" (*Balyoz*) ve "*Askeri Casusluk*" (*Askeri Casusluk*) (bkz. *Ahmet Hüseyin Altan/Türkiye*, No. 13252/17, §§ 5-8, 29 ve 56, 13 Nisan 2021, ve bu soruşturma ve kovuşturmalarda ilgili olarak atıfta bulunulan davalar) ve kolluk kuvvetleri içindeki gizli yapının bir parçası oldukları gerekçesiyle haklarında dava açılan 8.723 kişiden 5.922'si ByLock kullanıcısı olduğu tespit edilmiştir;

- Başvurudan kurum hakkında elde edilen bilgiler diğer kaynaklardan toplanan bilgilerle tutarlıdır;

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

118. Yukarıda belirtilenlere ve mevcut diğer tüm bilgilere dayanarak, raporda ByLock'un yalnızca FETÖ/PDY üyelerinin kullanımı için tasarlanmış bir iletişim aracı olduğu, kullanıcıların kimliklerinin tespit edilmesini önlemek için önlemler alındığı ve örgüt dışından hiç kimsenin erişimine açık olmadığı sonucuna varılmıştır.

119. Rapor ayrıca ByLock kullanıcı listelerinin yetkililer tarafından nasıl oluşturulduğuna dair daha fazla bilgi vermektedir. İlk aşamada MİT, elde ettiği ham log verilerine dayanarak ByLock sunucusu tarafından kullanılan

dokuz farklı IP adresini tespit etmiş ve bunların doğruluğu Emniyet Genel Müdürlüğü Siber Suçlar Daire Başkanlığı tarafından teyit edilmişti. İlgili yasal çerçeve uyarınca hizmet sağlayıcılar tarafından depolanan ve CGNAT verileri⁶ olarak da adlandırılan İnternet trafik verileri daha sonra Türkiye'den ByLock sunucusunun dokuz IP adresine bağlanan IP adreslerini tespit etmek amacıyla incelenmiştir, ancak bu şekilde elde edilen kullanıcı bilgileri VPN aracılığıyla bağlanma zorunluluğundan önce yapılan bağlantılarla veya VPN bağlantısının anlık olarak devre dışı bırakıldığı durumlarda sınırlıdır. Bu şekilde tespit edilen IP adresleri daha sonra ilgili GSM ve ADSL aboneleriyle eşleştirilmiştir. Kullanıcı listesinin ilk versiyonu MİT tarafından 16 Aralık 2016 tarihinde Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'na iletilmiştir. Elde edilen verilerin daha detaylı incelenmesi sonucunda MİT tarafından güncellenmiş bir liste hazırlandı ve 24 Mart 2017 tarihinde yetkililerle paylaşıldı. Daha sonra 129.862 kullanıcıya ait bilgileri içeren bu liste, BTK tarafından 19 Nisan 2017 tarihi itibarıyla servis sağlayıcılardan temin edilen CGNAT verileri kullanılarak doğrulandı ve ByLock kullanıcı listesi oluşturuldu. Akabinde, 28 Aralık 2017 tarihinde, *Mor Beyin* ("Mor Beyin") olarak bilinen bir tuzak uygulama aracılığıyla farkında olmadan ByLock sunucusuna yönlendirildiği tespit edilen 11.480 kişi ByLock kullanıcı listesinden çıkarılmıştır (*Mor Beyin* hakkında daha fazla bilgi için bkz. *Taner Kılıç / Türkiye (no. 2)*, No. 208/18, § 36, 31 Mayıs 2022).

120. KOM yetkilileri, 22 Mayıs 2020 tarihinde hazırladıkları ek raporda, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yöneltilen bazı özel sorulara yanıt vermiştir. ByLock verilerinin bütünlüğünü sağlamak ve manipüle edilmelerini önlemek için alınan önlemlere ilişkin bir soruya yanıt olarak, ByLock verilerinin iki farklı kaynaktan elde edildiği yinelenmiştir: (i) MİT tarafından ByLock sunucusundan elde edilen ham log verileri ve (ii) ByLock IP'lerine Türkiye'den yapılan bağlantıları gösteren CGNAT verileri (İnternet trafik bilgilerine ilişkin). İlk veri seti bir disk görüntüleme işlemine tabi tutularak bir hash değerine bağlanmış ve veriler adli makamlar tarafından bir kasada tutulmuş ve bu nedenle değiştirilememiştir. CGNAT verilerine gelince, bunlar değiştirilemeyen veya bozulamayan uluslararası kayıtlı verilerle ilgiliydi.

121. Bireysel bir ByLock kullanıcıya sadece kendisine ait dijital (ham) ByLock verilerinin verilip verilemeyeceğine ilişkin bir başka soruya cevaben raporda, ham verilerin işlenmeden kullanıcı kimliği bazında tasnif edilmesinin mümkün olmadığı açıklanmıştır. Ham ByLock verileri bir veri tabanı üzerinde ayrı tablolar altında kategorize edilmiş ve bir arayüz kullanılarak bu tablolardan ilgili verilerin çıkarılmasının ardından belirli bir kişiye ait bilgiler elde edilmiştir. Bu şekilde elde edilen bilgiler, "ByLock Sonuçları ve Değerlendirme Raporu" şeklinde her bir bireyin vaka dosyasına

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

dahil edilmiştir. Aksi takdirde, ham verilerin tamamını herhangi bir şüpheli ile paylaşmak mümkün değildi, çünkü bu veriler diğer birçok şüpheli ile ilgili bilgileri de içeriyordu.

122. Bu ek raporda ayrıca, ByLock'un sadece indirilmesi nedeniyle herhangi bir kovuşturma yapılmadığı ve her davada ByLock'un fiilen kullanıldığına dair kanıt gerektiği belirtilmiştir.

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

123. 10 Temmuz 2020 tarihinde, yetkililer tarafından görevlendirilen bir grup siber güvenlik uzmanı, açık kaynaklardan ve yukarıda atıfta bulunulan MİT ve KOM tarafından hazırlanan raporlardan elde edilen bilgilere dayanarak ByLock uygulaması hakkında bir bilirkişi raporu hazırlamıştır. Bilirkişi raporu esas olarak daha önceki raporlarda yer alan bulguları *yinelemekle birlikte*, bazı başka ilgili gözlemleri de içermektedir (bu raporun daha ayrıntılı bir açıklaması için bkz. *Akgün*, yukarıda anılan, § 57).

124. Bu bağlamda rapor, ByLock uygulamasının gelişmiş şifreleme yöntemleri kullandığını ve kolluk kuvvetleri tarafından tespit edilebilecek dijital parmak izi bırakmadan iletişim kurmayı sağlayan anonimlik- odaklı bir mesajlaşma uygulaması olduğunu kaydetti. Tüm mesajların sunucuda şifreli bir şekilde saklanması ve kişi ekleme için özel prosedür gibi bazı özellikleri, ByLock'un diğer mesajlaşma uygulamalarından farklı olarak tasarlandığını ve genel halka değil, belirli bir amaca hizmet etmeyi amaçladığını göstermiştir.

125. Raporda ayrıca bazı "tuzak" uygulamaların (paragrafta belirtildiği gibi 119 yukarıda) ByLock sunucusuna yanlışlıkla bağlantı kurmak için kullanıldığı tespit edilmiştir. Teknik analiz, bu tür yanlışlıkla yapılan bağlantılara ilişkin CGNAT verilerinin, ByLock sunucusuna sıradan bir bağlantı sonrasında üretilen verilerden ayırt edilebileceğini göstermiştir.

126. Raporda ayrıca, Google arama motorunda ByLock ile ilgili yapılan aramalara ilişkin Google Trends'ten elde edilen bilgilere göre, Eylül 2014'ten Şubat 2016'ya kadar neredeyse hiç arama yapılmadığı vurgulandı. ByLock'un diğer mesajlaşma uygulamalarından çok farklı çalıştığı göz önünde bulundurulduğunda, çevrimiçi aramaların yokluğu, bu uygulamanın belirli bir grup insan tarafından kullanıldığını ve bu kişilerin uygulamanın nasıl çalıştığına dair ayrıntılı bilgiye sahip olduklarını ve bunları potansiyel kullanıcılarla paylaştıklarını düşündürmektedir.

127. Son olarak, ByLock uygulamasının kullanıcı sayısına ilişkin olarak, raporda, MİT raporunda yer alan "215.092" rakamının gerçek kullanıcı sayısını değil, uygulamaya kayıt sayısını gösterdiği açıklanmıştır.

(ç) IntaForensics tarafından hazırlanan "Teknik Rapor"

128. Birleşik Krallık merkezli bir dijital adli tıp ve siber güvenlik danışmanlık hizmeti olan IntaForensics, Türkiye Adalet Bakanlığı'nın talebi

üzerine ByLock uygulaması hakkında 21 Ağustos 2020 tarihli bir adli tıp incelemesi ve teknik rapor hazırlamıştır (rapor hakkında daha fazla ayrıntı için bkz. *Akgün*, yukarıda anılan, § 58).

129. İçerik olarak yukarıda özetlenen raporlara çok benzeyen rapor, ByLock'un küresel uygulama mağazalarında yayınlanmasına rağmen, tüm niyet ve amaçlar için ilginin Türkiye ile sınırlı olduğunu belirtti. Dahası, diğer mesajlaşma uygulamalarından farklı özellikleri göz önüne alındığında, ByLock için güvenlik kadar anonimliğin de birincil hedef olduğu anlaşılıyor.

130. Raporla ayrıca, uygulamanın 3 Nisan 2016 tarihinde Google Play mağazasından kaldırıldığı, ancak kullanıcılara bu konuda önceden herhangi bir duyuru yapılmadığı ve sosyal medyada veya başka bir yerde uygulamanın neden haber verilmeden yayından kaldırıldığına dair kullanıcılardan herhangi bir şikayet veya yorum tespit edilmediği gözlemlendi. Raporun yazarlarına göre bu durum, uygulamanın belirli bir grup insan tarafından kullanıldığını ve geliştiricinin ticari bir kaygısı olmadığını göstermektedir.

2. Başvuru sahibi tarafından sunulan raporlar

(a) Başvuru sahibine ait dijital veriler hakkında uzman görüşü

131. Başvuranın avukatı, 5 Eylül 2021 tarihinde, başvuranın dava dosyasında yer alan CGNAT verilerini ve HTS kayıtlarını ve KOM tarafından 7 Ekim 2020 tarihinde düzenlenen "Tespit ve Değerlendirme Raporu"nu incelemek üzere Türkiye'de yerleşik bir dijital adli tıp uzmanını görevlendirmiştir (bkz. yukarıdaki 107. paragraf). Bilirkişi, 11 Ekim 2021 tarihli raporunda, başvurana ait CGNAT verilerinde belirtilen IP adreslerinin tamamının sistem yöneticisi tarafından engellenen IP aralıkları içinde olduğunu kaydetmiştir. Ayrıca, *diğer hususların yanı sıra*, ilgili verilerin ByLock sunucusuyla bağlantının başvuranın cihazından kurulmuş olabileceğini göstermesine rağmen, mevcut verilerin niteliğinin, bağlantıların ByLock uygulamasının kullanımı dışında, yani yanlışlıkla yapılmış olma olasılığını ortadan kaldırmadığını tespit etmiştir.

(b) Diğer ceza yargılamaları bağlamında görevlendirilen bilirkişi raporları

132. Başvuran ayrıca, ByLock kullanımına ilişkin diğer ceza yargılamaları bağlamında bağımsız bilirkişiler tarafından hazırlanan bir dizi bilirkişi raporu sunmuştur.

133. Hollanda- merkezli bir bilişim şirketi tarafından 13 Eylül 2017 tarihinde hazırlanan ve esas olarak MİT teknik analiz raporunun analizini içeren bu raporlardan birinde, söz konusu raporun hash değerleri veya denetim izi gibi elde edilen verilerin bütünlüğünün doğrulanmasını sağlayacak hiçbir bilgi içermediği ve yapılan teknik analizin bir tanımını sunmadığı tespit edilmiştir. Bu nedenle, kullanılan analiz yöntemlerini incelemek zor olmuştur.

134. Türkiye'den iki adli tıp uzmanı tarafından 1 Eylül 2021 tarihinde hazırlanan bir başka rapor, özellikle ByLock uygulamasının "münhasıran" FETÖ/PDY üyeleri tarafından kullanıldığı sonucunu destekleyecek yeterli kanıt olup olmadığı sorusuyla ilgiliydi. Raporla ilgili olarak aşağıdaki bulgulara yer verilmiştir:

- "WhatsApp", "Telegram", "Skype" ve "Signal" gibi yaygın olarak kullanılan tüm mobil mesajlaşma uygulamaları, çeşitli derecelerde şifreli iletişim sağlamıştır;

- ByLock, herhangi bir referans veya başka bir gereksinime ihtiyaç duymadan mobil uygulama mağazalarından ücretsiz olarak indirilebilir;

- ByLock'un "ayrıcılık" olduğunun kanıtı olarak gösterilen özelliklerden bazıları uygulamanın geliştiricilerinin tercihlerinden kaynaklanmaktadır ve benzer özelliklere sahip çok sayıda mesajlaşma uygulaması bulunabilir;

- Örneğin, telefon rehberine erişim neredeyse tüm uygulamalarda isteğe bağlı bir özellikti ve başka bir kullanıcıyla iletişim kurmak için önceden onay gerekliliği "Line" gibi birçok mesajlaşma uygulamasında isteğe bağlı bir özellik olarak bulunabiliyordu; mesajların otomatik olarak silinmesi de benzer şekilde "Snapchat" ve "Telegram" gibi birçok uygulamada mevcut bir özellikti;

- Özel bir uygulama web sitesinin olmaması, kendinden imzalı sertifikaların kullanılması ve parola kurtarma seçeneğinin olmaması yaygın olarak kullanılan uygulamalar arasında sıkça karşılaşılmassa da, geniş bir kullanıcı tabanı olmayan uygulamalar için oldukça yaygındı.

135. Yukarıda belirtilenlere dayanarak, rapor, yetkililer tarafından münhasır kullanımın kanıtı olarak tanımlanan ByLock özelliklerinin, teknik açıdan söz konusu uygulamanın "münhasır kullanım" için tasarlandığını makul şüphenin ötesinde kanıtlamadığını tespit etmiştir. Raporla ayrıca, dava dosyalarında yer alan kayıtlara göre çok sayıda bulunan ve söz konusu yapıyla ilgili olmayan herhangi bir iletişim içeriğinin "münhasırlık" argümanını zayıflatacağı belirtildi.

C. ByLock'un ruhsat sahibinin tutuklanması

136. 9 Haziran 2021 tarihinde ByLock'un lisans sahibi olduğu tespit edilen Türk ve Amerikan çifte vatandaşı David Keynes (yukarıdaki 115. paragrafta belirtilen MİT Teknik Analiz Raporu), İstanbul Havalimanı'nda tutuklanmış ve polis tarafından gözaltına alınmıştır.

137. Polise, Cumhuriyet Savcısına ve Sulh Ceza Mahkemesine daha sonra verdiği ifadelere göre, ByLock uygulaması ve FETÖ/PDY hakkındaki bilgilerini Türk makamlarıyla paylaşmak ve Ceza Kanununun 221. Maddesinde yer alan ve bilgi karşılığında ceza indirimi imkanı sağlayan "etkin pişmanlık" hükmünden yararlanmak amacıyla ABD'den Türkiye'ye dönmüştür. Bir öğrenci olarak FETÖ/PDY'ye ait dersanelerde okuduğunu ve kısa bir süre çalıştığını ve ayrıca öğrenci evlerine sık sık gittiğini

açıklamıştır. FETÖ/PDY ile tüm bağlantılarını 1997 yılında kestiğini iddia etmiştir. 2002 yılında okumak için ABD'ye gitmiş ve kısa bir süre sonra ABD'de bilgisayar mühendisliği okuyan ve FETÖ/PDY ile aktif bağları olduğu anlaşılan A.C. ile arkadaş olmuştur. Aralık 2013'te David Keynes İstanbul'da A.C. ile buluşmuş, A.C. kendisine bazı mobil uygulamalar geliştirme sürecinde olduğunu ancak ödeme ile ilgili sorunlar nedeniyle bunları uygulama mağazalarına yüklemeye sorunlarla karşılaştığını söylemiştir. A.C. David Keynes'in kartını kullanmayı talep etmiş ve yükleme işlemini tamamlamak için iletişim ve kimlik bilgilerini de almıştır. Mart 2014'teki bir sonraki görüşmelerinde A.C., kredi kartı, kimlik ve iletişim bilgilerini kullanarak uygulama mağazalarına yüklediği ByLock uygulamasından bahsetmiştir.

138. Ağustos 2015'te tekrar bir araya geldiklerinde, A.C. kendisinden "alan adı" için ödemeleri durdurmasını istemiştir, çünkü bildirildiğine göre indirme sayısı düşmüştür. Bu nedenle ödemeleri Ekim 2015'te durdurmuş, ancak bildiği kadarıyla alan adı Şubat 2016'ya kadar kullanılabilir durumda kalmıştır. Polis David Keynes'e A.C.'nin neden Ağustos 2015'te alan adı ödemelerini durdurmak istediğini sorduğunda, darbe girişiminden sonra duyduklarına göre MİT'in ByLock uygulamasını Temmuz 2015'te keşfettiğini, muhtemelen bu nedenle A.C.'nin o zamandan sonra ByLock üzerinden bilgi akışını durdurmak istediğini belirtti.

139. David Keynes, gizliliği ön planda tutacak şekilde tasarlanan uygulamanın konfigürasyonu ve kullanışsızlığı ile A.C.'nin örgütle olan bağlantısını göz önünde bulundurduğunda, ByLock uygulamasının A.C. tarafından FETÖ/PDY'nin kullanımı için geliştirildiğini sonradan fark ettiğini belirtmiştir.

140. 14 Haziran 2021 tarihinde David Keynes, silahlı bir terör örgütüne üye olma şüphesiyle tutuklu yargılanmıştır. Başvurucu tarafından sunulan ve Hükümet tarafından yalanlanmayan bir habere göre, David Keynes, toplanan deliller, kaçma riskinin bulunmaması ve davasında etkin pişmanlık hükmünün uygulanması ihtimali göz önüne alınarak 3 Kasım 2021 tarihinde serbest bırakılmıştır. Taraflar, Mahkeme'ye bu kişi aleyhindeki ceza yargılamasının sonucu hakkında daha fazla bilgi vermemiştir.

4 İLGİLİ YASAL ÇERÇEVE VE UYGULAMA

I. İÇ HUKUK VE UYGULAMA

A. İç hukuk

1. Anayasa

141. Anayasa'nın mevcut davayla ilgili hükümleri aşağıdaki gibidir:

YÜKSEL YALÇINKAYA/TÜRKİYE KARARI

Madde 15

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

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

Madde 36

Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir...

Madde 38

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

...

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

Ceza sorumluluğu şahsîdir."

Madde 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."

2. Elektronik delillerin toplanması, iletişimin dinlenmesi ve delillerin değerlendirilmesine ilişkin ilgili iç hukuk

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

142. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun ilgili hükümleri söz konusu tarihte aşağıdaki gibidir:

Madde 134

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

"(1) Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada, somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması halinde, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılmasına, bilgisayar kayıtlarından kopya çıkarılmasına, bu kayıtların çözülerek metin hâline getirilmesine karar verilir. (Ek üç cümle: 25/7/2018-7145/16 md.) Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararlar yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunulur.

Hâkim kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi hâlinde çıkarılan kopyalar ve çözümünü yapılan metinler derhâl imha edilir.

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

(3) Bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine elkoyma işlemi sırasında, sistemdeki bütün verilerin yedeklenmesi yapılır.

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

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

Madde 135

İletişimin durdurulması, dinlenmesi ve kaydedilmesi

"(1) Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suçlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi (...) (3) dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir. Cumhuriyet savcısı kararını derhâl hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi hâlinde tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl kaldırılır.

...

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

...

(6) Şüpheli ve sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişiminin tespiti, soruşturma aşamasında hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma aşamasında mahkeme kararına istinaden yapılır. Kararda, yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespiti imkân veren kodu ve tedbirin süresi belirtilir. (Ek cümleler: 24/11/20166763/26 md.) Cumhuriyet savcısı kararını yirmi dört saat içinde hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi hâlinde kayıtlar derhâl imha edilir.

...

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

YÜKSEL YALÇINKAYA/TÜRKİYE KARARI

(a) ...

16. Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 311, 312, 313, 314, 315, 316)

..."

Madde 206

Kanıtların üretilmesi ve reddedilmesi

"...

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

a) Delil, kanuna aykırı olarak elde edilmişse ..."

Madde 217

Kanıtları değerlendirmede takdir yetkisi

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

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

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

143. Kanun'un 4 (1) sayılı bölümü ilgili olarak aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

"Millî İstihbarat Teşkilatı'nın görevleri şunlardır:

a) Türkiye Cumhuriyetinin ülkesi ve milleti ile bütünlüğüne, varlığına, bağımsızlığına, güvenliğine, Anayasal düzenine ve millî gücünü meydana getiren bütün unsurlarına karşı içten ve dıştan yöneltilen mevcut ve muhtemel faaliyetler hakkında millî güvenlik istihbaratını Devlet çapında oluşturmak ve bu istihbaratı Cumhurbaşkanı (...) (2) ,Genelkurmay Başkanı, Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreteri ile gerekli kuruluşlara ulaştırmak. ,

...

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

144. Aynı Kanun'un 6 (1) ve (2) sayılı bölümleri ilgili olduğu ölçüde aşağıdaki gibidir:

"(1) Millî İstihbarat Teşkilatı bu Kanun kapsamındaki görevlerini yerine getirirken aşağıdaki yetkileri kullanır:

...

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

bulunulanlar, kendi mevzuatlarındaki hükümleri gerekçe göstermek suretiyle talebin yerine getirilmesinden kaçınmazlar.

...

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

...

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

...

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

145. Aynı Kanunun ek 1. bölümü aşağıdaki gibidir:

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

3. *Organize suç ve terörizmi düzenleyen ilgili iç hukuk*

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

146. Ceza Kanunu'nun, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunu düzenleyen 220. maddesi, konuyla ilgili olarak aşağıdaki hükmü içermektedir:

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

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

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

147. Ceza Kanunu'nun 314. maddesinin 1. ve 2. fıkraları silahlı bir örgüte üye olma suçunu düzenlemektedir:

" (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.

YÜKSEL YALÇINKAYA/TÜRKİYE KARARI

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

314. Madde 1. fıkranın atıfta bulunduğu kısmın dördüncü ve beşinci bölümlerinde Devlet güvenliğine ve anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı işlenen suçlar sıralanmaktadır.

148. Ceza Kanunu'nun 30. Maddesi aşağıdaki gibidir:

Hata

Madde 30

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

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

149. Terörle Mücadele Kanunu'nun ilgili hükümleri aşağıdaki gibidir:

Terör tanımı

Bölüm 1

(15 Temmuz 2003 tarihli ve 4928 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce)

"(1) Terör; baskı, cebir ve şiddet, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzenini değiştirmek, Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetinin 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 eylemlerdir.”

Madde 1

(Değişik birinci fıkra: 15/7/2003-4928/20 md.)

"(1) Terör; cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetinin 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.”

Terör suçlusu

Madde 2

“(1) Birinci maddede belirlenen amaçlara ulaşmak için meydana getirilmiş örgütlerin mensubu olup da, bu amaçlar doğrultusunda diğerleri ile beraber veya tek başına suç işleyen veya amaçlanan suçu işlemese dahi örgütlerin mensubu olan kişi terör suçlusudur. Terör örgütüne mensup olmasa dahi örgüt adına suç işleyenler de terör suçlusu sayılır.”

Terör Suçları

Madde 3

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

Terör örgütleri

Madde 7

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

4. Yargıya ilişkin ilgili iç hukuk

(a) 6723 sayılı Danıştay Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (1 Temmuz 2016)

150. 1 Temmuz 2016 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi, Yargıtay Kanunu (2797 sayılı Kanun) da dâhil olmak üzere bazı kanunlarda değişiklik yapan 6723 sayılı Kanunu kabul etmiştir. 23 Temmuz 2016 tarihinde yürürlüğe giren 6723 sayılı Kanun'un 22. maddesi ile 2797 sayılı Kanun'a geçici bir madde eklenmiştir. Bu madde esas olarak, bazı istisnalar dışında, Yargıtay üyelerinin görev sürelerinin yürürlüğe girdiği tarih itibariyle sona ermesini ve yeniden seçilecek toplam üye sayısının azaltılmasını öngörüyordu. Ayrıca, Yargıtay üyeliğine yeniden seçilemeyen hâkimlerin Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından sınıf ve derecelerine uygun başka bir göreve atanmaları öngörülüyordu.

(b) 667 ve 685 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameler

151. 23 Temmuz 2016 tarihinde yürürlüğe giren 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 3. madde 1 fıkrasında yer alan olağanüstü hal tedbirleri, *diğer hususlar meyanında*, Anayasa Mahkemesi ve yüksek

mahkeme üyeleri de dahil olmak üzere, hâkim ve savcıların terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilenlerin meslekten çıkarılmasını öngörmekteydi. Meslekten çıkarma kararı, Anayasa Mahkemesi üyeleri hakkında Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunun salt çoğunluğunca; Yargıtay daire başkanı ve üyeleri hakkında Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulunca; yüksek mahkeme üyesi olmayan hâkim ve savcılar hakkında Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Genel Kurulu tarafından alınacaktı.

152. Türkiye Büyük Millet Meclisi 18 Ekim 2016 tarihinde 6749 sayılı Kanun'u kabul ederek (29 Ekim 2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmıştır) 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameyi onaylamıştır. 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 3. madde 1 fıkrası 6749 sayılı Kanun'un 3. madde 1 fıkrasına eklenmiştir.

153. 2 Ocak 2017 tarihinde kabul edilen 685 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 11. maddesinde, 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 3. madde 1 fıkrası ve 6749 sayılı Kanun uyarınca görevlerinden ihraç edilen kişilerin, ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da bu tedbire itiraz edebileceği belirtilmiştir.

5. *İlgili diğer iç hukuk*

154. 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 6. maddesi 1. fıkrası, olağanüstü hal süresince uygulanmak üzere, Ceza Kanunu'nun İkinci Kitabı'nın dördüncü bölümünde belirtilen millete ve devlete karşı işlenen bazı suçlar (314. maddesi kapsamındaki silahlı örgüte üye olma suçu dahil), Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlarla ilgili olarak gözaltında tutulan kişilerin hukuki yardım alma hakkına bazı kısıtlamalar getirmiştir. 6. Maddenin 1. fıkrası (d), *diğer hususlar meyanında*, gözaltındaki kişilerin avukatlarıyla yaptıkları görüşmelerin kaydedilebileceğini, görüşmeleri izlemek üzere bir memurun görüşmelere katılabileceğini veya görüşülen belge ve dosyalar ile gözaltındaki kişiler veya avukatları tarafından tutulan kayıtlara, burada belirtilen nedenlerle gerekli görülmesi halinde, Cumhuriyet savcısının kararıyla el konulabileceğini öngörmektedir. Bu madde, 18 Ekim 2016 tarihinde kabul edilen ve 29 Ekim 2016 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan 6749 sayılı Kanun'un 6. maddesi 1. fıkrasına eklenmiştir (bkz. yukarıdaki 152 paragraf).

B. İç uygulama

1. Yargıtay İçtihadı

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

155. 24 Nisan 2017 tarihinde, ilk derece mahkemesi olarak görev yapan Yargıtay 16. Ceza Dairesi ("16. Ceza Dairesi"), M.Ö. ve M.B. isimli iki hâkimi FETÖ/PDY üyeliği ve görevi kötüye kullanma suçlarından mahkûm ettiği bir karar (E.2015/3, K.2017/3) vermiştir. Bu karar, Yargıtay'ın söz konusu örgütü "terör örgütü" olarak kabul ettiği ilk karardır. Yüksek mahkeme bu karara varırken, ilgili hakimlerin ByLock mesajlaşma sistemini kullanmalarının yanı sıra, FETÖ/PDY ile ilgili suçlamalarla bağlantılı olarak tutuklu bulunan altmış üç şüphelinin serbest bırakılmasını içeren yargı kararlarını F. Gülen'in FETÖ/PDY'ye bağlı bir internet sitesinde yayınlanan şifreli bir talimatı üzerine aldıklarını gösteren kanıtlara dayanmıştır (bu iki hâkime yöneltilen suçlamalarla ilgili daha ayrıntılı bilgi için bkz. *Başer ve Özçelik v. Türkiye*, no. 30694/15 ve 30803/15, 13 Eylül 2022). 26 Eylül 2017 tarihinde Yargıtay Ceza Genel Kurulu bu kararı onamıştır (no. E. 2017/16-956, K. 2017/370)..

156. ByLock kullanımına ilişkin sonraki tüm ceza yargılamalarının seyrini şekillendiren bu iki kararda (bundan böyle "emsal (landmark) kararlar" olarak anılacaktır) Yargıtay, ByLock verilerinin toplanmasını düzenleyen yasal çerçeve, ByLock uygulamasının mahiyeti ve özellikleri ile kanıt değeri ve FETÖ/PDY'nin yapısı hakkında önemli tespitlerde bulunmuştur.

(i) *ByLock verilerinin toplanmasının yasal dayanağına ilişkin bulgular*

157. Her iki kararda da Yargıtay, HMK'nın 217 § 2 maddesi uyarınca (bkz. para. 142), söz konusu deliller hukuka uygun olarak elde edildiği sürece, mahkemelerin suçluluğu tespit etmek için fiziksel veya elektronik her türlü delile dayanabileceğini belirtmiştir. Mahkeme ayrıca, daha sonra Ankara Bölge Adliye Mahkemesi tarafından müteakiben dayanılan gerekçelerle (bkz. para. 85), ByLock verilerinin toplanması ve işlenmesinin ilgili yasal çerçeveye uygun olarak gerçekleştirildiğini belirtmiştir.

(ii) *ByLock uygulamasının özelliklerine ve kullanımının kanıt değerine ilişkin bulgular*

158. Yargıtay daha sonra ByLock uygulamasının mahiyetini ve ticari bir uygulama olup olmadığını veya münhasıran FETÖ/PDY tarafından kullanılıp kullanılmadığını belirlemek için ilgili olduğunu düşündüğü unsurları incelemiştir. Yargıtay'ın buradaki incelemesi büyük ölçüde MİT tarafından yapılan tespitleri yansıtmakta olup, (bkz. 114-116 paragraflar; ayrıca bkz. *Akgün/Türkiye*, no. 19699/18, §§ 68-81, 20 Temmuz 2021), daha sonra ilgili verilerin adli makamlara teslim edilmesinin ardından KOM tarafından bu husus teyit edilmiştir. Bu bağlamda Yargıtay, 2014 yılı başlarında ByLock

uygulamasının online uygulama mağazalarında herkese açık ve erişilebilir olsa da, ilgili soruşturma dosyalarında yer alan ifadeler, mesajlar ve e-postaların ortaya koyduğuna göre, ByLock uygulaması bu mağazalardan kaldırıldıktan sonra örgüt üyelerinin harici sabit diskler, hafıza kartları ve Bluetooth aracılığıyla bu uygulamayı indirdiklerini kaydetmiştir.

159. Yargıtay ayrıca, ByLock üzerinden yapılan iletişimin deşifre edilen içeriklerinin neredeyse tamamının örgütsel irtibat ve faaliyetlerle ilgili olduğunu tespit etmiş ve konuşma konularından bazılarını şu şekilde sıralamıştır: toplantı yerlerinin değiştirilmesi; yapılacak faaliyetlerin önceden bildirilmesi; üyeler için gizli saklanma yerlerinin sağlanması; yurt dışına kaçış planları; görevden uzaklaştırılan veya ihraç edilen örgüt üyeleri için para (*himmət*) ve mali destek toplama toplantıları; F. Gülen'in talimat ve görüşlerinin aktarılması; Türkiye'yi teröre destek veren bir ülke olarak göstermek amacıyla faaliyet gösteren internet sitelerinin paylaşılması; FETÖ/PDY'ye yönelik yürütülen soruşturmalar ve açılan davalar kapsamında şüpheli veya sanıkların belirli hâkim ve savcılar tarafından serbest bırakılmasının sağlanması; örgüt mensuplarına yardımcı olmak üzere avukat görevlendirilmesinin sağlanması; faaliyet yapılabilecek yerler hakkında bilgi verilmesi ve bu yerlerdeki önemli dijital verilerin imha edilmesi yönünde uyarılarda bulunulması; deşifre edilmesi halinde ByLock kullanımının sonlandırılması ve yerine Eagle, Dingdong, Tango gibi alternatif programların kullanılması gerektiği yönünde üyelerin bilgilendirilmesi; ve örgüt üyelerinin savunmalarında kullanılacak hukuki metinlerin hazırlanması.

160. Yargıtay, uygulamanın teknik özellikleri ve kullanımına ilişkin özel yöntemlerin yanı sıra kullanıcıların profilini ve paylaşılan deşifre edilmiş mesajların içeriğini dikkate alarak, her iki kararda da, ByLock'un evrensel bir mesajlaşma uygulaması kisvesi altında aslında münhasıran silahlı terör örgütü FETÖ/PDY üyelerinin kullanımına yönelik bir iletişim sistemi olduğu ve bu şekilde kullanıldığı sonucuna varmıştır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun kararından ilgili bölüm aşağıdaki gibidir:

"ByLock haberleşme sisteminde, bağlantı tarihi, bağlantının yapıldığı IP adresi, belirli bir zaman aralığındaki bağlantı sayısı, haberleşmenin yapıldığı kişiler ve haberleşme içeriğinin tespiti mümkündür. 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. İletişimin yapıldığı kişiler ve bu iletişimin içeriğinin tespiti, kişinin yapı [terör örgütü] içindeki yerinin belirlenmesinde istifade edilebilecek bilgilerdir. Başka bir deyişle, kişinin örgüt hiyerarşisindeki konumunu (örgüt lideri/örgüt üyesi) belirlemek için kullanılacak bilgilerdir.

ByLock iletişim sisteminin silahlı terör örgütü FETÖ/PDY üyelerinin kullanımı için tasarlanmış bir ağ olduğu ve münhasıran bu terör örgütünün bazı üyeleri tarafından kullanıldığı göz önüne alındığında, [bir kişinin] örgütün talimatıyla bu ağa katıldığı ve gizliliği sağlamak amacıyla iletişim için [ByLock] kullandığının - kesin bir kanaati destekleyebilecek teknik verilerle şüpheye yer bırakmayacak şekilde - tespit edilmesi halinde, böyle bir bulgu kişinin örgütle bağlantısına delil teşkil edecektir."

(iii) FETÖ/PDY'ye ilişkin bulgular

161. Her iki kararda da Yargıtay, Ceza Kanunu ve Terörle Mücadele Kanunu'nun ilgili hükümleri temelinde terör, suç örgütü ve terör örgütü kavramlarına dair genel görünümü sunmuş ve ayrıca Ceza Kanunu'nun 314. maddesinde düzenlenen ve örgütlü suçlardan farklı bir form olarak gördüğü silahlı terör örgütü kurma, yönetme ve üye olma suçlarını incelemiştir (bkz. 146-149 paragraflar). Mahkeme, bir yapının "silahlı terör örgütü" olarak sınıflandırılabilmesi için, yalnızca Ceza Kanunu'nun 220. maddesinde "suç işlemek amacıyla örgüt kurma" suçuyla ilgili olarak belirtilen koşulları haiz olmasının yetmediğini, aynı zamanda Terörle Mücadele Kanunu'nun 1. ve 7. bölümlerinde belirtilen amaç ve yöntemleri de benimsemesi gerektiğini kaydetmiştir. İlgili Kanun'un 7. bölümünde yer alan "cebir ve şiddet" kullanma şartının mutlaka cebir ve şiddetin fiilen kullanılması anlamına gelmediğini, bu tür bir cebir ve şiddetin kullanılabilmesine dair mevcut bir tehdidin yeterli olacağını vurgulamıştır. Yargıtay ayrıca, silahlı terör örgütünün amaçlarını gerçekleştirmek için yeterli miktarda silaha sahip olması veya bu silahlara erişim imkanına sahip olması gerektiğini ve Ceza Kanunu'nun 314. maddesi kapsamındaki suçun amaçları bakımından bu silahların yasadışı yollardan elde edilmiş olmasının veya devlet malı olmasının önemli olmadığını savunmuştur.

162. Yargıtay daha sonra "*sui generis* terör örgütü" olarak tanımladığı FETÖ/PDY'nin tarihini, mahiyetini ve özelliklerini incelemeye devam etmiştir. İlgili bulgular Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun kararında aşağıdaki şekilde belirtilmiştir:

"FETÖ/PDY, dini, din dışı dünyevi amaçlarına ulaşmak için paravan ve araç olarak kullanan; yeni bir siyasi, ekonomik ve sosyal düzen kurma amacıyla olan örgüt liderinin talimatları doğrultusunda hareket eden; bu amaçla öncelikle güç sahibi olmayı hedefleyen, güçlü olmak ve yeni bir düzen kurmak için şeffaflık ve açıklık yerine büyük bir gizlilik içinde hareket eden; .. kod adları, özel iletişim kanalları ve bilinmeyen kaynaklardan gelen paraları kullanan; herkesi böyle bir yapının olmadığına ikna etmeye çalışan ve bu izlenimi vermeyi başardığı ölçüde büyüyen ve güçlenen; kendisine bağlı olmayanları düşman olarak gören; sistemle çatışmak yerine, 'Altın Nesil' olarak adlandırılan mensupları vasıtasıyla, sistemi ele geçirmek için Devlete aşağıdan yukarıya doğru nüfuz eden; [Devletin çeşitli kurumlarına nüfuz ederek] belli bir güce ulaştıktan sonra, legal görünümlü illegal yöntemlerle hasımlarını bertaraf eden; böylece Devletin tüm alt unsurlarını kontrolü altına alarak, sistemi ele geçirmeyi ve elde ettiği kamu gücünü kullanarak toplumsal dönüşümü sağlamayı amaçlayan; ayrıca casusluk faaliyetlerinde bulunan atipik/*sui generis* bir yapıdır.

Sahip olduğu insan ve finans kaynaklarını kullanarak Türkiye Cumhuriyeti'nin tüm anayasal kurumlarını ele geçirme amacını taşıyan FETÖ/PDY silahlı terör örgütü ... 'gizli yaşamak, daima korkmak, gerçeği söylememek, gerçeği inkar etmek' ilkeleri üzerine kurulmuştur.

Örgüt lideri Fetullah Gülen ... örgüt üyelerine aşağıdaki talimatları vermiştir, ki [bu talimatlar] örgüt içinde gizliliğe verilen azami önemi göstermektedir:

YÜKSEL YALÇINKAYA/TÜRKİYE KARARI

'Esnek olun. Onların hayati noktalarından [fark edilmeden] geçin! Kimsenin sizi fark etmesine izin vermeden tüm güç merkezlerine ulaşana kadar sistemin hayati noktalarına doğru ilerleyin!

'Adliyelerde, kamu hizmetlerinde ya da diğer kritik kurum ve kuruluşlarda arkadaşlarımızın varlığı bireysel bir varlık olarak görülmemelidir. Onlar bizim bu birimlerdeki gelecek güvencemizdir. Bir ölçüde bizim varlığımızın teminatıdır!'

'Zaman henüz uygun değil. Dünyayı omuzlayabileceğimiz ana kadar, hazır olduğumuz ve koşulların elverişli olduğu ana kadar beklemelisiniz! Özellikle bilgi edinme konusunda düşmanlarımızdan önde olmalıyız.

'..., siz hakim değilsiniz ..., başka güçler de var. Bu ülkedeki çeşitli güçleri dikkate alarak dengeli, dikkatli ve temkinli bir şekilde ilerlememiz tavsiye edilir, böylece geriye doğru adım atmamız...'

'Türkiye'nin tüm anayasal kurumlarında gücü ve kuvveti ele geçireceğimiz ana kadar her adım erkendir. ... [sırrınızı] ifşa ederseniz, [o] sır sizi esir alır.

...

'Bana bir gün Ankara'da bin evimiz olduğunu söyleyin, o zaman devleti bacaklarından tutacağım ve devlet 'uyandıığında' yapacak bir şey kalmayacak'.

...

Organizasyon katmanlı bir hiyerarşik yapıya sahiptir. Katmanlar arasında geçişler mümkündür; bununla birlikte, dördüncü katmanın üzerindeki geçişler lider tarafından belirlenir. Katmanlar aşağıdaki şekilde oluşturulmuştur:

a) Birinci Katman (Genel katman): Örgüte inanç ve sevgi bağlarıyla bağlı olan ve fiili ve maddi destek sağlayan kişilerden oluşur. Bu katman çoğunlukla kuruluşun hiyerarşik yapısının bir parçası olmayan ancak yine de bilerek veya bilmeyerek [kuruluşa] hizmet eden kişilerden oluşur.

b) İkinci Katman (İnanç katmanı): Okullarda, dershanelerde, öğrenci yurtlarında, bankalarda, gazetelerde, vakıflarda ve kurumlarda çalışanlardan oluşan inançlı grup. Bunlar örgütsel *sohbet* toplantılarına katılan, düzenli aidat ödeyen, örgütün ideolojisini az çok bilen kişilerdir.

c) Üçüncü Katman (İdeolojik örgüt katmanı): Resmi olmayan faaliyetlerde görev alan, örgütün ideolojisini benimseyen ve buna uygun olarak örgütün propagandasını yapan kişiler.

d) Dördüncü Katman (Denetim ve kontrol katmanı): Bu katmanda yer alan kişiler tüm [örgütsel] hizmetleri (yasal ve yasadışı) denetler. Bağlılık ve itaat açısından gerekli seviyeye ulaşanlar bu katmana terfi edebilirler. Bu katmanın [üyeleri] örgüte genç yaşta katılanlardır; örgüte daha sonra katılanlar genellikle bu katmanda veya yukarıdaki katmanlarda görev alamazlar.

e) Beşinci Katman (Organizasyon ve yürütme katmanı): Yüksek düzeyde gizlilik gerektirir. Bu katmandakiler birbirlerini çok az tanırlar. Örgütün lideri tarafından atanırlar ve [faaliyetleri] Devlet düzeyinde organize eder ve denetlerler.

f) Altıncı Katman (Özel/hususi katman): Fetullah Gülen tarafından bizzat atanan ve lider ile alt katmanlar arasındaki iletişimi sağlayan ve örgütsel yapı içerisinde görevlendirme ve görevden alma yetkisine sahip kişilerden oluşmaktadır.

g) Yedinci Katman (Üst Kademe): Bu, doğrudan kuruluşun lideri tarafından seçilen on yedi kişiden oluşan kuruluşun en seçkin katmanıdır.

Örgüt, deşifre olmamak ve devletin örgütsel yapıyı deşifre etmesini önlemek için hücre tipi yatay yapılanmaya özen göstermiştir...

...

TSK, Emniyet ve MİT içine sızmış FETÖ/PDY militanları görünüşte kamu görevlisi olsalar da örgütsel aidiyetleri diğer tüm bağılıklarının üzerindedir. FETÖ/PDY'nin devletin emrinde olması gereken kamu gücünü kendi örgütsel çıkarları için kullandığı anlaşılmıştır. TSK, Emniyet Müdürlüğü ve [MİT] ...'te kamu hizmetine giren örgüt mensupları, FETÖ/PDY'nin birer "neferi" olarak, hiyerarşik üstlerinden aldıkları talimatlar doğrultusunda silahlarını ve zor kullanma yetkilerini kullanmaya hazır hale geldikleri ideolojik bir eğitimden geçmektedirler ...

Emniyet Müdürlüğü ve TSK'nın operasyonel birimlerinde örgütlenen FETÖ/PDY, bu kurumların sahip olduğu cebir ve şiddet kullanma yetkisinden kaynaklanan baskı ve yıldırma politikalarını araçsallaştırmaktadır. Örgüt üyelerinin gerektiğinde silaha başvurabilme kapasitesi 'silahlı terör örgütü' suçunun oluşması için gerekli ve yeterlidir; 15 Temmuz 2016 darbe girişimi sırasında ... TSK mensubu görünen ancak örgüt liderinin emir ve talimatları doğrultusunda hareket eden örgüt mensupları tarafından silah kullanılmış, bunun sonucunda çok sayıda sivil ve kamu görevlisi şehit olmuştur.

... "

Yukarıda belirtilen hususlar ışığında ve özellikle örgütün bazı üyelerinin silah kullanma yetkisine sahip devlet organlarında istihdam edildiğini ve örgüt hiyerarşisi tarafından talimat verilmesi halinde bu silahları kullanmaktan çekinmeyeceklerini dikkate alarak, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, FETÖ/PDY'nin Ceza Kanunu'nun 314. maddesi anlamında silahlı bir terör örgütü olduğunu açıkça tespit etmiştir.

163. Genel Kurul daha sonra, bu silahlı terör örgütünün üyesi olduğu iddia edilen bir kişinin Ceza Kanunu'nun 30. maddesine düzenlenen hata hükümlerine dayanarak sorumluluktan kurtulabileceği durumları incelemeye devam etmiştir (bkz. 148. paragraf) ve ilgili olarak aşağıdaki kararları vermiştir:

"Bir suç örgütü, başlangıçta bir suç işlemek için kurulmuş yasadışı bir yapı olabilir. [Benzer şekilde], yasal bir zeminde faaliyet gösteren bir sivil toplum örgütü de daha sonra bir suç örgütüne ve hatta bir terör örgütüne dönüşebilir. Bu bağlamda, ortada [varlığını kabul eden] bir yargı kararı bulunmadığı için kamuoyu tarafından bilinmeyen bir örgütün hukuki varlığı mahkemeler tarafından verilecek bir karara bağlıken, örgütün kurucusu, yöneticileri veya üyeleri, kuruluşundan itibaren veya meşru amaçlarla kurulmuş olmasına rağmen suç örgütü haline geldiği tarihten itibaren ceza hukukunda sorumlu tutulacaktır.

Silahlı terör örgütüne üye olma suçunun [sadece] *doğrudan kastla* [işlenebilen] bir suç olduğu göz önünde bulundurulduğunda, bir örgütün bazı üyelerinin bulunduğu durumlarda, Türk Ceza Kanunu'nun 30 § 1 maddesinde belirtilen hata hükmü kapsamında bir değerlendirme yapılması gerekecek olup, faaliyetlerini yasal bir zeminde yürüten [ancak gizlenmesi nedeniyle açıkça bilinmeyen] bir nihai amaç taşıyan yapıların parçası olan kişiler, ilgili yapının bir terör örgütü olduğundan haberdar olmadıklarını ileri sürebilirler.

...

YÜKSEL YALÇINKAYA/TÜRKİYE KARARI

Kasıt, suçun yasal tanımındaki unsurların bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmesini ifade eder ve bu unsurlar hakkında bilgi eksikliği veya eksik ya da yanlış bilgi, maddi unsurlara ilişkin bir hata anlamına gelir. Hata, kastın varlığını önleyecek ölçüde ise sanığa ceza verilmez...

...

FETÖ/PDY terör örgütünün, Devletin anayasal düzenini cebir ve şiddet yoluyla değiştirmek olan nihai amacına ulaşmak için [gizli] bir şekilde örgütlendiği ve [Devletin] silahlı kuvvetlerindeki varlığı göz önünde bulundurulduğunda, gerekli ve yeterli örgütsel güce sahip olduğuna şüphe yoktur. Örgütün amaç ve yöntemlerini bilen üyelerinin örgüt içindeki konumlarına göre cezalandırılacakları da açıktır. Örgütsel piramide göre beşinci, altıncı ve yedinci katmanlarda yer alan üyelerin ve kural olarak üçüncü ve dördüncü katmanlarda yer alanların bu kategoriye girdiği kabul edilmelidir. Ancak, Türk Ceza Kanunu'nun 30. maddesi uyarınca, örgütün sözde meşruiyet cephesi olarak kullanılan diğer katmanlara dahil örgüt üyelerinin ilgili [amaç ve yöntemlerden] haberdar olup olmadıklarına dair, FETÖ/PDY'nin başlangıçta bir ahlak ve eğitim hareketi olarak ortaya çıkması ve öyle algılanması ışığında, önce dini bir külte, daha sonra da bir terör örgütüne dönüştüğü, örgütün yasadışı amaçlarını gizlediği ve kamuoyu nezdinde suç olarak görülmekten kaçınmaya çalıştığı ve Fetullah Gülen hakkında Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından beraat kararı verildiği göz önünde bulundurularak olgusal bir değerlendirme yapılmalıdır.

Bu bağlamda, bu değerlendirmeyi yaparken, ülke genelinde [FETÖ/PDY ile ilgili] devam eden soruşturma ve kovuşturmaları, FETÖ/PDY ile ilgili dava dosyalarında yer alan [Emniyet Genel Müdürlüğü] raporlarını ve diğer belgeleri, [çeşitli] mahkemeler tarafından verilen kararları, ilgili davalarda sanıklar tarafından yapılan itirafları, tanık ifadelerini ve örgütün nihai amacını ortaya koyan [bazı] sansasyonel olaylar üzerinden uzun süre kamuoyu gündemini meşgul eden yoğun tartışmaları göz önünde bulundurmak gerekmektedir. Bu olaylar arasında 7 Şubat 2012 MİT krizi, sözde 17-25 Aralık operasyonları ... ve 1 ve 19 Ocak 2014 tarihlerinde MİT tırlarının durdurulması sayılabilir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, 30 Ekim 2014 ve sonrasında alınan ve kamuoyu ile paylaşılan Milli Güvenlik Kurulu kararlarında FETÖ/PDY, milli güvenliği tehdit eden ve kamu düzenini bozan, devlet içinde legal görünüm altında illegal faaliyet yürüten, illegal ekonomik boyutu olan ve diğer terör örgütleri ile işbirliği yapan bir terör örgütü olarak değerlendirilmiştir. [Ayrıca] bu terör örgütüne karşı tüm Devlet aygıtı kullanılarak etkin bir mücadele yürütülmesi kararlaştırılmış, [bu kararlar] ve açıklamalar Devletin ve Hükümetin en üst kademelerinde benimsenmiş ve kamuoyu ile paylaşılmıştır."

164. Silahlı kuvvetler ve kolluk kuvvetleri mensuplarıyla birlikte örgütün "özel" (*mahrem*) kısmına ait olduğu düşünülen M.Ö. ve M.B.'nin örgütsel yapıdaki hakimler olarak özel statülerini, eğitim düzeylerini ve meslekleri sırasında edindikleri bilgileri göz önünde bulunduran 16. Ceza Dairesi, örgütün nihai amacını, silahlı kuvvetler içindeki yapılanmasını ve dolayısıyla silahlı bir terör örgütü olduğu gerçeğini bilebilecek konumda olduklarına karar vermiştir. Bu nedenle, Ceza Kanunu'nda öngörülen hata hükmü onların davasında uygulanmayacaktır. Bu nedenle, sadece FETÖ/PDY üyelerinin kullanımı için oluşturulan ByLock uygulamasını kullanmaları ve FETÖ/PDY tarafından verilen talimatlar çerçevesinde gerçekleştirdikleri FETÖ/PDY şüphelilerinin toplu olarak serbest bırakılmasına ilişkin davranışları

nedeniyle, *diğerlerinin yanında*, silahlı terör örgütüne üye olmaktan mahkum edilmişlerdir; mahkeme verilen talimatlar çerçevesinde hareket etmenin ancak örgütün sadık bir üyesi tarafından gerçekleştirilebileceğine kanaat getirmiştir.

165. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, M.Ö. ve M.B.'nin ByLock kullanmalarının FETÖ/PDY'nin hiyerarşik yapısının bir parçası olduklarının kanıtı olduğunu vurgulayarak, silahlı terör örgütü üyeliğinden mahkûmiyetlerini onamıştır. Ayrıca, suçun işlendiği tarihte FETÖ/PDY'nin bir terör örgütü olduğuna dair kesinleşmiş bir yargı kararının bulunmamasının, ilgili eylemleri bilerek ve isteyerek gerçekleştiren sanıkların cezai sorumluluğunun tespit edilmesini engellemediğini de eklemiştir.

(b) Yargıtay'ın ilgili diğer kararları

166. Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından 27 Haziran 2019 tarihinde verilen kararda (E.2018/16-418, K.2019/513), ByLock sunucusundan elde edilen ham verilerin ve CGNAT verilerinin, bir kişinin ByLock uygulamasını kullanıp kullanmadığının belirlenmesinde nasıl değerlendirildiğine ilişkin daha fazla bilgi verilmiştir. Bu karardaki ilgili paragraf aşağıdaki gibidir:

"...Türkiye'deki IP adreslerinden ByLock sunucusunun dokuz IP adresine bağlanan abonelerin internet trafik kayıtlarını içeren ve operatörler tarafından tutulan CGNAT verileri bir tür üst veridir. Bu veriler, abonenin IP adresinin ByLock sunucusunun IP adreslerine bağlandığını gösterdiğinden, ilgili kişinin ByLock sistemine dahil olduğuna dair önemli bir gösterge teşkil etmekte; ancak ilgili aboneye bir kullanıcı kimliği atanıp atanmadığına dair ... herhangi bir bilgi vermemektedir..."

167. Yargıtay'a göre, ByLock kullanıcı kimliğinin tespit edilmediği durumlarda, bir kişinin ByLock IP adresleriyle bağlantısını gösteren CGNAT verilerinin varlığı şu iki husustan biri anlamına gelebilir: ya ByLock sunucusundan elde edilen verilerle ilgili KOM soruşturması henüz tamamlanmamıştır - veya ilgili veriler kurtarılamamış veya yazıya dökülememiştir - ya da söz konusu kişi, *Mor Beyin* olarak bilinen uygulama gibi tuzaklar aracılığıyla farkında olmadan ByLock sunucusuna yönlendirilmiştir (bkz. paragraf 119 yukarıda); görünüşe göre bu uygulama (çoğunlukla İslami nitelikteki) belirli uygulamaların kullanıcılarını ByLock sunucularına kasıtlı olarak yönlendirmek için geliştirilmiş ve kullanılmıştır.

168. Aynı şekilde, Yargıtay 16. Ceza Dairesi tarafından 29 Nisan 2019 tarihinde verilen daha önceki bir kararda (E.2019/98, K.2019/3057), bir kullanıcı kimliğinin varlığının, bir kişinin herhangi bir yönlendirme olmaksızın doğrudan ByLock sunucusuna bağlandığını göstereceğini ve ayrıntılı bir ByLock değerlendirme ve tanımlama raporunun gerçek kullanıcının kimliğinin yanı sıra örgüt içindeki konumu ve faaliyetleri hakkında bilgi sağlayacağını savunmuştur. Yargıtay, CGNAT verilerinin ve KOM tarafından düzenlenen ve ByLock kullanımına ilişkin "önemli göstergeler" teşkil eden ByLock kullanıcı raporunun varlığına rağmen,

kişinin kullanıcı kimliğinin tespit edilmemesi ve bu nedenle yanlışlıkla bağlantı olasılığının göz ardı edilmesi nedeniyle bu davadaki mahkumiyet kararını bozmuştur.

2. Anayasa Mahkemesi İçtihadı

169. Anayasa Mahkemesi, askeri darbe girişimi sonrasında açılan ceza davaları bağlamında bir dizi kilit karar vermiştir. Bu kararlardan bazıları, örneğin 20 Haziran 2017 tarihli *Aydın Yavuz ve Diğerleri* (başvuru no. 2016/22169) ve 4 Haziran 2020 tarihli *M.T*, 4 Haziran 2020 tarihli (başvuru no. 2018/10424), *diğerlerinin yanı sıra Baş v. Türkiye* (no. 66448/17, §§ 91-97, 3 Mart 2020), *Ahmet Hüseyin Altan* (yukarıda anılan, §§ 88 ve 89) ve *Akgün* (yukarıda anılan, §§ 83-101) davalarında Mahkeme tarafından uzun uzadıya alıntılanmıştır. Aşağıda, mevcut davanın amaçları bakımından özellikle ilgili olduğu düşünülen diğer Anayasa Mahkemesi kararlarının bir özeti yer almaktadır.

(a) 4 Haziran 2020 tarihli *Ferhat Kara* kararı (başvuru no. 2018/15231)

170. 4 Haziran 2020 tarihinde Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu, ByLock kullanımına ilişkin verilerin hukuka aykırı olarak elde edildiği ve FETÖ/PDY üyeliğinden mahkûmiyet için tek veya belirleyici delil olarak dayandırıldığı ve ilgili dijital verilerin duruşma mahkemesine getirilmediği gerekçesiyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasıyla ilgili *Ferhat Kara* davasında bir karar vermiştir.

171. Anayasa Mahkemesi incelemesine, davanın olgularını ve arka planını ortaya koyarak, FETÖ/PDY ve ByLock uygulaması hakkında hem teknik özellikleri hem de başvuru verilerinin çeşitli makamlar tarafından elde edilme ve işlenme şekli açısından genel bir bakış sunarak başlamıştır. Ardından, Sayın Kara'nın şikâyetlerinin kabul edilebilirliğini ve esasını incelemiştir.

(i) *Anayasa Mahkemesi'nin olgulara ve davanın arka planına ilişkin bulguları*

172. Anayasa Mahkemesi, FETÖ/PDY'nin yasal faaliyetlerinin ötesinde yasadışı bir yapı olduğunu ve eylem ve faaliyetlerinin uzun süredir toplumda tartışma konusu olduğunu belirtmiştir. Amacı doğrultusunda delilleri yok etmek, kamu kurumlarının ve üst düzey devlet görevlilerinin telefonlarını dinlemek, Devletin istihbarat faaliyetlerini ifşa etmek, kamu kurumlarında işe alım veya görevde yükselme için yapılan sınavlarda soruları önceden elde ederek kendi üyeleri arasında dağıtmak gibi eylemlerde bulunmuştur. Bu nedenle, özellikle 2013 yılından sonra birçok soruşturma ve kovuşturmayla konu olmuştur. Anayasa Mahkemesi FETÖ/PDY'nin yasadışı faaliyetlerini aşağıdaki gibi sıralamaya devam etmiştir:

"14. Bu bağlamda, '*Şemdinli*', '*Ergenekon*', '*Balyoz*', '*Askeri Casusluk*', '*Devrimci Karargah*', '*Oda TV*' ve '*Şike*' gibi kamuoyunda yoğun tartışmalara yol açan birçok davanın, (FETÖ/PDY tarafından) özellikle Türk Silahlı Kuvvetleri bünyesinde örgüt

üyeleri olmayan kamu görevlilerinin görevden alınması veya sivil çevrelerde örgütün çıkarlarına aykırı hareket ettiği düşünülen kişilerin etkisiz hale getirilmesi için kullanıldığı iddia edilmiştir...

15. Aynı şekilde, FETÖ/PDY ile bağlantılı olduğu düşünülen cumhuriyet savcıları, hakimler ve kolluk kuvvetleri mensupları tarafından bazı siyasetçiler, yakınları ve bazı işadamları hakkında... yolsuzluk yaptıkları iddiasıyla soruşturma başlatılmıştır ve 2013 yılı sonunda gerçekleştirilen operasyonlarda bu kişilerle ilgili bazı önleyici tedbirler alınmıştır. Kamuoyunda 17-25 Aralık soruşturmaları olarak bilinen bu operasyonlar, gerek kamu otoriteleri gerekse soruşturma ve yargı makamları tarafından FETÖ/PDY'nin Hükümeti devirmek amacıyla düzenlediği örgütsel bir faaliyet olarak değerlendirilmiştir. Sonrasında bu operasyonlarda görev alan yargı mensupları ve kolluk kuvvetleri hakkında idari/adli tedbir ve yaptırımlar uygulanmıştır...

16. Ayrıca, Milli İstihbarat Teşkilatı'na ('MİT') ait malzeme yüklü kamyonlar sırasıyla ... 1 Ocak 2014 ve ... 19 Ocak 2014 tarihlerinde bu yapıya bağlı olduğu belirtilen Cumhuriyet savcılarının verdiği talimatlar doğrultusunda, FETÖ/PDY üyesi olduğu düşünülen kolluk kuvvetleri mensupları tarafından durdurulmuş ve aranmıştır. Kamu makamları ile soruşturma ve yargı makamları, MİT tırlarının durdurulması ve aranmasına ilişkin olayları, kamuoyunda Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin terör örgütlerine yardım ettiği algısını yaratmaya ve bu yolla Hükümet yetkililerinin yargılanmasını sağlamaya yönelik örgütsel bir faaliyet olarak değerlendirmiştir. Akabinde, bu operasyonlarda yer alan yargı ve kolluk kuvvetleri mensupları adli/idari tedbirlere ve yaptırımlara tabi tutulmuştur.

17. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından 6 Haziran 2016 tarihinde örgütün üst düzey yöneticileri hakkında düzenlenen bir iddianame (ile) Fetullah Gülen'in de aralarında bulunduğu 73 (kişi) hakkında silahlı örgüt kurdukları ve Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ortadan kaldırmaya ve Hükümetin görevini yapmasını engellemeye teşebbüs ettikleri gerekçesiyle ceza davası açılmıştır...

18. Ayrıca FETÖ/PDY'nin ulusal düzeyde oluşturduğu tehdit, Devletin güvenlik birimlerinin karar, açıklama ve uygulamalarında da ele alınmıştır. Bu anlamda, Devlet yetkilileri söz konusu yapının ülke güvenliğine tehdit oluşturduğunu açıklamışlardır. Benzer değerlendirmeler Milli Güvenlik Kurulu kararlarında da yer almıştır... Jandarma Genel Komutanlığı, 8 Ocak 2016 tarihinde FETÖ/PDY'yi ... terör örgütleri listesine dahil etmiştir.

19. Ayrıca, başta yargı mensupları ve polis memurları olmak üzere FETÖ/PDY ile ilişkileri nedeniyle çok sayıda kamu görevlisi hakkında disiplin soruşturması yürütülmüş ve birçok kamu görevlisi hakkında kamu görevinden çıkarma da dâhil olmak üzere çeşitli disiplin yaptırımları ve idari yaptırımlar uygulanmıştır. Ayrıca, FETÖ/PDY ile bağlantılı olduğu düşünülen bazı ticari kuruluşlar, finans kuruluşları ve medya kuruluşları hakkında da çeşitli idari tedbirler uygulanmıştır.

...

21. FETÖ/PDY'nin Devletin anayasal kurumlarını ele geçirmek, Devleti, toplumu ve vatandaşları kendi ideolojisine uygun olarak yeniden şekillendirmek amacıyla mevcut idari sisteme paralel olarak örgütlendiği birçok yargı kararında kabul edilmiştir..."

173. Anayasa Mahkemesi, FETÖ/PDY'nin gizliliği esas alan bir örgüt olduğunu ve bu nedenle, yüz yüze iletişimin mümkün olmadığı ByLock gibi şifreli programlar aracılığıyla iletişimi tercih ettiğini vurgulamıştır. Anayasa Mahkemesi daha sonra ByLock programının nasıl tespit edildiğini, adli

makamlara nasıl bildirildiğini ve adli makamlar tarafından nasıl işlendiğini kronolojik olarak anlatmıştır.

174. Bu bağlamda MİT, ByLock programı üzerinden elde edilen dijital verilerin bulunduğu hard disk ve uygulamaya bağlanan ByLock abonelerinin listesinin bulunduğu flash belleği, ayrıca düzenlediği teknik raporu Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'na teslim etmiştir. Ankara Dördüncü Sulh Ceza Mahkemesi'nin CMK'nın 134. maddesi uyarınca ilgili materyalin incelenmesine yönelik kararını takiben, Cumhuriyet Savcılığı KOM'a gerekli incelemeyi yapması talimatını vermiştir. Bu doğrultuda KOM, gelen verilerin analizini yapmak için kendi personeli, Terörle Mücadele Dairesi, İstihbarat ve Siber Güvenlik Daireleri tarafından görevlendirilen personelden oluşan bir çalışma grubu kurmuştur. Bu amaçla, ByLock verilerini dışa aktarmak için bir arayüz programı kullanılmıştır. Savcılık ayrıca BTK'dan, MİT tarafından sağlanan abone listesinde belirtilen kişiler tarafından ByLock IP adreslerine (CGNAT verileri) yapılan bağlantıların sayısını gösteren bilgileri sağlamasını talep etmiştir.

175. Bu arada, MİT tarafından detaylı bir incelemeyle güncellenen kullanıcı listesinin yeni bir versiyonu Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilmiş ve adli makamlar tarafından aynı şekilde işlenerek 123.111 kişilik güncellenmiş kullanıcı listesi elde edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, VPN üzerinden yapılan bağlantıların Türkiye tabanlı IP'lere sahip olmaması nedeniyle bu bağlantılara ilişkin CGNAT(Carrier Grade NAT) verilerine erişilemediğini açıklamış, ayrıca şunu da eklemiştir:

"Erişilebilen CGNAT verileri, Türkiye merkezli IP'lerden ByLock sunucusundaki hedef IP'lere VPN kullanılmadan yapılan veya Türkiye'den bağlantı sırasında ... VPN'in devre dışı bırakılması sonucu tespit edilebilen bağlantılara aitti."

Anayasa Mahkemesi, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından *Mor Beyin* isimli bir yazılım üzerinden gerçekte ByLock kullanıcısı olmayan bazı kişilerin yanlışlıkla ByLock IP'sine bağlandıkları iddialarına ilişkin soruşturma başlatıldığının da altını çizdi. Yazılımın FETÖ/PDY tarafından ByLock uygulamasının gerçek kullanıcılarının deşifre edilmesini engellemek ve ilgisiz kişileri bu programa yönlendirerek ByLock delillerinin güvenilirliğini azaltmak amacıyla geliştirildiği ifade edildi.

176. Anayasa Mahkemesi, esas olarak soruşturma makamları tarafından hazırlanan raporlara ve daha önceki Yargıtay kararlarına dayanarak, ByLock uygulamasının kurulumu ve kullanımının yanı sıra diğer mesajlaşma uygulamalarından ayıran özellikleri hakkında bazı bilgiler vermeye devam etmiştir. Bunu yaparken Anayasa Mahkemesi, uygulamanın FETÖ/PDY üyeleri tarafından kullanımına daha fazla ışık tutmak amacıyla bazı şüphelilerin FETÖ/PDY ile ilgili soruşturmalar bağlamında verdikleri ifadelerle de atıfta bulunmuştur:

"Mart veya Nisan 2014'te, görevde olanlardan ByLock adlı iletişim programını kullanmaları istendi. Bu [talimat] bize Bölgedeki ED [Eğitim Danışmanı] tarafından iletildi ve bu programı bölgenin ED toplantısında internet veya Bluetooth aracılığıyla

telefonuma yükledi ... İl sorumlusu bu programı yükledi, sonra herkes kendi alt kademesindekilere yükledi ve böylece iletişim ağı genişledi. ByLock programı herkes için değil, daha çok üst düzey yetkililer için yüklendi. Programı birbirlerinden duyan alt kademedeki kişiler de zamanla kullanmaya başladılar. Bildiğim kadarıyla bu program özel birimler tarafından kullanıldı ve daha sonra bölge birimlerine de yaygınlaştırıldı. Bu program karşılıklı olarak birbirini ekleyen kişiler tarafından kullanıldı...'

...

"Son üç yılda kriz ortamı oluştuğca Cemaat, tedbir konusunda baskısını artırmaya başladı... Gaziantep Bölge Toplantılarına 2015 yılından itibaren tedbir amaçlı yoğun katılım sağlanmadığından, bu toplantılara katılan İl ED'lerine ... ByLock kullanımı konusunda talimat verilmiştir. Bu talimatlar neticesinde ... İl ED'si programın yüklü olduğu flash bellek kartını başka bir ED'ye vermişti... Bana ... talimatına göre ByLock programını yüklemem gerektiğini söyledi; ByLock programı ile birlikte telefonuma (telefon) sıfırlama programı ve şifreli not alma programı da yüklenmişti. Bu program sayesinde ... bir polis operasyonunda [telefonumda] hiçbir belge bulunamayacağını söyledi... [ByLock] programı yüklendiğinde, bir kimlik [numarası] atar ... Birini eklemek için 'Ekle' sekmesi açılıyor ve eklenecek kişinin 6 haneli rakamlardan oluşan ID'si yazılıyor. Bir alt satırdaki 'Eklenecek kişinin adı' bölümüne eklemek istediğiniz kişinin adı yazılır; topluluk kod adları kullandığı için genellikle bu bölüme ilgili kişinin kod adı yazılır. Bir sonraki satırda 'Ekleyeceğimiz kişi ile aranızdaki anahtar kelime' bölümüne ortak bir numara yazılması istenir. Bu numara ne kadar uzun olursa sistemin deşifre edilmesinin o kadar zor olacağı söylendi. Bu numarayı girdikten sonra alttaki 'Davet Et' butonuna bastığınızda eklenecek kişinin telefonuna bir mesaj gönderiliyor. Mesaj açıldığında 'Doğrulamayı gir' butonu çıkıyor ve anahtar kelimenin girilmesi isteniyor. Anahtar kelime karşılıklı olarak belirlendiği için anahtar kelime girilerek program telefona yüklenecektir.

Öğrendiğim kadarıyla ByLock programı daha önce sadece özel hizmet birimleri yani askeri personel, emniyet mensupları, hakim ve savcılar ile adliye personeli tarafından kullanılıyormuş. Siviller tarafından ise yaklaşık bir yıldır kullanılıyor. Bu program telefonlarımıza yüklenirken bize 'Abilerimizin geliştirdiği bir programdır, güvenlidir' denildi... Telefonunda ByLock programı olan kişinin Cemaatte belli bir konumda olması gerekiyor, yani yüksek bir mevkide olması gerekiyor. ... ByLock'un indirildiği flash kartta bir program daha vardı; VPN programıydı. Bu program telefona yükledikten sonra ByLock'tan önce açılırsa ekranın üst kısmında programın çalıştığını gösteren bir anahtar görüntüsü çıkıyor. Daha sonra bir ülke adı girilir, bu ülke kullanıcının internete bağlı görüldüğü ülkedir. Girilen ülke ne ise kullanıcı o ülkeden internete bağlanmış gibi gösterilir...'

'... Hatırladığım kadarıyla, Mart-Nisan 2015 civarında ByLock'un tespit edildiği ve güvenli olmadığı söylendi ve [bu nedenle] kaldırmamız istendi... O dönemde ByLock Cemaat mensubu herkese yüklenmişti.

'17-25 Aralık sonrası toplantıların azalması üzerine üyeleri motive etmek ve kopmaları önlemek için ByLock isimli bir program devreye sokuldu... güvendiğimiz kişilere indirmemiz söylendi...'

'...Bu [ByLock] programı normal WhatsApp programından farklıydı; 'dışarıya' kapalıydı, sadece özel olarak indiren kişiler kullanabiliyordu.

'Cemaat yapılanması içindeki kişiler ilk başlarda Line, Coco, WhatsApp kullanıyordu. Son zamanlarda ByLock programını kullanmaya başlayanlar oldu...'

YÜKSEL YALÇINKAYA/TÜRKİYE KARARI

'Bir sohbet toplantısında M.Ö. bize deşifre olmamak için ByLock isimli programı kullanmamız gerektiğini söyledi...'

'... ByLock programı telefon ekranında Gmail [simgesi] altında göründü...'

"Eyalet imamları, büyük bölge imamları gibi *Cemaatte* önemli üst düzey pozisyonlarda bulunanlar ... ByLock programını kullandılar. Benim gibi daha düşük seviyedeki bölge imamlarıyla telefonla irtibat kuruluyordu, ancak bir noktada [H.Y.] tüm bölge imamlarına ByLock'u telefonlarına indirmelerini söyledi...'

'... özellikle daha kıdemli kişiler telefonlarına iki ayrı ByLock programı indirdiler. Bunlardan birinde kurumla ilgili olabilecek ama hesap verebilecekleri kişileri [kaydediyorlardı], ikincisinde ise görevleriyle ilgili kişiler vardı; polis onları yakaladığında ilkini gösteriyorlardı ...'

'Ben ... ByLock programını 2014 yazında Google Play mağazasından indirdim... Bu programın kullanıldığını *cemaatten* arkadaşlarımdan duydum'

'Bu programla ilgili tartışma konuları ve toplantı bilgileri aldık...' Tartışma konuları F. Gülen'in kitapları, videoları ve dini konularla ilgiliydi...'

"Görüşmelerin içeriğine gelince, [ByLock üzerinden] ... tutuklananlarla ilgili bilgileri paylaştık ve tutuklanma durumunda nasıl hareket edeceğimize dair fikir alışverişinde bulunduk.

'Bana bu programı şu gerekçelerle yüklemem söylendi: Devlet içinde 'Hizmet Hareketine' düşman olan ve onu yok etmek isteyen bazı güçler vardı; dijital platformlarda, internette veya telefonlarımızda yapılacak manipülasyonlar sonrasında suça karışabilirdik ve bu programı kullanarak [bu tür eylemlere] karşı korunmamız gerekiyordu...' Bu program üzerinden dini mesajların yanı sıra devam eden mücadele sürecine ilişkin motive edici mesajlar da alınıyordu..."

Ayrıca Anayasa Mahkemesi, Yargıtay kararlarında belirtildiği üzere ByLock uygulaması üzerinden deşifre edilen iletişim içeriğinin örgütsel niteliğine atıfta bulunmuştur (bkz. 159) ve ayrıca örgütün bazı üst düzey üyeleri arasında, Hükümetin yasadışı yollarla nasıl devrilebileceği ve örgütle bağlantılı yargı ve güvenlik birimleri mensuplarının bu amaçla nasıl kullanılabilirliği konusundaki görüş alışverişlerini not etmiştir.

177. ByLock ile FETÖ/PDY arasındaki bağlantıya ve "örgütsel" özelliklerine ilişkin çeşitli raporlarda ve Yargıtay kararlarında yer alan bulguları özetledikten sonra (bkz. 114-122 ve 158-160 yukarıda), Anayasa Mahkemesi yetkililerin ByLock kullanımını tespit etmek için dayandıkları farklı veri kaynaklarını, bu verilerin nasıl işlendiğini ve gerçek kullanıcılara nasıl atfedildiğini tartışmıştır. Başlangıçta ByLock verilerinin temelde iki kaynağa dayandığını açıkladı: birincil kaynak MİT tarafından elde edilen ve ByLock kullanıcıları, kullanıcı kimlikleri, mesajlar, e-postalar ve sesli aramalar ile bunlara ilişkin log kayıtları hakkındaki bilgileri içeren ham log verileriydi; ikinci kaynak ise Türkiye'den ByLock IP'lerine erişimi gösteren İnternet trafik kayıtlarına ilişkin CGNAT verilerinden oluşuyordu. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edilen ham veriler disk görüntüleme işlemine tabi tutulmuş ve görünüşe göre daha sonra veri değişikliğine karşı

bir koruma olarak bir hash değeri verilmiştir; bir kopya incelenmek üzere Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele (KOM)'a gönderilmiş, diğer kopya ise delil birimi tarafından bir kasada kilitlenmiştir. CGNAT verilerine gelince, adli tıp birimleri bunların değiştirilemeyeceğini veya bozulamayacağını ve başka kaynaklardan çapraz kontrol edilebileceğini doğrulamıştır.

178. Anayasa Mahkemesi ayrıca, soruşturma makamları tarafından hazırlanan raporlara göre, MİT tarafından Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilen ham verilerin deşifre edilemediğini; bu nedenle verilerin anlamlandırılması ve farklı kullanıcı kimlikleriyle ilişkilendirilmesi için bir arayüz geliştirildiğini kaydetmiştir.

(ii) *Anayasa Mahkemesi'nin Sayın Kara'nın şikâyetlerine ilişkin bulguları*

179. Davanın olgusal ve hukuki arka planını ortaya koyduktan sonra Anayasa Mahkemesi Bay Kara'nın şikâyetlerini incelemeye geçmiştir.

180. Anayasa Mahkemesi ilk olarak Bay Kara'nın, MİT'in ve ardından adli makamların dijital ByLock verilerinin temini ve işlenmesinde ilgili yasalara uymamaları nedeniyle hukuka aykırı delillere dayanılarak mahkum edildiği iddiasını ele almıştır. MİT tarafından Litvanya'daki ByLock sunucusundan elde edilen verilerle ilgili olarak Anayasa Mahkemesi, soruşturma makamlarının ve devletin güvenlik birimlerinin FETÖ/PDY'nin ulusal güvenliğe yönelik oluşturduğu tehdidi kabul etmeye başladığı dönemde, MİT'in de İstihbarat Hizmetleri Kanununun 4. ve 6. maddeleri uyarınca kendi yetkisi dâhilinde FETÖ/PDY'nin faaliyetleri hakkında soruşturmalar yürüttüğünü yinelemiştir. Bu soruşturmalar onu ilgili ByLock verilerine götürmüş ve bu verileri herhangi bir suç unsuru içerip içermediklerini tespit etmek için soruşturma makamlarıyla usulüne uygun olarak paylaşmıştır. MİT'in, hukuka uygun olarak keşfedilen ve görev alanına giren bir konuyla (terörle mücadele) ilgili olan somut verileri - soyut nitelikteki kulaktan dolma istihbarat bilgilerini değil- yetkili adli makamlara iletmekten ibaret olan davranışı, delil toplama amacıyla kolluk faaliyetlerinde bulunmak olarak yorumlanamaz. Adli makamlar her zaman kendilerine teslim edilen dijital materyallerin gerçekliğini ve güvenilirliğini test etme hakkına sahipti ve mevcut davada bunu CMK'nın 134. maddesinde belirtilen prosedüre uygun olarak usulüne uygun bir şekilde yapmışlardır. Ayrıca, silahların eşitliği ve çekişmeli yargılama ilkelerinin gerektirdiği şekilde, savunmaya söz konusu dijital verilerin doğruluğuna ve kullanımına itiraz etme fırsatı tanınmıştır.

181. Anayasa Mahkemesi daha sonra, mahkemelerin ByLock verilerine mahkûmiyet için tek veya belirleyici delil olarak dayanmalarının adil yargılanmaya ilişkin usul güvencelerini etkisiz hale getirip getirmediğini ve açıkça keyfi olup olmadığını incelemiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 26 Eylül 2017 tarihli kararında ana hatlarıyla belirtildiği üzere ByLock uygulamasının çeşitli özelliklerine atıfta bulunarak (bkz. yukarıda 158-160 paragraflar) Anayasa Mahkemesi, ByLock'un FETÖ/PDY mensupları

tarafından "münhasıran" kullanıldığına ilişkin tespit ve değerlendirmelerin ve bu kullanımı gösteren delillerin ispat değerinin olgusal temelden yoksun olduğunun düşünülmemeyeceğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi ayrıca ByLock kullanımına ilişkin bulgunun tek bir veri setinden kaynaklanmadığını, bu verilerin başka kaynaklardan elde edilen bilgi, belge, kayıt ve veriler kullanılarak doğrulanmasına dayandığını vurgulamıştır. Bu koşullar altında ve silahlı terör örgütüne üye olma suçunun işlendiğinin tespiti için tek bir delilin yeterli olup olmadığını değerlendirmenin esas olarak yargılama mahkemelerine düştüğünü akılda tutarak, Anayasa Mahkemesi, dava koşullarında ByLock deliline dayanmanın usul güvencelerini tamamen etkisiz hale getirmediği veya açıkça keyfi olmadığı sonucuna varmıştır.

(b) *Adnan Şen'in 15 Nisan 2021 tarihli kararı (başvuru no. 2018/8903)*

182. 15 Nisan 2021 tarihinde Anayasa Mahkemesi, genel kurulda, ByLock kullandığı gerekçesiyle FETÖ/PDY üyeliğinden mahkûm edilen bir kişi hakkında başka bir karar vermiştir. Mahkeme esas olarak, silahlı terör örgütüne üyelik suçuna ilişkin yargısal yorumların öngörülebilir olmadığı ve mahkûmiyetin suç teşkil etmeyen eylemlere dayandırıldığı gerekçesiyle *nullum crimen, nulla poena sine lege* ilkesinin ihlal edildiği iddiasını incelemiştir. Bu davada başvuran, özellikle, daha önce "Gülen hareketi" olarak bilinen yapının 26 Mayıs 2016 tarihli Milli Güvenlik Kurulu kararıyla terör örgütü ilan edildiğini, önceki kararlarda terör örgütü olduğundan bahsedilmediğini ve söz konusu tarihten önce ilgili yapının terör örgütü olduğunu gösterebilecek herhangi bir şiddet eylemi olduğuna dair kanıt bulunmadığını ileri sürmüştür.

183. Anayasa Mahkemesi, *Ferhat Kara* davasındaki yaklaşımına benzer şekilde, öncelikle FETÖ/PDY'nin özellikleri ve faaliyetlerine ilişkin bir inceleme başlatmıştır. Bu örgütün gizli faaliyetlerinin 2013 yılından itibaren soruşturma ve kovuşturmalara konu olduğunu yineleyen Anayasa Mahkemesi, *Ferhat Kara davasında da* belirtildiği üzere, bu örgütün gizli amaçlarını ortaya çıkaran olayları sıralamıştır (bkz. 172 yukarıda). Ayrıca, darbe girişiminden önce FETÖ/PDY üyesi olduğundan şüphelenilen kişiler hakkında başlatılan diğer bazı cezai işlemlere de atıfta bulunmuştur; örneğin, örgütün amaçları doğrultusunda Hrant Dink'in öldürülmesi planlarından haberdar olmalarına rağmen cinayeti önlemek için herhangi bir tedbir almaktan kaçınan polis memurları hakkında 2015 yılında açılan davalar; 2014 ve 2015 yıllarında bazı kamu görevlileri hakkında Başbakan'ın konutu ve ofisinin yanı sıra bazı üst düzey gizli toplantıları dinledikleri ve üst düzey Devlet görevlilerinin kriptolu telefonlarını dinledikleri gerekçesiyle açılan casusluk davaları; ve memuriyete giriş ve görevde yükselme sınav sorularının örgüt üyelerine sızdırıldığı iddialarına ilişkin başlatılan çok sayıda soruşturma.

184. Anayasa Mahkemesi daha sonra silahlı terör örgütüne üyelik suçuyla ilgili iç hukuku ve uygulamayı gözden geçirmiştir. Yargıtay'ın yerleşik

içtihadına göre, silahlı terör örgütü üyeliğinden mahkumiyet ancak mahkemelerin (i) şüphelinin faaliyetlerinin sürekliliği, çeşitliliği ve yoğunluğuna dayanarak örgütle organik bağını tespit edebilmesi ve (ii) şüphelinin örgütün hiyerarşik yapısı içinde bilerek ve isteyerek hareket ettiğini gösterebilmesi halinde söz konusu olabileceğini kaydetmiştir. Anayasa Mahkemesi, birçok Yargıtay kararı arasında, 16. Ceza Dairesi'nin (E.2019/521, K.2019/4679, 5 Temmuz 2019) aşağıdaki pasajını ilgili olarak alıntılamıştır:

"Bir kuruluşun üyesi, bir kuruluşun amaçlarını benimseyen, [kuruluşun] hiyerarşisine bağlı olan ve [kendisine] verilen görevleri yerine getirmeye hazır olarak kuruluşun iradesine boyun eğen bir kişidir ... Bir örgüt üyesi, örgütle organik bir bağa sahip olmalı ve örgütün faaliyetlerine katılmalıdır. Üyeliğin en önemli unsuru olan organik bağ, canlı, geçişli ve aktif bir bağdır: bir faili emir ve talimatlar için hazır hale getirir ve [onun] hiyerarşik konumunu belirler. [Bir örgüte yardım etme veya örgüt adına suç işleme [suçları da] [örgütten gelen] emir ve talimatları içerir.] Ancak, örgüt üyeliğinin belirlenmesinde ayırt edici faktör, üyenin örgüt hiyerarşisi içinde verilen tüm emir ve talimatlara, bunları sorgulamadan, tam bir teslimiyetle uymaya hazır olmasıdır.

...

Terör örgütü üyeliğinden cezalandırılmak için örgütün faaliyetleriyle bağlantılı olarak ve örgütün amaçlarını gerçekleştirmek için fiili bir suç işlenmesi gerekse de, [bireyin] yine de örgütün fiili varlığına veya güçlenmesine maddi veya manevi somut bir katkıda bulunmuş olması gerekir...

...

Yerleşik yargı uygulamasına göre, ... silahlı örgüt üyeliği suçunun oluşabilmesi için örgütle organik bir bağın bulunması ve kural olarak sürekli, çeşitli ve yoğun nitelikte eylem ve faaliyetlerin mevcut olması gerekmektedir. Ancak, böyle bir 'süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk' olmamasına rağmen, nitelikleri, işleme yöntemleri, ortaya çıkan zarar ve tehlikenin ağırlığı ve örgütün amaçlarına ... katkıları göz önüne alındığında, ancak bir üye tarafından işlenebilecek fiillerin faileri de örgüt üyesi olarak kabul edilecektir...

...

Manevi unsur: Suçun zihinsel unsuru doğrudan kasıt ve 'suç işleme amacı/hedefidir'. Bir örgüte katılan bir kişi, örgütün suç işleyen [veya] suç işlemeyi amaçlayan bir örgüt olduğunu bilmelidir.

..."

Anayasa Mahkemesi ayrıca, sohbet toplantılarına katılmak (özellikle 2013'ten önce), ilçe imamı ve diğer şüpheli örgüt üyeleriyle (telefonla) iletişim kurmak, örgüt tarafından çıkarılan gazetelere abone olmak ve çocukları örgüte bağlı okullara kaydettirmek gibi eylemlerin, FETÖ/PDY ile organik bir bağa veya hiyerarşisine katılmaya işaret etmediği için, sadece sempati ve aidiyetten öteye geçmeyen eylemler olarak değerlendirildiği bir dizi Yargıtay kararına atıfta bulunmuştur.

185. Anayasa Mahkemesi, "terör" ve "terörizm" kavramlarının evrensel olarak kabul edilmiş tanımları olmadığını; bununla birlikte, mahkemelerin terör suçları hakkında karar verirken iç hukuku *nullum crimen, nulla poena*

sine lege ilkesinin özüne zarar vermeyecek şekilde öngörülebilir bir şekilde yorumlama yükümlülüğü altında olduğunu kaydetmiştir. Söz konusu ilke açısından, önündeki davadaki temel mesele, darbe girişiminden önceki dönemde FETÖ/PDY ile bağlantılı olarak gerçekleştirilen eylemlerin, ilgili dönemde FETÖ/PDY'nin suç teşkil eden faaliyetlerinin yaygın olarak bilinmediği göz önünde bulundurulduğunda, bu örgüte üyeliğin kanıtı olarak alınıp alınmayacağıdır.

186. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi, Türk hukukunda bir yapının terör örgütü olarak sınıflandırılmasının ancak bir yargı kararı ile mümkün olduğunu kabul etmiştir. Bununla birlikte, FETÖ/PDY'nin bir yargı kararıyla terör örgütü olarak nitelendirilmesinden önce, FETÖ/PDY'nin oluşturduğu tehdidin Milli Güvenlik Kurulu kararlarında ve 2014 Milli Güvenlik Siyaset Belgesi'nde zaten kabul edildiğini ve darbe girişiminden önce FETÖ/PDY üyeliği şüphesiyle birçok soruşturma başlatıldığını yinelemiştir.

187. Anayasa Mahkemesi ayrıca, bir örgütü "terörist" ilan eden bir yargı kararının bulunmamasının, söz konusu örgütün üyelerinin cezai sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağını, zira aksi bir yaklaşımın yargı kararından önceki dönemde tüm üyelerin cezasız kalmasına yol açacağını vurgulamıştır. Bununla birlikte, bir bireyin FETÖ/PDY üyeliği değerlendirilirken, nüfusun önemli bir kısmının bu örgütü, yasadışı niteliğinin farkında olmaksızın, eğitim alanı gibi topluma faydalı faaliyetler yürüten dini bir grup olarak uzun yıllar boyunca tanıdığı ve desteklediği de göz önünde bulundurulmalıdır. Dolayısıyla, FETÖ/PDY'nin gerçek mahiyetinin bilinmediğine ilişkin bir iddia, Ceza Kanunu'nun 30. maddesi kapsamındaki hata hükmü ışığında incelenecektir (bkz. 148 sanığın örgütteki konumu ve kendisine atfedilen eylemlerin niteliği gibi faktörler göz önünde bulundurulur). Ayrıca, FETÖ/PDY'nin faaliyetlerinin devletin farklı kademelerinde ve halk arasında kınanmaya başladığı dönemden önce gerçekleştirilen eylemler, bu eylemlerin niteliği ve özü bakımından terör örgütüne hizmet ettiğini gösteren somut olgular ve kanıtlar olmadıkça, yargı makamları tarafından suç teşkil eden "örgütsel" faaliyetler kapsamında değerlendirilmeyecektir. Başka bir deyişle, mahkemeler söz konusu eylemlerin "örgütsel" amaçlarla ve "örgütsel" bir ilişki çerçevesinde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini somut delillere dayanarak tespit etmeye çalışacaktır.

188. Anayasa Mahkemesi, önündeki olaylara dönerek, başvuru Adnan Şen'in ByLock kullandığı için değil, ByLock kullanmasının FETÖ/PDY üyeliğini gösteren bir delil olarak kabul edilmesi nedeniyle mahkûm edildiğini belirtmiştir. Mahkemeler, ByLock'un FETÖ/PDY üyeleri tarafından 2014 yılının başından beri kendilerini gizlemek ve örgütsel iletişimlerini sağlamak için kullanıldığının kabulüne dayanarak, başvuranın bu "örgütsel" uygulamayı "örgütsel" amaçlar için kullandığını ve dolayısıyla bu örgütün suç niyetleri hakkında tam bilgi sahibi olduğunu tespit etmişlerdir. Sonuç olarak, gerekli süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk koşulları yerine

getirilmiştir. Başvurucu ayrıca silahlı terör örgütüne üye olma suçunun unsurlarını bilebilecek durumdaydı. Anayasa Mahkemesi, mahkemelerin *başvuranla* ilgili bulgularının, *nullum crimen, nulla poena sine lege* ilkesine aykırı olarak ilgili suçun kapsamını gereksiz yere genişletmediğini ve bu nedenle öngörülebilir olduğunu vurgulamıştır.

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

189. 1999'da başlatılan soruşturmanın ardından, 31 Ağustos 2000 tarihinde Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı, F. Gülen hakkında bir iddianame hazırlayarak, kendisini terör örgütü kurmak ve yönetmekle suçlamıştır. Esas olarak örgütlenme, strateji ve faaliyetlerine atıfta bulunan savcı, sanığın, dışarıdan akılcılığı, bilim ve teknolojiyi destekliyor görünmesine rağmen, demokratik, laik ve sosyal hukuk devletini sinsice yıkmayı ve yerine kendi dünya görüşü doğrultusunda şeriata dayalı bir rejim getirmeyi amaçlayan bir yapı kurduğunu iddia etmiştir. İddianamede, söz konusu örgütün amaçlarına ulaşmak için güç, şiddet, korkutma veya tehdit kullandığına dair herhangi bir işaret bulunmamaktadır.

190. Ankara İkinci Devlet Güvenlik Mahkemesi, 10 Mart 2003 tarihli bir kararla, 23 Nisan 1999 tarihinden önce işlenen bazı suçlara ilişkin olarak bu tür bir askıya almayı öngören 4616 sayılı Kanun'un 4. maddesi uyarınca, davanın esasına ilişkin kesin kararın verilmesinin askıya alınmasına karar vermiştir (bkz. *Urat/Türkiye*, no. 53561/09 ve 13952/11, § 38, 27 Kasım 2018).

191. Terörle Mücadele Yasası'nın 1. Bölümü'nün 15 Temmuz 2003 tarihinde değiştirilmesinin ardından (bkz. 149. paragraf), sanık, kendisine atfedilen eylemlerin artık Terörle Mücadele Kanunu kapsamında suç teşkil etmediğini ileri sürerek dava dosyasının yeniden incelenmesini ve askıya alma kararının gözden geçirilmesini talep etmiştir.

192. Yeniden inceleme talebinin kabul edilmesi üzerine, 5 Mayıs 2006 tarihinde, Ankara Onbirinci Ağır Ceza Mahkemesi başvuranın beraatına karar vermiştir. Mahkeme, Terörle Mücadele Kanunu'nun 1. bölümünde yapılan değişikliğin ardından, terörizmin bundan böyle "suç" teşkil eden ve en az iki veya daha fazla kişi tarafından "cebir ve şiddet kullanılarak" ve anayasal düzeni değiştirmek amacıyla işlenen eylemlerle sınırlı olacağına karar vermiştir. Ağır Ceza Mahkemesi, dava dosyasındaki delillere dayanarak, sanığın anayasal düzeni değiştirme amacının tespit edilemediğini ve böyle bir amacın varlığına ilişkin iddiaların tahmin ve çıkarımlara dayandığını tespit etmiştir. Böyle bir amacın var olduğu varsayılsa bile, sanığın veya onunla bağlantılı örgütlerin cebir ve şiddet kullanmayı benimsediğini veya fiilen cebir ve şiddet kullandığını veya ayrı bir suç teşkil eden herhangi bir eylemde bulunduğunu gösteren hiçbir kanıt yoktu. Ayrıca, Terörle Mücadele Yasası uyarınca bir "örgütün" en az iki kişiden oluşması gerekirken, dosyada yalnızca bir sanık bulunmaktadır. Buna göre, Terörle Mücadele Yasası'nın 1. bölümünde tanımlandığı şekilde bir "terör eylemi" ya

da "terör örgütü" bulunmaması halinde, sanığın söz konusu Yasa'nın 7 (1) maddesi anlamında bir örgüt kurmuş ya da yönetmiş olması söz konusu değildir.

193. Ağır Ceza Mahkemesi'nin kararı 5 Mart 2008 tarihinde Yargıtay tarafından onanmıştır. Bunu takiben, 24 Haziran 2008 tarihinde Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazını reddetmiş ve karar kesinleşmiştir.

II. ULUSLARARASI HUKUK VE UYGULAMA

A. Birleşmiş Milletler

194. 1966 tarihli Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin (ICCPR) 15. Maddesi uyarınca:

Madde 15

"1. Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç teşkil etmeyen bir fiil veya ihmalden dolayı suçlu sayılamaz. Ayrıca, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza da verilemez."

195. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, 15 Mart ve 2 Nisan 2004 tarihlerinde yapılan 80. oturumunda kabul ettiği *Nicholas v Avustralya* (HRC, UN Doc. CCPR/C/80/D/1080/2002) kararında, herhangi bir cezai suçla ilgili olarak mahkumiyet kararı verilebilmesi için, savcılığın söz konusu suçun her unsurunun gerekli standartta kanıtlandığını göstermesi gerektiğini belirtmiştir:

"7.5 ... Komite, 15. maddenin 1. paragrafının, bir kişinin mahkum edildiği herhangi bir 'fiil veya ihmalin' bir 'suç' teşkil etmesini gerektirdiğini gözlemlemektedir. Belirli bir fiil veya ihmalin cezai bir suçtan mahkumiyete yol açıp açmadığı soyut olarak belirlenebilecek bir konu değildir; daha ziyade, bu soru ancak suçun unsurlarının gerekli standartta kanıtlandığını gösteren delillerin sunulduğu bir yargılamadan sonra cevaplanabilir. Eğer ulusal (veya uluslararası) hukukta tanımlandığı şekliyle suçun gerekli bir unsurunun varlığı gerektiği gibi kanıtlanamazsa, o zaman bir kişinin söz konusu fiil veya ihmalden dolayı mahkum edilmesi, *nullum crimen sine lege ilkesini* ve 15. maddenin 1. paragrafında öngörülen hukuki kesinlik ilkesini ihlal edecektir."

196. Birleşmiş Milletler Keyfi Tutuklamalar Çalışma Grubu ("WGAD"), 20-24 Ağustos 2018 tarihleri arasında düzenlenen 82. oturumunda, *diğerlerinin yanı sıra* ByLock uygulamasını kullandığı iddiasına dayanarak FETÖ/PDY üyesi olduğu şüphesiyle gözaltına alınan bir kişi hakkında bir görüş (no. 42/2018) kabul etmiştir. WGAD'ın ilgili bulguları aşağıdaki gibidir (dipnotlar çıkarılmıştır):

"87. Çalışma Grubu ayrıca, Hükümet adına, ByLock gibi sıradan bir iletişim uygulamasının sayın Yayman tarafından kullanılmasının nasıl yasadışı bir suç faaliyeti oluşturduğunu göstermedeki başarısızlığa dikkat çekmektedir..."

88. Aslında, Çalışma Grubu'na göre, Sayın Yayman ByLock uygulamasını kullanmış olsa bile, ki bu iddiayı reddetmektedir, bu sadece düşünce ve ifade özgürlüğü hakkını kullanması anlamına gelecektir.

...

107. Çalışma Grubu, mevcut davanın, son 18 ay içinde önüne gelen ve Gülen grubuyla bağlantılı olduğu iddia edilen kişilerle ilgili bir dizi davadan yalnızca biri olduğuna dikkat çekmektedir. Tüm bu davalarda, ilgili kişiler ile Gülen grubu arasındaki bağlantı, gruba ve suç faaliyetlerine aktif üyelik ve destekten ziyade, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri'nin tanımladığı gibi, 'şiddete başvurmaya hazır olduğunun farkında olmaksızın, Hareketin sempaticisi veya destekçisi olan ya da hareketle bağlantılı yasal olarak kurulmuş kuruluşların üyesi olan kişilerin' faaliyetleri olmuştur. Tüm bu vakalarda, Çalışma Grubu ilgili kişilerin gözaltına alınmasını keyfi bulmuştur ve bu nedenle Çalışma Grubuna, grubun hiçbir zaman aktif üyesi veya suç faaliyetlerinin destekçisi olmamalarına rağmen grupla bağlantılı kişilerin hedef alındığı bir modelin ortaya çıktığı görülmektedir."

197. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi ("İHK"), 27 Haziran - 27 Temmuz 2022 tarihleri arasında gerçekleştirilen 135. oturumunda, *diğerlerinin yanı sıra* ByLock kullanımı ve Bank Asya'daki işlemler temelinde FETÖ/PDY üyeliğinden mahkûmiyetle ilgili *Alakuş/Türkiye* (CCPR/C/135/D/3736/2020) başvurusuna ilişkin görüşlerini kabul etmiştir. Mahkûmiyet kararının, iç hukukta suç olarak tanımlanmayan veya yasaklanmayan fiillere dayandırılması nedeniyle ICCPR'nin 15/1. Maddesini ihlal ettiği yönündeki şikâyete ilişkin olarak İHK, ilgili olduğu üzere aşağıdaki tespitleri yapmıştır (dipnotlar çıkarılmıştır):

"10.6 Komite, hukukun üstünlüğünün temel ilkelerinden biri olan ceza hukuku alanında kanunilik ilkesinin, hem cezai sorumluluğun hem de cezanın, fiil veya ihmalin gerçekleştiği tarihte kanunda yer alan açık ve kesin hükümlerle sınırlı olmasını gerektirdiğini hatırlatır. Bunu yaparken Komite, başvuruçunun eylemlerinin, işlendiği tarihte, Ceza Kanunu veya uluslararası hukuk kapsamında yeterince tanımlanmış cezai suçlar teşkil edip etmediği sorusuyla kendisini sınırlamaktadır... Komite, ilke olarak, yalnızca şifreli bir iletişim aracı kullanmanın veya indirmenin ya da bir banka hesabına sahip olmanın, konuşma kayıtları gibi başka kanıtlarla desteklenmedikçe, kendi başlarına yasadışı bir silahlı örgüte üyeliğin kanıtı olamayacağını düşünmektedir. Taraf Devlet tarafından sunulan belgesel kanıtların yokluğunda, Komite, bu koşullar altında, başvuruçunun 15(1) maddesi kapsamındaki haklarının ihlal edildiğine karar vermiştir."

B. Avrupa Konseyi

1. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri

198. Dönemin İnsan Hakları Komiseri Sayın Nils Muižnieks, 27-29 Eylül 2016 tarihleri arasında gerçekleştirdiği ziyaretin ardından, 7 Ekim 2016 tarihinde Türkiye'de olağanüstü hal kapsamında alınan tedbirlerin insan haklarına etkilerine ilişkin bir memorandum (CommDH(2016)35) yayımlamıştır. Memorandumun ilgili kısımları aşağıdaki gibidir (dipnotlar çıkarılmıştır):

"13. Komiser, bu mücadelenin, insan haklarının yanı sıra, masumiyet karinesi, cezai sorumluluğun ve cezanın şahsiliği, kanunsuz ceza olmaz, ceza hukukunun geriye yürümezliği, hukuki kesinlik, savunma hakkı ve silahların eşitliği gibi genel hukuk ilkelerini tam olarak gözeterek yürütülmesinin Türk makamlarının menfaatine olduğuna inanmaktadır..."

YÜKSEL YALÇINKAYA/TÜRKİYE KARARI

...

19. Yetkililer Komiser'e, bu örgütün yarattığı tehlikenin hükümet ve kamuoyu tarafından daha önce, örneğin 17-25 Aralık 2013 döneminde açıkça görüldüğünü belirtmiştir. Komiser ayrıca, Milli Güvenlik Kurulu'nun 2015 yılında FETÖ/PDY'yi terör örgütü olarak tanımladığı bilgisini not etmiş, ancak bu organın kararlarının kamuoyuna değil, Bakanlar Kurulu'na yönelik olduğuna dikkat çekmiştir.

20. Bununla birlikte Komiser, bu örgütün terörizm tanımının *olmazsa olmaz* bir unsuru olan şiddet kullanmaya hazır olduğunun darbe girişimine kadar Türk toplumunun geneli tarafından fark edilmediğini de not etmiştir. Ayrıca, Türk makamlarına göre, bir örgütün terörist olarak tanımlanması söz konusu olduğunda Türk hukuk sisteminde çok önemli bir yasal işlem olan Yargıtay'ın kesinleşen nihai bir kararında henüz terör örgütü olarak tanınmamıştır. Türk toplumunun çeşitli kesimlerinde motivasyonlarına ve *çalışma yöntemlerine* ilişkin derin şüpheler olmasına rağmen, Fethullah Gülen Hareketinin on yıllar boyunca geliştiği ve yakın zamana kadar dini kurumlar, eğitim, sivil toplum ve sendikalar, medya, finans ve iş dünyası dahil olmak üzere Türk toplumunun tüm sektörlerinde yaygın ve saygın bir varlık oluşturmak için önemli ölçüde özgürlüğe sahip olduğu görülmektedir. Ayrıca, 15 Temmuz'dan sonra kapatılan bu harekete bağlı pek çok kuruluşun o tarihe kadar açık olduğu ve yasal olarak faaliyet gösterdiği de şüphe götürmez bir gerçektir. Bir Türk vatandaşının bu hareketle şu veya bu şekilde herhangi bir temasının veya ilişkisinin olmamasının nadir bir durum olduğu konusunda genel bir mutabakat var gibi görünmektedir.

21. Komiser, bu değerlendirmelerin FETÖ/PDY'nin doğasına veya motivasyonlarına değinmediğini, ancak bu örgüte üyeliği ve desteği suç haline getirirken, yasadışı faaliyetlerde bulunan kişiler ile şiddete başvurmaya hazır olduğunun farkında olmaksızın harekete sempati duyan veya destek veren ya da harekete bağlantılı yasal olarak kurulmuş kuruluşlara üye olan kişiler arasında ayırım yapılması gerektiğine işaret ettiğini vurgulamaktadır...

22. Bu nedenle Komiser, yetkilileri, Fethullah Gülen Hareketiyle bağlantılı olsa bile, yasal olarak kurulmuş ve faaliyet gösteren bir örgüte yalnızca üye olmanın veya bu örgütle temas kurmanın cezai sorumluluk tesis etmek için yeterli olmadığını çok açık bir şekilde ifade ederek bu korkuları gidermeye ve terörizm suçlamalarının 15 Temmuz'dan önce yasal olan eylemlere geriye dönük olarak uygulanmamasını sağlamaya çağırılmaktadır.

...

28. Ayrıca, olağanüstü hal kapsamında alınan tüm tedbirlerin AİHS'den sadece durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde muaf tutulması ve bu nedenle izlenen amaçla orantılı olması gerektiği unutulmamalıdır. Bu amaç, Türkiye'nin AİHS'den muaf tutulması bağlamında, 'darbe girişimi ve sonrasında meydana gelen diğer terör eylemleri ile birlikte ulusun yaşamına yönelik bir tehdide varan kamu güvenliği ve düzenine yönelik ciddi tehlikelere' karşı koymaktır. Bu bağlamda, kamu sektörü söz konusu olduğunda, askeri personel, istihbarat görevlisi, polis memuru veya hakim gibi Devletin egemenlik gücünü kullanan bir kamu çalışanının oluşturduğu tehdit, bir öğretmen, akademisyen veya vasıfsız bir işçinin temsil ettiği riskle karşılaştırılmaz..."

199. İnsan Hakları Komiseri Sayın Dunja Mijatović, 1-5 Temmuz 2019 tarihleri arasında Türkiye'ye bir ziyaret gerçekleştirmiştir. Ziyaretine ilişkin olarak 19 Şubat 2020 tarihinde yayımlanan rapor (CommDH(2020)1), konuyla ilgili olduğu ölçüde aşağıdaki gibidir (dipnotlar çıkarılmıştır):

1.2.1 Türk ceza hukuku ve uygulaması hakkında genel gözlemler

"36. ... Özellikle Komiserliğin Türkiye'ye ilişkin çalışmaları, yıllar içinde meydana gelen tüm değişikliklere rağmen, Türk yargısının terörizm veya silahlı suç örgütü üyeliği kavramlarını aşırı geniş yorumladığına sürekli olarak işaret etmiştir.

...

43. ... Olağanüstü halin ve FETÖ/PDY üyeliğine ilişkin ceza yargılamalarının [artan hukuki belirsizlik açısından] özellikle olumsuz bir mirası olduğu görülmektedir: 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 eylemlerle belirlenmiştir. Bu yaklaşım, söz konusu kurumların Temmuz 2016'daki darbe girişimine kadar ilgili Devlet organları tarafından verilen lisanslar kapsamında faaliyet gösterdiği gerçeğini göz ardı etmekte ve ilgili kişilerin bu lisanslara güvenmemeleri gerektiğini bilmeleri ve bu kurumlarla bağlarını koparmış olmaları gerektiği varsayımına dayanmaktadır...

44. Komiser, bu yaklaşımın sonuçlarının hukuki kesinlik, suçların öngörülebilirliği ve genel olarak hukukun üstünlüğü ilkeleri açısından endişe verici olduğunu düşünmektedir, çünkü herhangi bir kişi söz konusu olaylardan çok sonra geriye dönük olarak bir suç örgütünün üyesi olarak kabul edilebilir.

...

48. Komiser, AİHM nezdindeki üçüncü taraf müdahalesinde [*Kavala/Türkiye*, No. 28749/18, 10 Aralık 2019], Türkiye'deki ceza adaletinin durumuna ilişkin daha genel gözlemlerde bulunarak, bu ve benzeri davalarda savcılarının ve mahkemelerin, delillerden suçluluğa doğru gitmek yerine, mevcut delilleri toplamadan veya incelemeyen önce şüpheliye bir suç nedeni veya varsayılan niyet atfettiklerine işaret etmiştir. Bu yaklaşım, soruşturmalar, tutuklamalar ve gözaltılar da dahil olmak üzere ceza yargılamasının her aşamasında ve giderek artan bir şekilde yargılama, mahkumiyet ve ceza verme aşamalarında kendini göstermektedir. Bu durum, AİHS kapsamında korunan ifade ve eylemler de dahil olmak üzere, demokratik bir toplumda yasal kabul edilmesi gereken eylemlerin, çok ciddi suçlar işleme niyetini kanıtlamak için kullanılan ikinci dereceden kanıtlar olarak yeniden yorumlandığı bir duruma katkıda bulunmakta, böylece yasal kesinliği zayıflatmakta ve Türk toplumunun tüm kesimleri üzerindeki ciddi caydırıcı etkiyi arttırmaktadır. Komiser'e göre bu durum, hiçbir maddi delilin kişinin masumiyetini kanıtlayamayacağı niyet yargılamalarına (*'procès d'intention'*) yol açma riski taşımaktadır."

2. Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu)

200. Venedik Komisyonu tarafından 71. Genel Kurul Oturumunda (Venedik, 1- 2 Haziran 2007) kabul edilen (CDL-AD(2007)016-e) ve 102. Genel Kurul Oturumunda (Venedik, 20-21 Mart 2015) güncellenen (CDL-AD(2015)010) Güvenlik Hizmetlerinin Demokratik Gözetimi Raporu, ilgili olduğu üzere aşağıdaki bölümleri içermektedir:

"1. Devletin iç ve dış güvenliğinin sağlanması, Devletin diğer değerlerinin ve çıkarlarının korunması için hayati ve elzemdir. Ulusal güvenliğine yönelik tehditleri öngörmek, önlemek veya bunlara karşı kendini korumak için bir Devletin etkili istihbarat ve güvenlik hizmetlerine ihtiyacı vardır: istihbarat bu nedenle modern hükümetler için kaçınılmaz bir gerekliliktir.

YÜKSEL YALÇINKAYA/TÜRKİYE KARARI

...

3. ... İstihbarat, Devletin terörizmle mücadelede sahip olduğu başlıca silahlardan biridir ..."

201. Venedik Komisyonu, 11 ve 12 Mart 2016 tarihlerinde, 106. Genel Kurul Toplantısında, Türk Ceza Kanunu'nun 216, 299, 301 ve 314. Maddelerine ilişkin görüşünü kabul etmiştir (CDL-AD(2016)002). Görüşün ilgili kısımları aşağıdaki gibidir (dipnotlar çıkarılmıştır):

"1. Silahlı örgüt üyeliği (Madde 314)

...

100. Yargıtay'ın silahlı bir örgüte 'üyelik' kriterini geliştirdiği zengin bir Yargıtay içtihadı bulunmaktadır. Yargıtay, ilgili şüphelinin farklı eylemlerini, bu eylemlerin şüphelinin örgütle herhangi bir 'organik ilişkisi' olduğunu kanıtlayıp kanıtlamadığını veya eylemlerinin örgütün 'hijerarşik yapısı' içinde bilerek ve isteyerek işlenmiş olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini görmek için bu eylemlerin 'süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluklarını' dikkate alarak incelemiştir...

101. Örgütle olan bu 'organik ilişki', sanığa atfedilen ve 'süreklilik, çeşitlilik veya yoğunluk' arz etmeyen eylemler temelinde kanıtlanamazsa, 220. Madde kapsamındaki 'silahlı örgüte yardım ve yataklık etme' veya 'silahlı örgüt adına suç işleme' fıkraları uygulanabilir...

102. Hükümet dışı kaynaklara göre, 314. Maddenin uygulanmasında, ulusal mahkemeler, birçok durumda, bir kişinin silahlı bir örgüte üyeliği konusunda çok zayıf delillere dayanarak karar vermektedir; bu da 314. Maddenin uygulanmasının "öngörülebilirliği" konusunda soru işaretleri doğurmaktadır...

...

105. ... [Komisyon, 314. maddenin uygulanmasında zayıf delillere dayanılarak mahkumiyet kararı verilmesinin AİHS'nin 7. maddesi bakımından sorun yaratabileceğini yineler; zira bu hüküm, *diğer hususların yanı sıra*, ceza hukukunun, örneğin kıyas yoluyla, sanığın aleyhine olacak şekilde geniş yorumlanmaması gerektiği ilkesini içermektedir... Silahlı bir örgüte üyelik iddiası, ikna edici delillerle ve her türlü makul şüphenin ötesinde kanıtlanmalıdır.

106. Sonuç olarak, Venedik Komisyonu, ilk olarak, Yargıtay içtihadında yer alan, bir sanığa atfedilen eylemlerin 'sürekliliği, çeşitliliği ve yoğunluğu' ile bir örgütle olan 'organik ilişkisini' göstermesi veya örgütün 'hijerarşik yapısı' içerisinde bilerek ve isteyerek hareket ettiğini kanıtlaması gerektiği yönündeki yerleşik kriterlerin katı bir şekilde uygulanmasını tavsiye etmektedir. Bu kriterlerin gevşek bir şekilde uygulanması, özellikle AİHS'nin 7. maddesi anlamında yasallık ilkesi ile ilgili sorunlara yol açabilir.

..."

202. Venedik Komisyonu tarafından 66. Genel Oturumunda (Venedik, 17-18 Mart 2006) (CDL-AD(2006)015) kabul edilen Acil Durumlarda İnsan Haklarının Korunmasına ilişkin görüşün, ilgili kısımları aşağıdaki gibidir (dipnotlar çıkarılmıştır):

"8. Bir yandan ulusal güvenlik ve kamu emniyeti ile diğer yandan temel hak ve özgürlüklerden yararlanma arasında kurulması gereken denge, herhangi bir matematiksel hesaplama veya sabit ölçek kullanılarak belirlenemez... Kamu ve özel

çıkarların dengelenmesinin adil ve orantılı olup olmadığının değerlendirilmesi, somut durum ve koşullara göre belirlenmelidir... Ancak sonuç olarak, söz konusu hak veya özgürlük özünde kısıtlanamaz. Bu durum, Devletin güvenliğine veya kamu güvenliğine karşı eylemlerde bulunan veya bulunduğundan şüphelenilen kişilerin hak ve özgürlükleri için de geçerlidir.

...

13. Gerçek olağanüstü hal durumlarında dahi hukukun üstünlüğü geçerli olmalıdır."

3. *Terörizmin Önlenmesine Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesine Ek Protokol*

203. Türkiye tarafından 13 Şubat 2018 tarihinde onaylanan (1 Haziran 2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir) ve 1 Temmuz 2017 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Konseyi Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi'ne Ek Protokol'ün (CETS no. 217) 2. Maddesi aşağıdaki gibidir

Madde 2 - Terörizm amacıyla bir dernek veya gruba katılmak

"1. Bu Protokol'ün amacı doğrultusunda, 'terörizm amacıyla bir dernek veya gruba katılmak', dernek veya grup tarafından bir veya daha fazla terör suçunun işlenmesi veya işlenmesine katkıda bulunmak amacıyla bir dernek veya grubun faaliyetlerine katılmak anlamına gelir.

2. Her bir Taraf, 1. paragrafta tanımlanan 'terörizm amaçlı bir dernek veya gruba katılma' fiilinin, yasadışı ve kasıtlı olarak işlendiğinde, kendi iç hukukuna göre suç teşkil etmesi için gerekli olabilecek tedbirleri alacaktır."

Ek Protokol'ün Açıklayıcı Raporu, 2. maddesinde belirtilen suçun, cezai sorumluluğun uygulanabilmesi için kasten ve hukuka aykırı olarak işlenmesi gerektiğini, "kasten" teriminin iç hukukta yoruma bırakıldığını belirtmektedir. Buna ek olarak, suç, "terör amacı" gibi sübjektif bir unsur daha gerektirmektedir; yani, faaliyetlerin amacı, dernek veya grup tarafından bir veya daha fazla terör suçunun işlenmesine katkıda bulunmak veya onun adına bu tür bir veya daha fazla suç işlemek olmalıdır. Açıklayıcı Rapor'a göre, 2. Madde dernek ya da grubun niteliğini tam olarak tanımlamamaktadır, zira suç olarak sayılması resmi olarak ilan edilmiş faaliyetlerine bakılmaksızın grup tarafından terör suçlarının işlenmesine bağlıdır. Protokol Tarafları, "dernek veya grup" terimlerini kendi iç hukuklarına uygun olarak "yasaklanmış" örgütler veya gruplar anlamında yorumlamak da dahil olmak üzere, 2. Madde kapsamındaki dernekleri veya grupları niteleyebilir veya tanımlayabilir.

4. *Reykjavik Zirvesi ve Deklarasyonu*

204. 16 ve 17 Mayıs 2023 tarihlerinde Avrupa Konseyi 4. Devlet ve Hükümet Başkanları Zirvesi Reykjavik'te gerçekleştirilmiştir. Zirve'de kabul edilen Deklarasyon'un IV numaralı eki, ilgili olduğu ölçüde aşağıdaki gibidir:

"Avrupa Konseyi'nin insan haklarını korumasının temel taşı olarak Sözleşme sistemine yeniden dönülmesi

Bizler, Devlet ve Hükümet Başkanları,

YÜKSEL YALÇINKAYA/TÜRKİYE KARARI

...

Sözleşme'ye taraf olan tüm Yüksek Sözleşmeci Tarafların, yetki alanları dahilindeki herkese Sözleşme'de tanımlanan hak ve özgürlükleri ikincillik ilkesine uygun olarak güvence altına alma konusundaki birincil yükümlülüklerinin, Mahkeme içtihadının Sözleşme'ye tam etki sağlayacak şekilde dikkate alınmasının öneminin ve taraf oldukları her davada Mahkeme'nin nihai kararlarına uyma konusundaki koşulsuz yükümlülüklerinin altını çizer;

...

Sonuç olarak, şunları taahhüt ederiz,

...

Mahkeme tarafından tespit edilen sistemik ve yapısal insan hakları sorunlarını çözmeyi ve bağlayıcı niteliklerini ve Yüksek Sözleşmeci Tarafların Sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerini dikkate alarak Mahkeme'nin nihai kararlarının tam, etkili ve hızlı bir şekilde uygulanmasını sağlamayı ve aynı zamanda ulusal parlamentoların kararların uygulanmasına dahil edilmesinin önemini hatırlatmayı amaçlar;

..."

III. TÜRKİYE TARAFINDAN YAPILAN ASKIYA ALMA BİLDİRİMİ

205. 21 Temmuz 2016 tarihinde Türkiye'nin Avrupa Konseyi nezdindeki Daimi Temsilcisi, Avrupa Konseyi Genel Sekreterine aşağıdaki askıya alma bildirimini göndermiştir:

"Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti'nin aşağıdaki bildirimini iletiyorum.

15 Temmuz 2016 tarihinde Türkiye Cumhuriyeti'nde demokratik yollarla seçilmiş hükümeti ve anayasal düzeni devirmeye yönelik geniş çaplı bir darbe girişimi gerçekleştirilmiştir. Bu alçakça girişim, Türk Devleti ve halkının birlik ve beraberlik içinde hareket etmesiyle engellenmiştir. Darbe girişimi ve sonrasında meydana gelen diğer terör eylemleri, kamu güvenliği ve düzeni açısından ciddi tehlikeler yaratmış olup, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin 15. maddesi anlamında ulusun yaşamına yönelik bir tehdit teşkil etmektedir.

Türkiye Cumhuriyeti, ulusal mevzuatı ve uluslararası yükümlülükleri doğrultusunda, kanunla öngörülen gerekli tedbirleri almaktadır. Bu bağlamda, 20 Temmuz 2016 tarihinde Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti, Anayasa (Madde 120) ve 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu (Madde 3/1b) uyarınca üç ay süreyle Olağanüstü Hal ilan etmiştir. ...

Karar Resmi Gazete'de yayımlanmış ve 21 Temmuz 2016 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından onaylanmıştır. Böylece Olağanüstü Hal bu tarihten itibaren yürürlüğe girmiştir. Bu süreçte, alınan tedbirler, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerden, Sözleşme'nin 15. maddesinde izin verilen askıya almayı içerebilir.

Bu nedenle, bu mektubun Sözleşme'nin 15. Maddesinde anılan bildirim teşkil ettiğinin altını çizmek isterim. Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti, bu amaçla alınan tedbirler hakkında sizi, Genel Sekreteri, tam olarak bilgilendirecektir. Hükümet, söz konusu tedbirler sona erdiğinde sizi bilgilendirecektir.

..."

206. Askıya alma bildirimi, olağanüstü halin sona ermesinin ardından 8 Ağustos 2018 tarihinde geri çekilmiştir.

HUKUK

IV. TÜRKİYE'NİN ASKIYA ALMASINA İLİŞKİN ÖN SORUN

207. Hükümet, başlangıçta, başvuranın Sözleşme'nin 6, 8 ve 11. maddeleri kapsamındaki şikâyetlerinin, Sözleşme'nin 15. maddesi uyarınca 21 Temmuz 2016 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne bildirilen askıya alma dikkate alınarak incelenmesi gerektiğini vurgulamıştır. 15. Madde şunları öngörmektedir:

"1. Savaş veya ulusun yaşamını tehdit eden diğer kamusal acil durumlarda, herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Taraf, uluslararası hukuktan kaynaklanan diğer yükümlülüklerine aykırı olmamak kaydıyla, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde, [Sözleşme] kapsamındaki yükümlülüklerine aykırı tedbirler alabilir.

2. Bu hüküm uyarınca, yasal savaş eylemlerinden kaynaklanan ölümler hariç olmak üzere, 2. Madde'den veya 3., 4. (paragraf 1) ve 7. Maddeler'den hiçbir istisna yapılmayacaktır.

3. Bu istisna hakkından yararlanan her Yüksek Sözleşmeci Taraf, aldığı önlemler ve bunların nedenleri hakkında Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ni tam olarak bilgilendirecektir. Ayrıca, bu tedbirler sona erdiğinde ve Sözleşme hükümleri yeniden tam olarak uygulanmaya başladığında Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ni bilgilendirecektir."

A. Tarafların sunumları

208. Hükümet, Mahkeme'nin de bir dizi kararında kabul ettiği üzere, Türkiye'nin askeri darbe girişiminin yarattığı riskler nedeniyle ulusun yaşamını tehdit eden kamusal bir acil durum yaşadığını ileri sürmüştür. FETÖ/PDY'den kaynaklanan tehdidin uzun bir süre devam ettiğini ve ulusal makamlar tarafından acil duruma yanıt olarak - ve terörle mücadele bağlamında - alınan tedbirlerin kesinlikle durumun gerekliliklerinin bir gereği olduğunu gözlemlemişlerdir. Buna göre, 15. madde uyarınca Sözleşme'den ayrılma hakkını kullanan Türkiye, Sözleşme hükümlerini ihlal etmemiştir. Olağanüstü hal sırasında çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerle alınan tedbirlere atıfta bulunan Hükümet, Türkiye'nin ilgili dönem boyunca uluslararası insan hakları yükümlülüklerine uygun olarak gereklilik, orantılılık ve yasallık ilkelerine riayet ettiğini savunmuştur. Bu nedenle Hükümet, Mahkeme'yi, başvuranın Sözleşme'nin 6, 8 ve 11. maddeleri kapsamındaki şikâyetlerini Sözleşme'nin 15. maddesi açısından incelemeye davet etmiştir.

209. Özellikle, başvuranın Sözleşme'nin 6 § 3 (c) maddesi kapsamındaki şikâyeti ile ilgili olarak (bkz. aşağıdaki 358 ve 366. paragraflar), Hükümet,

667 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 6 § 1 (d) maddesi ile getirilen ilgili kısıtlamaların (bkz. 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin belirli suçlar nedeniyle tutuklu bulunan kişilerin hukuki yardım alma hakkına ilişkin 6. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendinde (bkz. yukarıdaki 154. paragraf) olağanüstü hal koşullarının gerektirdiği ölçüde haklı bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi söz konusu kısıtlamaları adil yargılanma hakkı bağlamı da dâhil olmak üzere kapsamlı bir incelemeye tabi tutmuş ve bir dizi kararında bunların olağanüstü hal koşullarıyla orantılı olduğunu tespit etmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin bulgularını yineleyen Hükümet, FETÖ/PDY'nin gizliliği, hücresel yapısı ve tüm kamu kurumlarındaki varlığı gibi özellikleri ve darbe girişiminin ardından devam eden tehlikesi göz önüne alındığında, darbe girişimi veya FETÖ/PDY ile ilgili suçlardan gözaltına alınan kişilerin gözaltında örgütsel faaliyetlerine devam etmeleri ve avukatlarıyla görüşerek örgütsel iletişimin sağlanması konusunda gerçek bir risk olduğunu iddia etmiştir. Bu nedenle, 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 6 § 1 (d) maddesi çerçevesinde alınan tedbirler makuldür. 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 6 § 1 (d) maddesi çerçevesinde alınan tedbirlerin makul olduğunu ve ilgili ceza yargılamasının bir bütün olarak adilliğini zedeleyecek nitelikte olmadığını belirtmişlerdir. Başvuranın 21 Mart 2017 tarihinde Kayseri Ağır Ceza Mahkemesi tarafından olağanüstü hal devam ederken tahliye edilmesinin "olağanüstü halin yargı makamlarının kararlarında belirleyici olmadığını ve yargısal faaliyetlerin kendi ilke ve kurallarına göre yürütüldüğünü" gösterdiğini eklemiştir.

210. Başvuran cevaben, darbe girişimi sonrasında Hükümet tarafından alınan, binlerce kişinin görevden alınması, tutuklanması ve mahkûm edilmesi gibi kapsamlı tedbirlerin, Gülen hareketi destekçilerine karşı keyfi bir cadı avı anlamına geldiğini ve bu nedenle "durumun zorunluluklarının kesinlikle gerektirmediğini" ileri sürmüştür. Ayrıca, olağanüstü hal durumunda bile hukukun üstünlüğü temel ilkesinin geçerli olması gerektiğini iddia etmiştir. Dolayısıyla, herhangi bir suç işlememiş olan bir kişinin, şifreli bir mesajlaşma uygulaması kullandığı, yasal olarak faaliyet gösteren bir bankaya para yatırdığı ve yasalara uygun olarak kurulmuş ve faaliyet gösteren bir sendikaya ve derneğe üye olduğu iddiasıyla soruşturulması, kovuşturulması ve mahkum edilmesi demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğü ile tutarlı olmayacaktır; tüm bu eylemler temel hakların kullanılması kapsamına girmektedir. Ayrıca, olağanüstü hal sırasında kabul edilen çok sayıda kanun hükmünde kararnamenin bireylerin haklarına önemli sınırlamalar getirdiğini, ancak kendisinin suçlandığı Ceza Kanunu'nun 314. maddesinin ilgili dönemde değişmediğini gözlemlemiştir.

B. Mahkeme'nin değerlendirmesi

211. Mahkeme, Türkiye'nin, askeri darbe girişimi ve diğer terör eylemlerinden kaynaklanan ciddi tehlikelerin ulusun yaşamına oluşturduğu

tehditle mücadele etmek için olağanüstü hal ilan edildiğini belirten askıya alma bildiriminde, Sözleşme'nin hangi maddelerinin askıya almaya konu olacağını açıkça belirtilmediğini kaydeder. Bunun yerine, genel bir ifadeyle "alınan tedbirlerin Sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerin askıya alınmasını içerebileceğini" duyurmuştur.

212. Ayrıca, *Mehmet Hasan Altan/Türkiye* (no. 13237/17, § 93, 20 Mart 2018) ve *Şahin Alpay/Türkiye* (No. 16538/17, § 77, 20 Mart 2018) davalarında ve takip eden diğer birçok davada (bkz. örneğin, *Alparslan Altan/Türkiye*, No. 12778/17, § 74, 16 Nisan 2019; *Pişkin/Türkiye*, No. 33399/18, § 59, 15 Aralık 2020; ve *Ahmet Hüsrev Altan/Türkiye*, No. 13252/17, § 102, 13 Nisan 2021), askeri darbe girişiminin Sözleşme anlamında "ulusun yaşamını tehdit eden kamusal bir acil durum" teşkil ettiğine ve 15 § 3 maddesinin gerektirdiği formalitelere uyulduğuna karar vermiştir.

213. Mahkeme, mevcut davada bu tespitten ayrılmak için bir neden görmemektedir. Başvurana karşı alınan özel önlemlerin durumun zorunluluklarının kesinlikle gerektirip gerektirmediği ve davalı Devlet'in uluslararası hukuk kapsamındaki diğer yükümlülükleriyle tutarlı olup olmadığına gelince, bu hususlar ilgili şikâyetlerin esastan incelenmesinin bir parçası olarak değerlendirilecektir (bkz. yukarıda anılan *Mehmet Hasan Altan*, § 94; ayrıca bkz. 347-355 ve 398-401 aşağıda).

II. SÖZLEŞME'NİN 7. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

214. Başvuran, mahkumiyetine esas teşkil eden fiillerin ilgili zamanda hukuka uygun olduğundan ve bu fiillerden dolayı cezai olarak sorumlu tutulmasının, Sözleşme'nin 7. maddesinde yer alan kanunsuz ceza olmaz ilkesini ihlal ederek, ilgili kanunların geniş ve keyfi bir şekilde yorumlandığı gerekçesiyle şikâyetçi olmuştur.

215. Ayrıca, 6 § 2 maddesi uyarınca, kendisine atfedilen eylemler sırasında veya daha sonra suçlandığı sırada FETÖ/PDY'yi terör örgütü ilan eden herhangi bir mahkeme kararı olmamasına rağmen, söz konusu yapının yürütme tarafından silahlı terör örgütü olarak yasaklandığından ve üyelerinin silahlı terör örgütüne üye olmakla suçlandığından bahisle şikâyetçi olmuştur.

216. Başvuran son olarak, 1999 yılında F. Gülen'e karşı açılan ceza davası bağlamında Yargıtay tarafından 2008 yılında suç teşkil etmediği tespit edilen 1966 yılına kadar uzanan eylemlere dayanılarak FETÖ/PDY'nin terör örgütü olarak tanımlanmasının Sözleşme'ye Ek 7 No.lu Protokol'ün 4. maddesi uyarınca *ne bis in idem* ilkesini ihlal ettiğinden bahisle şikâyetçi olmuştur.

217. Mahkeme, içtihadını ve başvuranın şikâyetlerinin niteliğini göz önünde bulundurarak, bir davanın olaylarına hukuken verilecek nitelendirmeye hâkim olarak (bkz. örneğin, *Molla Sali / Yunanistan* [BD], No. 20452/14, § 85, 19 Aralık 2018, ve *S.M. / Hırvatistan* [BD], No. 60561/14, §§ 241-43, 25 Haziran 2020), başvuran tarafından dile getirilen

şikâyetlerin, esasen başvuranın silahlı terör örgütüne üyelikten mahkûmiyetinin öngörülebilirliği ile ilgili olması ve bu nedenle birbiriyle bağlantılı olması nedeniyle, yalnızca Sözleşme'nin 7. maddesi açısından incelenmesi gerektiği kanaatindedir (bkz. diğerleri arasında, *Del Río Prada / İspanya* [BD], No. 42750/09, §§ 91-93, AİHM 2013, *Pessino / Fransa*, No. 40403/02, §§ 35-36, 10 Ekim 2006, *Dragotoniú ve Militaru-Pidhorni / Romanya*, No. 77193/01 ve 77196/01, §§ 40- 45, 24 Mayıs 2007, ve *Jorgic / Almanya*, No. 74613/01, §§ 103- 14, AİHM 2007-III, burada Mahkeme, Sözleşme'nin 7. maddesi kapsamında bir cezai mahkumiyetin öngörülebilirliği konusunu ele almıştır). 7. Madde, ilgili olduğu ölçüde, aşağıdaki gibidir:

"1. Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç teşkil etmeyen bir fiil veya ihmalden dolayı suçlu sayılamaz. Ayrıca, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza da verilemez.

..."

A. Kabul Edilebilirlik

218. Mahkeme, bu şikâyetin Sözleşme'nin 35 § 3 (a) maddesi anlamında açıkça dayanaktan yoksun olmadığını kaydeder. Ayrıca, başka açılardan bakıldığında da kabul edilemezlik unsuru taşımadığını kaydeder. Bu nedenle kabul edilebilir ilan edilmelidir.

B. Esas

1. Tarafların görüşleri

(a) Başvuru Sahibinin Görüşleri

219. Başvuran, mahkum edildiği suçun, yani silahlı terör örgütü üyeliğinin, bir dizi unsurun varlığını gerektirdiğini belirtmiştir: silahlı bir terör örgütünün makul şüphenin ötesinde varlığı; şüphelinin bu örgütün niteliği hakkında bilgi sahibi olması; şüphelinin, bazı niteliksel gerekliliklere dayalı olarak, bu örgüte fiilen üye olması ve örgütün amaçlarını gerçekleştirilmeye yönelik özel niyeti. Başvuran, kendi davasında bu unsurların hiçbirinin bulunmadığını ve sonuç olarak, silahlı terör örgütü üyeliğinden kovuşturulmasının öngörülebilir olmadığını ileri sürmüştür. Bu nedenle, mahkûmiyetinin Sözleşme'nin 7. maddesine aykırı olduğunu iddia etmiştir.

220. Başvuran, Gülen Hareketinin, 2014 ve 2015 yılları arasında kendisine atfedilen eylemler sırasında makul şüphenin ötesinde bir "terör örgütü" olarak nitelendirilemeyeceğini savunmuştur. Bu bağlamda, F. Gülen'in 31 Ağustos 2000 tarihinde terör örgütü kurmak ve yönetmekle suçlanmasının ardından, Gülen Hareketinin tüm faaliyetlerinin kapsamlı bir şekilde soruşturulduğunu ve 5 Mayıs 2006 tarihinde tüm suçlamalardan beraat ettiğini iddia etmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 24 Haziran 2008

tarihinde beraat kararını onarken, sanığın ve onunla bağlantılı olduğu iddia edilen örgütlerin anayasal düzeni yıkma amacı taşıdıklarının veya şiddete başvurduklarının tespit edilemediğini teyit etmiştir. O tarihten itibaren Gülen Hareketi, 2013 yılı sonunda üst düzey siyasi skandallardan sorumlu tutulana kadar başka bir soruşturmaya maruz kalmadan faaliyetlerini sürdürmüştür. Ancak bu noktada bile Gülen Hareketi, Hükümet tarafından bir terör örgütü olarak sınıflandırılmamıştır.

221. Türk hukukuna göre bir yapının terör örgütü olup olmadığına yalnızca bir mahkemenin karar verebileceğini vurgulayan başvuran, 21 Mart 2017 tarihinde Kayseri Ağır Ceza Mahkemesi tarafından mahkûm edildiği tarihte Gülen Hareketiyle ilgili olarak bu yönde kesinleşmiş bir mahkeme kararı bulunmadığına işaret etmiştir. Ayrıca, ne o kararda ne de onu takip eden diğer kararlarda - kendisine veya diğer şüphelilere karşı - Gülen Hareketinin darbe girişimi öncesindeki faaliyetlerine ilişkin olarak, Türk hukuku kapsamında "terörizm" tanımının temelini oluşturan şiddet, baskı, korkutma veya tehdit unsurlarının tartışılmadığını iddia etmiştir.

222. Başvuran daha sonra, iç hukuka ve uygulamaya göre, silahlı terör örgütüne üye olma suçunun yalnızca Ceza Kanunu'nda listelenen suçları işlemeyi amaçlayan bir örgütün varlığını gerektirmediğini, aynı zamanda örgütün hiyerarşik bir yapıda faaliyet göstermesini ve iddia edilen üyelerin belirli bir süreklilik, çeşitlilik ve yoğunlukta eylemlerde bulunmasını gerektirdiğini, ancak kendi davasında bunların hiçbirinin tespit edilmediğini ileri sürmüştür. Ulusal mahkemelerin kararlarının hiçbir noktasında, iddia edilen silahlı terör örgütünün hiyerarşik yapısını soyut ve genel terimler dışında ortaya koymadıklarını veya kendisinin bu yapı içindeki konumunu belirtmediklerini iddia etmiştir. Kendisine atfedilen suçun unsurları belirlenirken, kimden emir aldığı veya kime rapor verdiği, terör örgütünün toplantılarına kiminle katıldığı, örgüt adına işlediği suçlar ve terör örgütünün eylemlerine katılımının yoğunluğu ve çeşitliliği gibi birçok soru cevapsız bırakılmıştır.

223. Bu bağlamda başvuran, Gülen Hareketinin bir terör örgütü olduğu kabul edilse bile, kendisine atfedilen eylemler sırasında kişisel olarak bu gerçeğin farkında olup olmadığını belirlenmesinin son derece önemli olduğunu, bu farkındalık durumunun silahlı bir terör örgütüne üye olma suçunun içsel unsurlarından biri olduğunu kaydetmiştir. Bir örgütün nihai amacını tespit etmenin, bir bireyin bu amaç hakkında bilgi sahibi olduğunu ve bu amacı kabul ettiğini tespit etmekten tamamen farklı olduğunu iddia etmiştir. Başvuran, Gülen Hareketinin terörist niteliğinin ve niyetlerinin farkında olamayacağını savunurken, bir kez daha F. Gülen'in tüm suçlardan beraat ettiğini teyit eden 2008 tarihli karara ve üst düzey- Hükümet yetkililerinin yıllar boyunca bu hareketi desteklediklerini ve takdir ettiklerini açıkça beyan ettikleri birçok açıklamaya atıfta bulunmuştur.

224. Ayrıca, kendisine atfedilen eylemlerin hiçbirinin silahlı bir terör örgütüne üye olduğunu gösterecek nitelikte olmadığını ileri sürmüştür. Silahlı

terör örgütüne üye olma suçunun maddi unsurları, Ceza Kanunu'nun 314 § 2 maddesinde belirtilen suçun çok geniş yorumlanması nedeniyle son derece geniş bir şekilde yorumlanmıştır; bu durum söz konusu suçu önceden öngörülmesi mümkün olmayan bir hale getirmiş ve cezai sorumluluğun kapsamını genişletmiştir.

225. Mahkumiyetinin ByLock uygulamasını kullandığı iddiasına dayandığı ölçüde, ki bu iddiayı reddetmektedir, başvuran Mahkeme'nin dikkatini, ulusal mahkemelerin, uygulama üzerinden paylaştığı iddia edilen mesajların içeriğini, aldığı iddia edilen talimatları veya bu talimatları nasıl takip ettiğini incelememiş olduğu gerçeğine çekmiştir. Ayrıca, söz konusu uygulamayı sadece altı gün kullanmakla suçlanmıştır ki bu da hiyerarşik bir üyelik için gerekli olan "süreklilik" şartını karşılamamaktadır. Her halükarda, ulusal mahkemelerin uygulamanın yalnızca Gülen Hareketi üyeleri için tasarlandığı ve onlar tarafından kullanıldığı ve kullanımının bir kişinin Gülen Hareketi içindeki hiyerarşik konumunun kanıtı olarak hizmet edebileceği yönündeki tespitinin temelsiz olduğunu savunmuştur. Bu bağlamda, uygulamanın sadece uygulama mağazalarından dahi yaklaşık 600.000 kez indirildiğini - yani farklı APK sitelerinden yapılan indirmeleri saymadan - ve ByLock'un örgütsel kullanımını sağlamak için bu uygulamaya özgü olarak gösterilen bazı teknik özelliklerinin aslında diğer benzer uygulamalarda da bulunduğunu vurgulamıştır.

226. Başvurana göre, aleyhindeki delillerin Gülen Hareketiyle ilişkisini ortaya koyduğu kabul edilse bile, sanığın gerekli özel kasıtla hareket ettiğinin makul şüphenin ötesinde kanıtlanması gerekmektedir. Bu bağlamda "özel kasıt", sanığın örgütün belirli suçları işlemek üzere kurulduğunu bilerek ve bu suçları işlemek amacıyla hareket etmiş olmasını gerektiriyordu. Gülen Hareketinin onlarca yıldır toplumun tüm kesimleri tarafından desteklenen bir sosyal yapı olduğu göz önünde bulundurulduğunda, bu noktaların tespit edilmesi mevcut bağlamda özellikle önemliydi. Bu yapının sıradan üyelerinin, bireysel kasıtları tespit edilmeksizin, örgüt yöneticileri tarafından gerçekleştirilen yasadışı faaliyetlerden cezai olarak sorumlu tutulması, bireysel cezai sorumluluk ilkesine aykırıdır ve toplu cezalandırma anlamına gelmektedir. Başvuran esasen, bazı üyelerinin belirli suçlar işlediği iddia edilen bir toplulukla ilişkili olduğu iddiasıyla mahkum edildiğini iddia etmiştir.

(b) Hükümet tarafından sunulan görüşler

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

örgütüne dönüştüğü tarihten itibaren cezai olarak sorumlu tutulabilir. Aksini düşünmek, bir kişinin, bir yapıyı terör örgütü olarak tanımlayan bir mahkeme kararından önce işlediği suçlardan dolayı cezasız kalacağı anlamına gelir ki bu da terörle mücadeleyi ciddi şekilde tehlikeye atar.

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

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

230. Hükümet daha sonra, başvuranla ilgili olarak verilen kararlarda ayrıntılı olarak atıfta bulunulduğu üzere, ilgili yasal çerçevede ve Yargıtay içtihadında yeterli hassasiyetle formüle edildiğini iddia ettikleri silahlı terör örgütüne üyelik suçunun kurucu unsurlarını incelemiştir. Bu unsurlara dayanarak, ulusal mahkemeler FETÖ/PDY'yi amacı, işleyişi, sosyo-kültürel ve hiyerarşik yapısı, örgütlenme modeli ve paralel bir devlet yapısı kurma girişimleri de dahil olmak üzere incelemiş ve *sui generis bir* örgüt olsa da silahlı bir terör örgütü olduğu sonucuna varmıştır. Ulusal mahkemeler bu sonuca varırken, FETÖ/PDY'nin meşru yöntemlerle iktidara gelmeyi amaçlamadığını, Devlet bürokrasisine stratejik olarak yerleştirdiği mensupları aracılığıyla baskı, şiddet ve diğer antidemokratik yöntemlerle Parlamento, Hükümeti ve diğer anayasal kurumları ortadan kaldırmayı amaçladığını dikkate almıştır. Ordu, polis ve MİT gibi güç kullanma yetkisine sahip kurumlara yerleştirilen üyeler, darbe girişimi sırasında, amaçlarına ulaşmak için kamu kurumlarına, güvenlik güçlerine ve sivillere karşı devlete ait silahları kullanmışlardır.

231. Başvuranın özel durumuna ilişkin olarak Hükümet, özellikle 2013 yılından sonra FETÖ/PDY'nin yasadışı faaliyetleri hakkında kamuoyunda oluşan farkındalık göz önüne alındığında, ulusal mahkemelerin, başvuranın, özellikle eğitim, bilgi ve mesleki deneyim düzeyi göz önüne alındığında, örgütün nihai amacını, Devlet kurumları ve silahlı kuvvetler içindeki yapılanmasını ve devletin her türlü silahını ellerinde bulunduran örgüt üyelerinin gerektiğinde bu gücü örgütün amacı doğrultusunda kullanacakları gerçeğini bilebilecek durumda olduğunu tespit ettiğini belirtmiştir. Mahkemeler, bu bağlam ve başvuran aleyhindeki delillerin niteliği göz önüne alındığında, başvuranın kendisine atfedilen eylemleri kasıtlı olarak ve FETÖ/PDY'nin yasadışı amaçları hakkında tam bilgi sahibi olarak gerçekleştirdiği sonucuna varmıştır.

232. Hükümet bu bağlamda, ulusal mahkemelerin ByLock uygulamasının kullanımının, bu uygulama üzerinden yapılan mesajlaşmaların içeriğine bakılmaksızın, silahlı terör örgütüne üyelik suçunun süreklilik, çeşitlilik, yoğunluk ve hiyerarşik bağlantı gibi tüm kurucu gerekliliklerini karşıladığına karar vermelerinin nedenlerine atıfta bulunmuştur. Hükümet, gizli terör örgütleri söz konusu olduğunda, kullanılan iletişimin güvenli biçimleri nedeniyle, bireysel kullanıcılarla ilgili olarak mesajların içeriğine ulaşmanın ve bunların değiş tokuş edildiği bağlamı belirlemenin genellikle imkansız olduğunu vurgulamıştır; ancak adli makamlar yine de ByLock'un yalnızca terör örgütünün yöneticileri ve üyeleri tarafından kullanıldığını ve FETÖ/PDY tarafından örgüt içi gizli iletişim için geliştirildiğini usulüne uygun olarak tespit etmişlerdir. Gizliliğe dayalı bir örgüt olarak FETÖ/PDY'nin yüz yüze iletişimi tercih ettiğini, ancak bunun mümkün olmadığı durumlarda örgütün iletişimini şifreli yollarla yürütmeyi tercih ettiğini açıklamışlardır. ByLock'ta kurulan arkadaş grupları, terör örgütlerinin özellikleri olan hiyerarşik bir yapının ve hücre tipi örgütlenmenin varlığını göstermiştir. Bu bulgulara dayanarak, Hükümet - duruşmada başvuranın ByLock uygulamasını hangi teknik araçlarla edindiğinin kendileri tarafından bilinmediğini teyit ederken - örgülle bağlantısı olmayan bir kişinin ByLock uygulamasını indirip kullanımının mümkün olmadığını ve ByLock kullanıcılarının örgütün yasadışı amaçlarının zaten farkında olduklarını, bu amaçlara ulaşılmasını istediklerini ve bu amaçla örgütsel faaliyetlere katıldıklarını belirtmiştir. Hükümete göre, eğer bir kişi örgüt tarafından geliştirilen ve sadece üyeleri tarafından kullanılan bu uygulamayı indirmiş ve tüm teknik zorluklara rağmen kullanmışsa, bu durum o kişinin örgütün iradesine tamamen boyun eğdiğini ve hiyerarşisine bağlı kaldığını göstermektedir. Dolayısıyla, FETÖ/PDY üyeleriyle ByLock üzerinden örgütsel iletişim kuran başvuranın durumunda suçun zihinsel unsuru, örgüt hiyerarşisinin talimatları doğrultusunda ve bu talimatları hiçbir zaman sorgulamadan gerçekleşmiştir. Bu nedenle başvuran, Ceza Kanunu'nun 30. maddesindeki "hata" hükmünden yararlanamamıştır. Yargıtay'ın dönüm noktası niteliğindeki kararlarına atıfta bulunan Hükümet, bu nedenle ByLock

kullanımının FETÖ/PDY üyeliğinden mahkûmiyet için tek başına yeterli olacağını belirtmiştir.

233. Başvuranın, yasal bir eylem olan ByLock'u kullandığı iddiasıyla cezai açıdan kınanacak bir davranışta bulunmadığı iddiasına cevaben Hükümet, silahlı bir terör örgütüne üyeliğin kanıtlandığı durumlarda, cezai açıdan kınanacak davranışı oluşturan şeyin üyelik eyleminin kendisi olduğunu ileri sürmüştür. Başvuranın ByLock kullanması, mahkûm edildiği suçun *füli unsurunun* bir parçasını oluşturan fiziksel bir eylem değildir. ulusal mahkemeler, başvuranın ByLock kullanmasının silahlı bir terör örgütüne üye olarak katılması anlamına gelmediğini tespit etmişlerdir. Suçun *füli unsuru*, daha ziyade, kendisini emir ve talimatlar için hazır hale getirerek örgütün hiyerarşik yapısının bir parçası haline gelme eylemidir. Başvuranın ByLock kullanması, yalnızca bu yapının bir parçası haline geldiğini gösteren bir kanıttır. Başka bir deyişle, başvuran ByLock kullanmak suretiyle örgütün hiyerarşik yapısının bir parçası haline gelmemiş olsa da, bu uygulamayı kullanması, yine de bu hiyerarşinin bir parçası haline geldiğinin kanıtıdır.

234. Bu koşullar altında, 7. madde kapsamındaki "öngörülebilirlik" gerekliliğinin amaçları doğrultusunda, başvuranın ByLock kullanımının silahlı terör örgütüne üyelik suçunun delili olarak yorumlanacağını öngörülüp öngörülemediğini sormak önemsizdir. Hükümet'e göre, bir ceza davasında, söz konusu eylemler sırasında kullanımı öngörülemeyen bir delil türünün kullanılması, Sözleşme'nin 7. maddesi kapsamında kendi başına sorun yaratmamaktadır.

235. Hükümet, ByLock kullanımının söz konusu suçun unsurlarını tek başına karşıladığı tespitinin yeni bir yorum olmadığını; Yargıtay'ın, diğer terör örgütleri bağlamında, belirli eylemlerin gerçekleştirilmesinin, doğası gereği, silahlı terör örgütüne üyelik suçunu oluşturabileceğini uzun süredir kabul ettiğini savunmuştur. Hükümet, bu bağlamda, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 26 Haziran 2001 tarihli bir kararına atıfta bulunarak, yasadışı bir silahlı örgüt olan Hizbullah'a *özgeçmiş* gönderme eyleminin, sanığın kendisine verilecek görevleri yerine getirmeye hazır olduğunu göstermesi nedeniyle, örgütle organik bir bağın kanıtı olarak değerlendirildiğini belirtmiştir.

236. Hükümet, yukarıdaki argümanların, başvuranın, yetkililer tarafından terör örgütünün mali yapısının bir parçası olarak kabul edilen Bank Asya'ya yaptığı para yatırma işlemleri ve FETÖ/PDY'ye bağlı kuruluşlara üyeliği ile ilgili olarak da benzer şekilde geçerli olduğunu ve başvuranın bu örgüte üyeliğini kanıtlamak için destekleyici delil olarak kullanıldığını belirtmiştir. Bununla birlikte, F. Gülen'in çağrısı üzerine örgüte fayda sağlamak amacıyla yapıldığı anlaşılan Bank Asya'ya "şüpheli" para yatırma işlemlerinin veya FETÖ/PDY ile bağlantılı bir sendika veya derneğe üyeliğin bile FETÖ/PDY üyeliğini kanıtlamak için tek başına yeterli olmayacağını, ancak mevcut davada olduğu gibi diğer önemli delillerle birlikte ele alındığında destekleyici unsur olarak hizmet edeceğini kabul etmişlerdir.

2. Mahkeme'nin değerlendirmesi

(a) Genel ilkeler

237. Hukukun üstünlüğünün temel bir unsuru olan Sözleşme'nin 7. maddesinde yer alan güvence, Sözleşme'nin 15. maddesi uyarınca savaş veya diğer olağanüstü hallerde bu güvenceden herhangi bir sapmaya izin verilmemesinin de altını çizdiği gibi, Sözleşme'nin koruma sisteminde önemli bir yere sahiptir. Sözleşme, amacı ve hedefi doğrultusunda, keyfi kovuşturma, mahkûmiyet ve cezalandırmaya karşı etkili güvenceler sağlayacak şekilde yorumlanmalı ve uygulanmalıdır (bkz. *Scoppola/İtalya* (no. 2) [BD], No. 10249/03, § 92, 17 Eylül 2009, ve *Del Río Prada*, yukarıda anılan, § 77, her birindeki diğer atıflar a birlikte).

238. Sözleşme'nin 7. maddesi, ceza hukukunun geriye dönük olarak sanığın aleyhine uygulanmasını yasaklamakla sınırlı değildir. Aynı zamanda, daha genel olarak, sadece yasanın bir suçu tanımlayabileceği ve bir ceza öngörebileceği ilkesini (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) ve ceza hukukunun, örneğin kıyas yoluyla, bir sanığın aleyhine olacak şekilde geniş yorumlanmaması gerektiği ilkesini de içerir. Bu ilkelerden, bir suçun kanunda açıkça tanımlanmış olması gerektiği sonucu çıkmaktadır. Bu gereklilik, bireyin ilgili hükmün lafzından ve gerekirse mahkemelerin yorumundan, hangi eylem ve ihmallerin kendisini cezai olarak sorumlu kılacağını bilebildiği durumlarda yerine getirilmiş olur. "Hukuk"tan bahsettiğinde, 7. Madde, Sözleşme'nin bu terimini kullanırken başka yerlerde atıfta bulunduğu kavramla aynı kavrama atıfta bulunmaktadır; bu kavram, yazılı hukukun yanı sıra yazılı olmayan hukuku da kapsamakta ve özellikle erişilebilirlik ve öngörülebilirlik gibi niteliksel gereklilikleri ima etmektedir (bkz. diğer kararlar arasında, *Streletz, Kessler ve Krenz/Almanya* [BD], No. 34044/96, 35532/97, 44801/98, § 50, AİHM 2001-II, ve *Del Río Prada*, yukarıda anılan, § 91).

239. Ceza hukuku da dahil olmak üzere herhangi bir hukuk sisteminde, bir yasal hüküm ne kadar açık bir şekilde kaleme alınmış olursa olsun, yargısal yorum kaçınılmaz bir unsurdur. Şüpheli noktaların açıklığa kavuşturulmasına ve değişen koşullara uyarlanmasına her zaman ihtiyaç olacaktır. Gerçekten de, Sözleşmeye Taraf Devletlerde, ceza hukukunun yargısal kanun yapma yoluyla aşamalı olarak geliştirilmesi, hukuk geleneğinin köklü ve gerekli bir parçasıdır. Sözleşme'nin 7. maddesi, ortaya çıkan gelişmenin suçun özünü tutarlı olması ve makul bir şekilde öngörülebilir olması koşuluyla, cezai sorumluluk kurallarının davadan davaya yargısal yorum yoluyla kademeli olarak açıklığa kavuşturulmasını yasakladığı şeklinde okunamaz. Erişilebilir ve makul ölçüde öngörülebilir bir yargısal yorumun bulunmaması, 7. Madde haklarının ihlal edildiği sonucuna varılmasına yol açabilir. Aksi takdirde, bu hükmün amacı ve hedefi - yani hiç kimsenin keyfi kovuşturmaya, mahkûmiyete veya cezalandırmaya maruz

bırakılmaması - zarar görecektir (bkz. *Del Río Prada* , yukarıda anılan, § 93, diğer atıflarla birlikte).

240. Mahkeme, ilke olarak, görevinin kendisini ulusal yargı mercilerinin yerine ikame etmek olmadığını yineler. İç mevzuatın yorumlanmasına ilişkin sorunları çözmek öncelikle ulusal makamların, özellikle de mahkemelerin görevidir. Mahkeme'nin rolü, böyle bir yorumun etkilerinin Sözleşme ile uyumlu olup olmadığını tespit etmekle sınırlıdır (bkz. diğerleri arasında, *Korbely/Macaristan* [BD], No. 9174/02, §§ 72-73, AİHM 2008; ve *Kononov/Letonya* [BD], No. 36376/04, § 197, AİHM 2010).

241. Bununla birlikte, Mahkeme, Sözleşme'deki hakkın kendisinin, mevcut davada 7. maddenin, mahkûmiyet ve ceza için yasal bir dayanak olmasını gerektirdiği durumlarda, inceleme yetkisinin daha fazla olması gerektiğini vurgulamıştır (bkz. diğerleri arasında, *zamanaşımı sürelerinin, esasen bir işkence eylemi oluşturan bir suçla ilgili olarak kovuşturma, mahkûmiyet ve cezaya uygulanabilirliğine ilişkin tavsiye görüşü* [BD], talep no. P16-2021-001, Ermenistan Temyiz Mahkemesi, § 71, 26 Nisan 2022). 7 § 1 maddesi, Mahkeme'nin başvuranın mahkûmiyeti için eş zamanlı bir yasal dayanak olup olmadığını incelemesini ve özellikle de ilgili ulusal mahkemeler tarafından varılan sonucun bu hükmün amacı ve hedefiyle uyumlu olduğu konusunda emin olmasını gerektirmektedir. Mahkeme'ye daha az bir inceleme yetkisi vermek, 7. maddeyi amaçtan yoksun hale getirecektir (bkz. yukarıda anılan *Kononov*, § 198, ve *Rohlana / Çek Cumhuriyeti* [BD], No. 59552/08, § 52, AİHM2015).

242. Son olarak, Mahkeme, erişilebilirlik ve öngörülebilirlik gerekliliğinin, ilke olarak, bir tedbirin ancak failin kişisel sorumluluk unsurunun tespit edildiği durumlarda 7. madde anlamında bir ceza olarak kabul edilebileceğini tespit etmiştir. Buna göre, 7. madde, cezalandırma amacıyla, suçu fiziksel olarak işleyen kişinin davranışında bir sorumluluk unsurunun tespit edilebileceği zihinsel bir bağlantının varlığını gerektirmektedir (bkz. *G.I.E.M. S.r.l. ve Diğerleri / İtalya* [BD], No. 1828/06 ve 2 diğerleri, §§ 242 ve 243, 28 Haziran 2018). Bu gereklilik, Sözleşme'ye uygun olmaları koşuluyla, sorumluluk kriterlerinden kaynaklanan belirli objektif sorumluluk biçimlerinin varlığını engellememektedir. Daha spesifik olarak, bir karine, bir bireyin kendisine yöneltilen suçlamalardan kendisini aklamasını imkânsız hale getirme etkisine sahip olmamalıdır (bkz adı geçen karar, § 243).

(b) Genel ilkelerin mevcut davaya uygulanması

243. Mahkeme en başta, Sözleşme'nin 7. maddesi uyarınca, başvuranın kendisine isnat edilen eylemleri gerçekten gerçekleştirip gerçekleştirmediğini - özellikle de reddettiği ByLock uygulamasını gerçekten kullanıp kullanmadığını - tespit etmenin veya bireysel cezai sorumluluğuna karar vermenin kendi görevi olmadığını, bunların öncelikle ulusal mahkemelerin meselesi olduğunu belirtmektedir (bkz. *Streletz, Kessler ve Krenz*, yukarıda

anılan, § 51; *Navalnyye / Rusya* (no. Rusya, No. 101/15, § 58, 17 Ekim 2017; ve *Khodorkovskiy ve Lebedev / Rusya* (no. 2), No. 51111/07 ve 42757/07, § 572, 14 Ocak 2020). Mahkeme'nin görevi daha ziyade, 7. madde açısından, başvuranın mahkûmiyetinin bu hükümde yer alan yasallık ve öngörülebilirlik ilkelerine uygun olup olmadığını değerlendirmektir.

244. Mevcut davada başvuran, silahlı terör örgütüne üye olma suçundan mahkûm edilmiştir. Bu nedenle Mahkeme öncelikle, başvurana atfedilen eylemlerin gerçekleştiği tarihte, bu tür bir suçun iç hukukta açıkça düzenlenmiş olup olmadığını inceleyecektir.

245. Mahkeme, başvuranın mahkûmiyetinin, Ceza Kanunu'nun 314 § 2 maddesine dayandığını ve bu maddenin birinci paragrafında belirtilen suçlardan birini, yani Devletin güvenliğine ve anayasal düzene karşı işlenen suçları işlemek amacıyla kurulan silahlı bir örgüte üye olduğu tespit edilenlerin beş yıldan on yıla kadar hapis cezasına çarptırılmasını öngördüğünü kaydeder (bkz. yukarıdaki 147. paragraf).

246. Ceza Kanunu'nun 314 § 2 maddesi, Terörizmin Önlenmesi Yasası'nda belirtilen terörizm veya terör örgütünün tanımını sağlamamaktadır. Bu Kanunun 1. Bölümü uyarınca, mevcut ifadeyle terörizm, aynı hükümde sayılan amaçlardan herhangi birini gerçekleştirmek üzere baskı, terör, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle cebir ve şiddet kullanılarak işlenen her türlü suç eylemi olarak tanımlanmaktadır (bkz. yukarıdaki 149. paragraf). Aynı Kanunun 3. Bölümü, *diğerlerinin yanı sıra*, Ceza Kanununun 314. Maddesinde belirtilen suçların da terör suçu olduğunu öngörmektedir (bkz. adı geçen yer). Terörizmin Önlenmesi Yasası'nın 7. Bölümü ise, cebir ve şiddet kullanarak, baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemleriyle, 1. Bölümde belirtilen amaçlar doğrultusunda suç işlemek üzere bir terör örgütüne üye olanların, Ceza Kanunu'nun 314. Maddesi uyarınca cezalandırılacağını öngörmektedir (bkz. adı geçen yer).

247. Silahlı terör örgütüne üye olma suçunu düzenleyen yasal çerçeve, hem silahlı terör örgütünün unsurlarına hem de böyle bir örgüte üye olma suçuna daha fazla açıklık getiren Yargıtay içtihadıyla tamamlanmaktadır (bkz. yukarıdaki 161. paragraf). Yargıtay, Ceza Kanunu'nun 314 § 2 maddesinde belirtilen suçun amaçları doğrultusunda, "örgütün" soyut bir topluluk değil, hiyerarşik bir yapıya dayanan bir örgüt olduğunu belirtmiştir. Örgütün varlığını tespit ederken, Ceza Kanunu'nun 220. Maddesi uyarınca, amaçlanan suçu işlemesini sağlamak için yeterli üyeye, araç ve gerece sahip olup olmadığı değerlendirilmelidir. Özellikle, örgütün amaçlarını gerçekleştirmek için yeterli miktarda silaha veya bu tür silahlara erişim araçlarına sahip olup olmadığı doğrulanmalıdır.

248. Yargıtay ayrıca, silahlı terör örgütü üyeliğinden mahkûmiyetin ancak 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 halinde söz konusu olabileceğini açıklığa kavuşturmuştur (bkz. yukarıdaki 184. paragraf). Ayrıca, suçun zihinsel unsurunu "doğrudan kasıt ve suç işleme amacı veya hedefi" olarak belirlemiştir. Bu nedenle, bir örgüte katılan bir kişinin, örgütün suç işleyen veya suç işlemeyi amaçlayan bir örgüt olduğunu bilmesi (a.g.e.) ve bu amacın gerçekleştirilmesi için özel bir niyete sahip olması gerekmektedir (bkz. yukarıdaki 83. paragraf). Silahlı terör örgütüne üye olma suçunun oluşması için örgütün faaliyetleriyle bağlantılı olarak ve örgütün amaçlarını gerçekleştirmek için fiili bir suçun işlenmesi gerekmez de, bireyin yine de örgütün fiili varlığına veya güçlenmesine maddi veya manevi somut bir katkıda bulunmuş olması gerekir (bkz. yukarıdaki 184. paragraf).

249. Yukarıda açıklanan yasal hükümleri ve bunların ulusal mahkemeler tarafından yorumlanmasını göz önünde bulunduran Mahkeme, başvuranın mahkum edildiği suçun, Sözleşme'nin 7. maddesi kapsamındaki yasallık ilkesine uygun olarak, Türk hukuku kapsamında kodifiye edildiği ve tanımlandığı kanaatindedir. Ceza Kanunu'nun 314 § 2 maddesi, özellikle Terörle Mücadele Kanunu ve Yargıtay içtihadı ile birlikte okunduğunda, ilke olarak, bir bireyin, gerektiğinde uygun hukuki tavsiye ile, hangi eylem ve ihmallerin kendisini cezai olarak sorumlu kılacağını bilmesini sağlamak için yeterli hassasiyetle formüle edilmiştir.

250. Başvuran yine de, temel olarak iki nedenden ötürü, mahkûmiyetinin Sözleşme'nin 7. maddesiyle uyumlu olmadığını ileri sürmüştür. Başvuran, kendisine atfedilen eylemlerin gerçekleştiği tarihte FETÖ/PDY'nin "silahlı terör örgütü" olarak tanınmadığını iddia etmiştir. Ayrıca, ilgili kanunların kapsamlı bir şekilde yorumlanmasının ardından yasal eylemlere dayanılarak mahkûm edildiğini savunmuştur. İç hukukta tanımlandığı şekliyle silahlı terör örgütüne üye olma suçunun kurucu unsurlarının varlığı, özellikle de zihinsel unsur, davasında usulüne uygun olarak ortaya konmamıştır. Mahkeme bu iddiaları sırasıyla ele alacaktır.

(i) *FETÖ/PDY'nin başvurana atfedilen eylemler sırasında bir terör örgütü olarak kabul edilip edilmediği*

251. İç hukuk kararlarına ve Hükümet'in gözlemlerine göre, Türk hukuku uyarınca, bir yapının resmi olarak "terör örgütü" olarak tanımlanması, mahkemeler tarafından verilecek bir karara bağlıdır (bkz. sırasıyla yukarıdaki 163 ve 227. paragraflar). Bu bağlamda, Erzincan Ağır Ceza Mahkemesi (ilk derece) 16 Haziran 2016 tarihinde - yani darbe girişiminden bir ay önce bu örgütü terörist olarak ilan ederken (bkz. yukarıdaki 52. paragraf), bu yöndeki ilk nihai karar Samsun Bölge Adliye Mahkemesi tarafından 7 Mart 2017 tarihinde verilmiştir (bkz. yukarıdaki 60. paragraflar). Yargıtay'ın bu konudaki ilk kararları 24 Nisan ve 26 Eylül 2017 tarihlerinde verilmiştir (bkz. yukarıdaki 155 ve 156. paragraflar). Bu kararlardan önce Milli Güvenlik Kurulu'nun ya da diğer kamu makamlarının söz konusu örgütün terörist niteliğine ilişkin değerlendirmeleri, olgusal açıdan kesinlikle önemli olmakla birlikte, *stricto sensu* olarak yasal bir güce sahip değildi (bkz. Milli Güvenlik

Kurulu'nun basın açıklamaları 108-113 paragraflarda yukarıda belirtilmiştir, özellikle de FETÖ/PDY'den ilk kez açıkça bir terör örgütü olarak bahsettiği 26 Mayıs 2016 tarihli açıklama).

252. Başvuran, mahkûmiyetine dayanak teşkil eden eylemlerin yukarıdaki mahkeme kararlarından önce gerçekleştiğini savunmaktadır ve Hükümet de buna itiraz etmemektedir. Bu bağlamda, ulusal mahkemeler tarafından temel alınan çeşitli ByLock raporları, başvuranın ByLock uygulamasına 3 ve 23 Ekim 2015 tarihleri arasında bağlandığını ve uygulamanın 2016 yılının başlarında kaldırıldığını göstermektedir. Ayrıca, başvuranın Bank Asya'daki şüpheli olduğu iddia edilen hesap hareketleri esas olarak 28 Şubat 2014 ve 31 Aralık 2014 tarihleri arasında gerçekleşmiştir. 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.

253. Bu nedenle Mahkeme, FETÖ/PDY'nin, başvuranın kendisine karşı düzenlenen çeşitli eylemleri gerçekleştirdiği sırada, iç hukukta öngörüldüğü şekilde, henüz silahlı bir terör örgütü olarak tanımlanmadığını kabul etmektedir. Ancak bu durumun, başvuranın mahkumiyetini Sözleşme'nin 7. maddesiyle bağdaşmaz hale getirmek için yeterli olmadığını düşünmektedir. Bunun temel nedeni, yukarıda atıfta bulunulan ulusal mahkemelerin ilgili kararlarından da görülebileceği üzere, bir terör örgütünün yasal olarak tanımlanmasına ilişkin Türk hukukundaki kuralın, örgütün kurucularının veya üyelerinin, "bilerek ve isteyerek" hareket ettikleri ölçüde, bu tanımlamadan önce gerçekleştirdikleri eylemler için cezai sorumluluğunu engelleme etkisine sahip olmamasıdır (bkz. yukarıdaki 84, 163, 165 ve 187. paragraflar). Hükümet tarafından belirtildiği üzere, bu durum *Parmak ve Bakır* davalarında Mahkeme tarafından zaten kabul edilmiştir (yukarıda anılan, § 71). Ayrıca, Hükümet tarafından 228. paragrafta ileri sürülen argümanlar da dikkate alındığında Mahkeme, F. Gülen'in silahlı terör örgütü kurma suçlamasından daha önce beraat etmesinin, daha sonraki gelişmeler temelinde FETÖ/PDY'nin niteliğine ilişkin daha sonra farklı bir karar verilmesi olasılığını *kendiliğinden ortadan kaldırmadığını* kabul edebilir.

254. Bu nedenle Mahkeme, mevcut davanın amaçları bakımından ilgili sorunun, başvurana atfedilen eylemler sırasında FETÖ/PDY'nin bir terör örgütü olarak yasaklanıp yasaklanması meselesi olmadığını düşünmektedir. Başvuranın silahlı terör örgütü üyeliğinden mahkûmiyetinin, özellikle Ceza Kanunu'nun 314 § 2 maddesinde, Terörle Mücadele Kanunu'nda ve Yargıtay'ın ilgili içtihadında yer aldığı şekliyle suçun maddi ve manevi unsurlarının toplamı bakımından, iç hukukun gereklilikleri göz önünde bulundurulduğunda yeterince öngörülebilir olup olmadığıdır.

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

255. Mahkeme, ulusal mevzuatın yorumlanması veya olayların değerlendirilmesi ve hukuki sınıflandırılması konusunda kendisini ulusal mahkemelerin yerine koymanın görevi olmadığını yineler (bkz. *Kononov*, yukarıda anılan, § 198, ve *Rohlena*, yukarıda anılan, § 51). Bununla birlikte, Sözleşme'nin 7. maddesi kapsamındaki denetim işlevini yerine getirirken, ulusal mahkemeler tarafından varılan sonuçlara yalnızca 7. maddenin amacı ve hedefiyle uyumlu oldukları ölçüde itibar edeceğini vurgulamaktadır. 241. paragrafta belirtildiği üzere, mevcut bağlamda 7. madde gibi Sözleşme'deki bir hakkın kendisi, mahkumiyet ve ceza için yeterince açık ve öngörülebilir bir yasal dayanak olmasını gerektirdiğinde, Mahkeme'nin inceleme yetkisi zorunlu olarak daha fazladır.

256. Bu ilkenin doğal bir uzantısı olarak, bir suçun iç hukukta açıkça düzenlenmiş olması 7. maddenin amaçları bakımından yeterli değildir. ulusal mahkemelerin ilgili kanuna uymaması veya belirli bir davada bu kanunu makul olmayan bir şekilde yorumlaması ve uygulaması, kendi başına Sözleşme'nin 7. maddesinin ihlaline yol açabilir (bkz. *Del Río Prada*, yukarıda anılan, § 93; *Khodorkovskiy ve Lebedev / Rusya*, No. 11082/06 ve 13772/05, § 781, 25 Temmuz 2013; *Žaja / Hırvatistan*, No. 37462/09, §§ 91 ve 92, 4 Ekim 2016; ve *Pantaloni/Hırvatistan*, No. 2953/14, § 48, 19 Kasım 2020, hepsi diğer referanslarla birlikte). Mahkeme, cezai suçların kanunla kesin bir şekilde tanımlanması gerekliliğinin, ulusal mahkemelerin kanunu yorumlama ve bir davanın özel olaylarına uygulama konusunda kanunun etrafından dolanması durumunda engelleneceği kanaatinde.

257. Başvuranın FETÖ/PDY üyeliğinden mahkûmiyetine dönecek olursak, Mahkeme bunun ByLock mesajlaşma uygulamasını kullandığı iddiasından kaynaklandığını kaydeder. ulusal mahkemeler ve Hükümet tarafından alınan pozisyon, ByLock kullanımının tespitinin mahkumiyet için tek başına yeterli olduğu yönündedir (bkz. yukarıdaki 87, 88, 160, 165, 181, 188, 232 ve 233. paragraflar). Ayrıca, başvurana atfedilen diğer eylemlerin - yani Bank Asya'da bir hesap kullanması ve bir sendika ve bir derneğe üye olması - yalnızca bir doğrulama kaynağı olarak hizmet ettiğine itiraz edilmemektedir. Hükümet, bu bağlamda, kalan eylemlerin FETÖ/PDY üyeliğini kanıtlamak için tek başına yeterli olmayacağını, ancak diğer "önemli" kanıtları desteklemek için kullanılabileceğini açıkça teyit etmiştir (bkz. yukarıdaki 236. paragraf).

258. Ulusal mahkemeler tarafından ve Hükümetin görüşlerinde, ByLock kullanımının silahlı terör örgütüne üye olma suçunun *fiili unsuru* olarak görülmediği, yani ByLock kullanımının suç olarak kabul edilmediği ve yaptırımı tabi tutulmadığı, ancak sadece suçluluğun tespiti için delil olarak kullanıldığı vurgulanmıştır (bkz. 188. paragrafta atıfta bulunulan *Adnan Şen* davasına ilişkin Anayasa Mahkemesi kararı). Yukarıdaki 233. paragrafta yer alan Hükümet'in bu yöndeki açıklamasına da bakınız). Bununla birlikte,

ByLock uygulamasını kullanmış olmanın tek başına, paylaşılan mesajların içeriğine veya paylaşımında bulunulan kişilerin kimliğine bakılmaksızın, iç hukukta tanımlandığı şekliyle silahlı terör örgütüne üyelik suçunun tüm kurucu unsurlarının varlığının kesin kanıtı olarak hizmet edeceği de açıkça belirtilmiştir (bkz. yukarıdaki 160 ve 188. paragraflar).

259. Hükümet, örgütle hiçbir bağlantısı olmayan bir kişinin ByLock uygulamasını indirip kullanmasının mümkün olmadığını savunmuştur (bkz. 232 yukarıda; ayrıca bkz. 117. paragrafta belirtilen KOM raporundaki gözlemler). Mahkeme, ByLock uygulaması ile FETÖ/PDY arasındaki bağlantıyı göstermek için ulusal makamlar ve mahkemeler tarafından üretilen çok sayıda materyali dikkate almaktadır. Bu bağlamda, özellikle uygulamanın bazı kullanıcılarının profiline ilişkin bulguları, şifresi çözülen iletişimlerin içeriğini, FETÖ/PDY ile ilgili diğer soruşturmalarda şüpheliler tarafından verilen ve uygulamanın örgüt içinde kullanıldığını doğrulayan ifadeleri ve uygulamanın lisans sahibinin, geriye dönük olarak, FETÖ/PDY'nin kullanımı için geliştirildiğini belirten ifadelerini not etmektedir (bkz. sırasıyla yukarıdaki 115, 117, 159, 176 ve 139. paragraflar). Buna göre, açık kaynaklardan indirilebilmesine ve benzersiz olduğu iddia edilen özelliklerinin aslında yaygın olarak bulunan bazı uygulamalar tarafından paylaşılmasına rağmen (bkz. yukarıdaki 225. paragraf), ByLock'un sıradan bir ticari mesajlaşma uygulaması olmadığını ve kullanımının *prima facie-ilk bakışta* Gülen hareketi ile bir tür bağlantıya işaret edebileceğini belirtmiştir.

260. Bununla birlikte Mahkeme, söz konusu Ceza Kanunu'nun 314 § 2 maddesi uyarınca cezalandırılan fiilin, iddia edildiği gibi sadece bir suç şebekesiyle bağlantı değil, yukarıdaki 245-248. paragraflarda ayrıntılı olarak belirtildiği ve Anayasa Mahkemesi'nin Adnan Şen davasındaki kararında teyit edildiği üzere, kanunda belirtilen kurucu - nesnel ve öznel - unsurlar temelinde tespit edildiği ölçüde, silahlı bir terör örgütüne üyelik olduğunu da kaydeder (bkz. yukarıdaki 184-187. paragraflar). Buna göre, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi tarafından da belirtildiği üzere (bkz. yukarıdaki 83. paragraf), yalnızca bir terör örgütü içindeki konumları, bu örgütün "üyesi" olarak değerlendirmelerini gerektirecek bir düzeye ulaşmış olan kişiler, 314 § 2 maddesi uyarınca mahkum edilebilir. Bu nedenle, ilgili kurucu unsurların ve özellikle de subjektif veya zihinsel 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. *Korbely*, yukarıda anılan, §§ 84 ve 85, ve *Navalnyye*, yukarıda anılan, §§ 59- 69).

261. Bu bağlamda, Hükümet, 2013 sonundan itibaren FETÖ/PDY'nin suç faaliyetlerini ve nihai amacını ortaya çıkaran gelişmeleri özellikle dikkate

olarak, başvuran da dahil olmak üzere ByLock kullanıcılarının, ByLock'un 2014 başlarında faaliyete geçtiği göz önüne alındığında, örgütün yasadışı amaçlarının farkında olacak bir konumda olduklarını açıklamıştır (bkz. yukarıdaki 88, 163, 172, 229 ve 231. paragraflar). Dahası, bu amaçlara ulaşılmasını istemişler ve bu amaçla örgütsel faaliyetlere katılmışlar ve örgüt içi iletişimin gizliliğini sağlamak için ByLock kullanmışlardır (bkz. yukarıdaki 232. paragraf). Ulusal mahkemeler, örgüt tarafından üyelerinin özel kullanımı için geliştirildiğini tespit ettikleri bu uygulamayı indiren ve tüm teknik zorluklara rağmen kullanan bir kişinin, örgütün iradesine tam olarak boyun eğdiğini ve hiyerarşisine teslim olduğunu gösterdiğini düşünmüşlerdir. Hükümet, bu arka plan karşısında, başvuranın durumunda suçun zihinsel unsurunun gerçekleştiğini ve gerekli kastın bulunmadığı iddiasıyla Ceza Kanunu'nun 30. maddesindeki "hata" hükmüne başvuramayacağını ileri sürmüştür (bkz. adı geçen yer; ayrıca bkz. yukarıdaki 163, 187 ve 188. paragraflarda yer alan Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki tespitleri).

262. Mahkeme, yukarıda belirtilenlerden, ulusal mahkemelerin başvuranın sendika ve dernek üyeliğine ve Bank Asya'daki hesabına atıfta bulunmasına rağmen (bkz. yukarıdaki 68. ve 70. paragraflar), ilgili suçun tüm kurucu unsurlarının, başvuranın ByLock kullandığı iddiasıyla ortaya çıktığının düşünüldüğünü ve bunun silahlı terör örgütü üyeliğini ve özellikle de kişisel cezai sorumluluğunun tesis edilmesini sağlayan gerekli zihinsel bağı kurmak 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 Mahkeme, ByLock kullanımına ilişkin bulgunun, delil değerinin ötesinde, suçun maddi ve manevi unsurlarının varlığına ilişkin bireyselleştirilmiş bir bulgunun yerini aldığı ve böylece Ceza Kanunu'nun 314 § 2 maddesinin gerekliliklerini - Yargıtay tarafından yorumlandığı şekliyle - kanunilik ilkesine aykırı olarak atladığı ve konuyu 7. maddenin alanına soktuğu kanaatindedir.

263. Mahkeme bu bağlamda, ilgili ulusal mahkeme kararlarında, ByLock kullanımının, bu kullanımın gerçekte neyi gerektirdiğine bakılmaksızın, 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 ilişkin anlamlı bir açıklama bulunmadığına işaret etmektedir 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 başka herhangi bir somut maddi veya zihinsel katkıda bulunmadığına işaret etmektedir.

264. 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 (gerekli kasıt dahil) yerine getirildiğini tespit etmeden, bu uygulamanın kullanıcılarına etkili bir şekilde cezai sorumluluk yüklemektedir. Mahkeme'ye göre bu durum, süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluğa dayalı organik bir bağın kanıtlanmasını (bkz. yukarıdaki 184. paragraf) ve çok özel bir zihinsel unsurun varlığını gerektiren söz konusu suçun özünüyle bağdaşmamakla kalmayıp, aynı zamanda Sözleşme'nin 7. maddesi uyarınca bir bireyin, kişisel sorumluluk unsurunun tesis edilebileceği zihinsel bir bağ olmaksızın cezalandırılmama hakkıyla da bağdaşmamaktadır (bkz. *G.I.E.M. S.r.l. ve Diğerleri*, yukarıda anılan, §§ 242 ve 244).

265. 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 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. Hükümet tarafından da belirtildiği üzere (bkz. 232 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 *sui generis* niteliğine ilişkin argümanları da not etmektedir (bkz. yukarıdaki 162 ve 230. paragraflar). 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.

266. 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 (bkz. yukarıdaki 41, 52, 162, 163 ve 187. paragraflar; ayrıca bkz. yukarıdaki 198. paragrafta belirtilen İnsan Hakları Komiseri'nin Bildirimi). 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" haline getiren amaç ve yöntemlerin mutlaka farkında olmadıklarını ve ilke olarak Ceza Kanunu'nun 30. maddesinde öngörülen hata hükmünden yararlanabileceklerini kaydetmiştir (bkz. yukarıdaki 162 ve 163. paragraflar). 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 (paragrafta belirtildiği gibi yukarıdaki 176. paragraf), kullanım zamanla "alt kademelerdekilere" yayılmış ve bir noktada "Cemaat" genelinde kullanılmaya başlanmıştır (a.g.e.; ayrıca bkz. 18 yukarıda "Cemaat" kelimesinin anlamı konusunda). Bu koşullar altında ve ulusal mahkemeler tarafından yeterli açıklama yapılmadığı takdirde, başvuran 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 (ayrıca, bu doğrultuda, BM Keyfi Gözaltı Çalışma Grubu'nun -UNWGAD- yukarıda 196. paragrafta belirtilen gözlemlerine de bakınız; ayrıca bkz. yukarıdaki 203. paragrafta belirtilen Avrupa Konseyi Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi Ek Protokolüne ilişkin Açıklayıcı Rapor - mevcut davada dikkate alınan tüm ilgili iç hukuk kararlarının verildiği tarihte Türkiye bakımından yürürlükte olmayan - Ek Protokol'ün 2. maddesinde öngörülen "terörizm amacıyla bir dernek veya gruba katılma" suçuna benzer suçla ilgili olarak "niyet" ve "terör amacı" unsurlarının önemini vurgulandığı yer).

267. Yukarıda belirtilenleri göz önünde bulunduran Mahkeme, başvuranın silahlı terör örgütüne üye olma suçundan mahkumiyetinin, iç hukukun gerekliliklerine ve 7. madde kapsamındaki korumanın özünde yer alan yasallık ve öngörülebilirlik ilkelerine aykırı olarak, söz konusu suçun tüm kurucu unsurlarının varlığı bireyselleştirilmiş bir şekilde usulüne uygun olarak tespit edilmeden sağlandığını tespit etmekten başka bir şey yapamaz. Bu bağlamda, ByLock kullanımının teknik olarak isnat edilen suçun *fili unsurunun bir parçası* olmamasına rağmen, ulusal mahkemelerin yorumunun uygulamada sadece ByLock kullanımını bilerek ve isteyerek silahlı bir terör örgütüne üye olmakla eşdeğer tutma etkisi yarattığına dikkat çeker.

268. Mahkeme, 7. madde kapsamındaki bu tespitin, ByLock delilinin, başvuranın suçluluğunun gerekli ispat standardına uygun olarak tespit edilmesiyle ilgisi olmadığını vurgulamaktadır. Buradaki mesele, daha ziyade, ByLock kullanımına ilişkin olgusal bulgunun tek başına silahlı terör örgütüne üyelik suçunun kurucu unsurlarını oluşturduğunun düşünülmesidir. Ayrıca, ulusal mahkeme kararlarından ve Hükümet'in görüşlerinden, başvurana atfedilen diğer eylemlerin sonuç üzerinde çok sınırlı bir etkisi olduğu açıktır (bkz. yukarıdaki 257. paragraf). Ceza Kanunu'nun 314 § 2 maddesi ve Terörle Mücadele Kanunu hükümlerinin nasıl uygulanması gerektiğine ilişkin bu öngörülemeyen ve geniş yorumun etkisi, yalnızca ByLock kullanımına dayalı neredeyse otomatik bir suç karinesi oluşturmak ve başvuranın kendisini suçlamalardan aklamasını neredeyse imkansız hale getirmek olmuştur (bkz. *G.I.E.M. S.r.l. ve Diğerleri*, yukarıda anılan, § 243, diğer referanslarla birlikte). Hiç kimsenin keyfi kovuşturmaya, mahkûmiyete veya cezalandırmaya maruz kalmamasını sağlamayı amaçlayan 7. Maddenin amaç

ve hedefinden, suçun olgusal temeli ne olursa olsun, hukuki kesinliğe ilişkin maddi güvencelerin karşılanması gerektiği sonucu çıkmaktadır.

(c) Sonuç

269. Mahkeme, terörle mücadele ile ilgili zorlukların ve terör suçlarının işlenmesinde kullanılan değişen yöntem ve taktikler ışığında Devletlerin karşılaştığı zorlukların son derece farkındadır (bkz. *Parmak ve Bakır*, yukarıda anılan, § 77). Ayrıca, Mahkeme, ulusal makamlara ve mahkemelere göre amaçlarını geleneksel terör yöntemlerinden ziyade gizli bir şekilde gerçekleştiren bu örgütün atipik yapısını göz önünde bulundurarak, Türk makamlarının ve mahkemelerinin FETÖ/PDY'ye karşı yürüttükleri çabalar bağlamında karşılaştıkları benzersiz zorlukları zaten kabul etmiştir. Mahkeme bu bağlamda, bir dizi davada yaptığı ve mevcut davada da onayladığı tespitleri yineler (bkz. yukarıdaki 213. paragraf), Türkiye'deki askeri darbe girişiminin Sözleşme anlamında "ulusun yaşamını tehdit eden kamusal bir acil durumun" varlığını ortaya koyduğunu belirtmiştir (bkz. örneğin, *Mehmet Hasan Altan*, yukarıda anılan, § 93, ve *Baş/Türkiye*, No. 66448/17, § 115, 3 Mart 2020). Bu nedenle, yetkililerin ve mahkemelerin darbe girişimi sonrasında mücadele etmek zorunda kaldıkları durumun aciliyeti ve ciddiyeti kabul edilmektedir.

270. Bununla birlikte, bu hususların hiçbirinin, hukukun üstünlüğü ilkesinin özünde yer alan ve sınırlandırılmaz bir hak olan Sözleşme'nin 7. maddesinde yer alan temel güvencelerin, ulusun yaşamını tehdit eden koşullarda işlendiği iddia edilse bile, terör suçlarının kovuşturulması ve cezalandırılması söz konusu olduğunda daha az katı bir şekilde uygulanabileceği anlamına gelmediği de vurgulanmalıdır. Sözleşme, en zor koşullar da dahil olmak üzere, 7. Madde güvencelerine riayet edilmesini gerektirmektedir.

271. Mahkeme, *nullum crimen, nulla poena sine lege* ilkesi çerçevesinde, terörizm ve geleneksel olmayan terör örgütlerinin gelişen tehditleriyle etkili bir şekilde mücadele edebilmek için terörizm yasalarını uyarılmanın devletlerin görevi olduğunu düşünmektedir. Türk hukukunda silahlı terör örgütüne üye olma suçu, o dönemde ve halen özel kastla işlenen bir suçtur. Bu nedenle, bazı spesifik *sübjektif* unsurların varlığı olmazsa olmaz bir *koşuldur*. Buna rağmen, ulusal mahkemeler tarafından, Ceza Kanunu ve Terörle Mücadele Kanunu'nun 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 yüklemiştir. Mahkeme, ulusal mahkemeler tarafından kanunun bu şekilde geniş ve öngörülemez bir şekilde yorumlanmasının, suçun kurucu unsurlarını - özellikle de zihinsel unsurları - bir kenara bırakma ve bu suçu katı bir sorumluluk suçuna benzetme ve böylece iç hukukta açıkça belirtilen

gerekliliklerden ayrılma etkisi yarattığı görüşündedir. Dolayısıyla, suçun kapsamı, 7. maddenin amaç ve hedefine aykırı olarak, öngörülemeyen bir şekilde başvuranın aleyhine genişletilmiştir.

272. Mahkeme, yukarıda belirtilenler ışığında, Sözleşme'nin 7. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

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

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

274. Sözleşme'nin 6 § 1 maddesinin ilgili kısımları aşağıdaki gibidir:

"Herkes, kendisine yöneltilen herhangi bir suç isnadının ... karara bağlanmasında, ... yasayla kurulmuş bir mahkeme tarafından ... adil bir ... duruşma yapılmasını isteme hakkına sahiptir. ..."

A. Kabul Edilebilirlik

1. Tarafların sunumları

275. Hükümet, başvuranın Mahkeme veya yetkili ulusal mahkemeler önünde, (i) MİT tarafından elde edilen ByLock verilerinin adli makamlara sunulmasından önceki dönemde bütünlüğünü ve gerçekliğini koruyacak güvencelerin eksikliğinden; (ii) ByLock verilerinin bağımsız bilirkişi incelemesine sunulması talebinin reddedilmesinden; ve (iii) kendisine yöneltilen iddiaları çürütme imkanının bulunmamasından şikâyetçi olmadığını iddia etmiştir. Hükümet, bu doğrultuda, Mahkeme'nin bu konuları incelemekten kaçınmasını veya iç hukuk yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemez ilan etmesini talep etmiştir.

276. Başvuran, başlangıçta, Mahkeme önündeki davanın bir birey tarafından şikâyet edilen olaylarla sınırlı olduğunu, ancak Mahkeme'nin kendisini başvuru formunda kullanılan kelime ve ifadelerle sınırlamasının savunulamaz olduğunu belirtmiştir. Başvurana göre, Mahkeme'ye sunulan

her türlü şikâyet, en azından özü itibariyle, incelenmelidir. Başvuran ayrıca, her halükarda ve Hükümet'in iddialarının aksine, başvuru formunda, ulusal mahkemelerin ByLock verilerinin gerçekliğini ve bütünlüğünü sorgulamadıklarından ve verileri bağımsız bir incelemeye tabi tutmadan, bağımsız ve tarafsız olmayan kamu kurumları tarafından üretilen belgelere güvenmekle yetindiklerinden açıkça şikâyetçi olduğunu ileri sürmüştür. Ayrıca, başvuru formunda, ByLock verilerinin incelemesine sunulmadığını ve bu nedenle, silahların eşitliği ilkesini ihlal ederek, bu verilere ilişkin karşı-argümanlarını üretme imkânına sahip olmadığı bir konuma getirildiğini açıkça belirtmiştir. Sonuç olarak, Hükümet'in, kendisine yöneltilen iddiaları çürütemediği için Mahkeme önünde şikâyette bulunmadığı yönündeki iddiası- temelsizdir.

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

2. Mahkeme'nin değerlendirmesi

278. Mahkeme, başlangıçta, bir başvuruyu inceleme yetkisi ve bunun sınırlarına ilişkin olarak *Radomilja ve Diğerleri / Hırvatistan* ([BD], no. 37685/10 ve 22768/12, §§ 123-26, 20 Mart 2018) davasındaki tespitlerine atıfta bulunmakta ve Mahkeme önündeki bir davanın kapsamının başvuran tarafından sunulan olaylarla sınırlı olduğunu yinelemektedir.

279. Bu bağlamda, Hükümet'in de inkar etmediği üzere, başvuranın Mahkeme önünde ByLock verilerinin MİT tarafından CMK'da elektronik delillerin toplanması için öngörülen usuli güvenceler dışında hukuka aykırı olarak elde edildiğinden şikâyetçi olduğu kaydedilmiştir. İlgili verilerin, çekişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerine aykırı olarak kendisi veya avukatıyla paylaşılmadığını ve ulusal mahkemelerin, verileri başka bir incelemeye tabi tutmaksızın, bağımsızlık ve tarafsızlık güvencelerinden yararlanmayan çeşitli kamu kurumları tarafından hazırlanan raporlara dayandığını belirtmiştir.

280. Bu şikâyetler, başvuran tarafından sunulan olayların arka planında incelendiğinde, başvuranın esasen MİT tarafından temin edilen ByLock verilerinin bütünlüğünü, bu verilerin bağımsız incelemeye sunulmamasını veya bu verilerin ifşa edilmemesi nedeniyle potansiyel olarak aklayıcı materyallere erişim eksikliğini sorgulamadığı makul bir şekilde iddia edilemez. Bu bağlamda, başvuranlardan, ne ulusal mahkemeler önünde ne de Mahkeme önünde, şikâyetlerini, Mahkeme'nin ilgili Sözleşme meselelerine yaklaşımını yansıtan belirli bir terminoloji veya belirli bir hukuki muhakeme çizgisi kullanarak sunmalarının beklenmediği ve bir şikâyetin özü itibariyle dile getirilmesinin yeterli olduğu vurgulanmaktadır (bkz. *Radomilja ve Diğerleri*, yukarıda anılan, §§ 116 ve 117). Buna göre, Mahkeme, bu

hususları değerlendirmesinin davanın kapsamı dışında karar vermekle eşdeğer olacağını düşünmemektedir. Bu durum özellikle, Hükümet'in iddialarının aksine, söz konusu meselelerin başvuran tarafından Anayasa Mahkemesi de dahil olmak üzere ulusal makamlar önünde de dile getirildiği dikkate alındığında geçerlidir (bkz. yukarıdaki 73, 75, 92, 93, 97 ve 100. paragraflar) ve ayrıca Mahkeme'ye sunduğu görüşlerinde ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Bu bağlamda, başvuranların Sözleşme yargılamaları sırasında ilk beyanlarını açıklığa kavuşturmalarının veya detaylandırmalarının engellenmediği hatırlatılmaktadır (bkz. *Radomilja ve Diğerleri*, yukarıda anılan, § 122).

281. Buna göre Mahkeme, Hükümet'in yukarıdaki 275. paragrafta belirtilen ön itirazlarını reddetmektedir. Mahkeme ayrıca, başvuranın bu başlık altındaki şikâyetlerinin, Sözleşme'nin 35 § 3 maddesi anlamında açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve başka herhangi bir gerekçeyle kabul edilemez olmadığı kanaatinde. Bu nedenle, kabul edilebilir bulunmalıdırlar.

B. Esas

1. Tarafların sunumları

(a) Başvuru Sahibinin Sunumları

282. Başvuran, ByLock kullanımına ilişkin verilerin MİT tarafından hukuka aykırı bir şekilde toplandığını ve bu nedenle, hukuka aykırı delillerin kullanılmasının iç hukukta yasaklanmış olması nedeniyle, kendisini mahkûm etmek için delil olarak kullanılmayacağını savunmuştur. İstihbarat Hizmetleri Kanunu'nun ek 1. maddesine göre (bkz. yukarıdaki 145. paragraf), istihbarat faaliyetlerinin bir parçası olarak toplanan bilgiler, davasında söz konusu olmayan bazı özel suçlar hariç olmak üzere, adli makamlar tarafından ceza yargılamalarında delil olarak kullanılmak üzere talep edilemez. Ayrıca, aynı Kanun'un 6 (2) maddesine göre (bkz. yukarıdaki 144. paragraf), MİT'in telekomünikasyon ağları üzerinden iletişimi dinlemesi için önceden bir mahkeme kararı gerekliydi ve bu karar MİT ByLock verilerini ele geçirmeden önce alınmamıştı. ulusal mahkemeler, MİT'in hukuka uygun hareket ettiğine karar verirken, hatalı bir şekilde MİT'in 6. bölümün ilk paragrafında çok geniş terimlerle ifade edilen yetkilerine dayanmış, ikinci paragraftaki gereklilikleri göz ardı etmiş ve ek bölüm 1'deki kurala neden uyulmadığını yeterince açıklamamışlardır.

283. Başvuran ayrıca, ByLock verilerinin ceza yargılamasında yasal delil olarak kullanılmasını kabul ederken, ulusal mahkemelerin - Yargıtay'ın dönüm noktası niteliğindeki kararları başta olmak üzere - bu verilerin adli amaçlarla incelenmesine ve kullanılmasına Ankara Dördüncü Sulh Ceza Mahkemesi tarafından 9 Aralık 2016 tarihinde CMK'nın 134. maddesine dayanılarak verilen kararlar izin verildiği gerçeğine dayandıklarını

kaydetmiştir. Başvuran, bu bulgunun bir dizi nedenden dolayı sorunlu olduğunu düşünmektedir. Özellikle, ulusal mahkemelerin gerekçelerinin aksine, ByLock delillerinin adli amaçlarla analiz edilmesi ve kullanılmasının Ankara Dördüncü Sulh Ceza Mahkemesi'nin 9 Aralık 2016 tarihli kararından önce gerçekleştiğini, 9 Eylül 2016 tarihinde ByLock kullanması nedeniyle FETÖ/PDY üyeliğinden tutuklu yargılandığını iddia etmiştir. Türkiye genelinde ByLock kullanımıyla ilgili olarak başlatılan diğer yargılamalardan da benzer örnekler veren başvuru, ByLock kullanıcılarının herhangi bir yargı kararından çok önce MİT tarafından toplanan ham veriler temelinde tespit edildiğini iddia etmiştir. Başvurucuya göre bu, dijital verilerin incelenmesinin ve bunu takip eden diğer önlemlerin herhangi bir yargı kararı olmaksızın istihbarat faaliyetleri kapsamında gerçekleştirildiği anlamına gelmektedir. Bu durum, tam da istismara karşı koruma sağlamak ve ele geçirilen verilerin bütünlüğünü ve güvenilirliğini temin etmek amacıyla iç hukukta öngörülen usuli güvencelerin açıkça göz ardı edilmesi anlamına geliyordu. Buna rağmen, ulusal mahkemeler ana delillerin kabul edilebilirliğini ve hukuka uygunluğunu yeterli incelemeye tabi tutmamıştır.

284. Başvurana göre, ByLock verilerinin toplanması ve işlenmesine ilişkin adli denetimin yokluğu, bu verileri değiştirilmeye karşı savunmasız bırakmış ve bunların gerçekliğini ve bütünlüğünü doğrulamayı imkansız hale getirmiştir. Bu eksiklik, MİT'in verilerin doğrulanabilir bir şekilde bütünlüğünü sağlamak için attığı adımları açıklamamış olmasıyla daha da artmıştır. Bu koşullar altında, ByLock verileri ne güvenilir ne de kesin olarak kabul edilebilir. Başvuran, bu bağlamda, MİT tarafından hazırlanan farklı kullanıcı listeleri arasında ve ayrıca indirme sayısı ile kullanıcı olarak tanımlanan kişilerin sayısı arasında iddia edilen tutarsızlıklara işaret etmiştir.

285. Başvuran, Ankara Bölge İstinaf Mahkemesi'nin ByLock verilerinin doğruluğunu teyit etmek için dayandığı CGNAT verileri ve HTS kayıtlarının da benzer şekilde hukuka aykırı ve güvenilmez olduğunu eklemiştir. İlgili yasal çerçeve kapsamında internet trafik verilerinin en fazla bir yıl süreyle saklanabilmesine karşın, BTK tarafından istinaf mahkemesine sunulan CGNAT verileri ve HTS kayıtlarının bir yıldan daha eski bilgileri içerdiğini ileri sürmüştür. Güvenilirlik konusuna gelince, başvuran ilk olarak IP temelli isnat zorluklarına atıfta bulunmuş, aynı IP adresinin aynı anda birden fazla kişi tarafından kullanılabileceğini iddia etmiş ve ayrıca bir bilirkişi raporuna dayanarak (bkz. 131 yukarıda), CGNAT verilerinin genel olarak belirli bir hedef IP adresi ile belirli bir kişi tarafından bağlantı kurulduğuna dair güvenilir göstergeler olmadığını belirtmiştir. Aynı uzman ayrıca, dava dosyasındaki CGNAT verilerinin ve HTS kayıtlarının, ByLock sunucusuna kasıtlı olarak bağlandığını kesin olarak göstermediğini belirtmiştir. Başvuran ayrıca, BTK'nın ağ sağlayıcılarından aldığı orijinal trafik kayıtlarına veri ekleyerek ve bu kayıtlardan veri çıkararak log kayıtlarını uydurduğunu iddia etmiştir. Kanıt olarak, bir servis sağlayıcı tarafından düzenlenen orijinal belgedeki eksik hedef IP numaralarının BTK tarafından bu belgeyi duruşma

mahkemesine iletirken doldurulduğu başka bir ceza soruşturmasına ilişkin bazı belgeler sunmuştur.

286. Aleyhindeki delillere gerektiği gibi itiraz edemediği yönündeki iddialarına ilişkin olarak, başvuran, mahkûmiyeti için belirleyici delil olmasına rağmen ve CMK'nın 134 § 4 maddesinden kaynaklanan gerekliliğin aksine, söz konusu uygulamayı kullandığı iddiasına ilişkin ByLock verilerinin bir kopyasının kendisine açıklanmadığını veya ulusal mahkemeler tarafından bağımsız bilirkişi incelemesine sunulmadığını ileri sürmüştür. Bu nedenle, ne söz konusu verilerin güvenilirliğini doğrulayabilir ve MİT tarafından ileri sürülen iddiaları çürütebilir, ne de bu verileri potansiyel olarak aklayıcı bilgileri ortaya çıkarmak ve "münhasır kullanım" argümanının doğruluğuna itiraz etmek için kullanabilirdi. Bunun yerine kendisine sunulan ByLock raporları, rütbeleri veya görevleri belirtilmemiş yetkililer tarafından bir araya getirilmiş çok genel, dolaylı ve doğrulanabilir olmayan bilgiler içeriyordu. Dahası, bu raporlar son derece şifreliydi ve ilgili bilgilerin teknik açıdan nasıl bir araya getirildiğini açıklamıyordu, bu da uygulamada itiraz edilmelerini imkansız hale getiriyordu. Başvuran ayrıca, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi tarafından hazırlatılan ek bilirkişi raporunun, herhangi bir katma değer olmaksızın, dava dosyasında zaten mevcut olan bulguları özetlemekten ibaret olduğunu ve ham verilerin bağımsız bir şekilde incelenmesi talebinin reddedildiğini ileri sürmüştür. Başvuran, bu koşullar altında, iddia makamına *karşı* önemli bir dezavantaja sahip olduğu için, Sözleşme'nin 6. maddesi ile güvence altına alınan çekişmeli yargılama ve silahların eşitliği hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Başvuran, davasının koşullarının, savcılığın elindeki verilerin tam olarak ifşa edilmemesinin 6 § 1 maddesi kapsamındaki adil yargılanma gerekliliklerini ihlal etmediğinin tespit edildiği *Rook / Almanya* (no. 1586/15, 25 Temmuz 2019) gibi, büyük miktarda elektronik veri içeren benzer davalardan ayırt edilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Bu davadan farklı olarak, aleyhinde kullanılan delillerin bağımsız denetime tabi bir adli prosedür çerçevesinde toplanmadığını ve bu nedenle doğası gereği güvenilirmez olduğunu iddia etmiştir.

287. Başvuran ayrıca, hem Ankara Bölge Adliye Mahkemesi'nin hem de Yargıtay'ın, ByLock delillerinin hukuka uygunluğu ve kabul edilebilirliği ile ByLock uygulamasının örgütsel niteliği de dâhil olmak üzere, yargılamanın sonucu açısından belirleyici olan konulara ilişkin itirazlarını ele almadan temyiz başvurularını reddetmesinden şikâyetçi olmuştur. Başvuran, ByLock'un münhasıran Gülen Hareketi tarafından kullanıldığına ilişkin bulgunun, mahkûmiyetinde bu karinenin merkezi bir öneme sahip olmasına rağmen, tatmin edici bir gerekçelendirmeye sahip olmadığını ve ulusal mahkemelerin, kendisine isnat edilen ağır suçla zihinsel ve maddi bağlantısını gerektiği gibi tespit edemediğini vurgulamıştır. Başvuran, gerekli bağlantıyı ortaya koyan herhangi bir somut delil olmamasına rağmen, ByLock kullandıkları iddiası Yargıtay'ın dönüm noktası niteliğindeki kararlarında bu suçun kesin delili olarak kabul edildiği için, kendisiyle birlikte binlerce

kişinin silahlı terör örgütüne üyelikten mahkûm edildiğini ileri sürmüştür. Başvurana göre, ulusal mahkemelerin yalnızca kabul edilemez değil, aynı zamanda tamamen ilgisiz kanıtlara ve varsayımsal bulgulara dayanan bu tür sınırsız keyfiliği, temel hak ve özgürlüklerin açık bir ihlali anlamına gelmektedir.

288. Başvuran, bu bağlamda, muhatap olduğu banka ile üyesi olduğu sendika ve derneğin, söz konusu dönemde Devletin izni ve kontrolü altında faaliyet gösterdiğini ve bu durumun ulusal mahkemeler tarafından da göz ardı edildiğini vurgulamıştır.

(b) Hükümet tarafından sunulan görüşler

289. Hükümet, başlangıçta, Sözleşme sisteminin temelini oluşturan ikincilik ilkesine göre, mevcut delilleri değerlendirmenin öncelikle ulusal mahkemelerin görevi olduğunu ve Mahkeme'nin, ulusal mahkemeler tarafından varılan sonuçları sorgulayarak veya kendi görüşlerini onların bulgularının yerine koyarak "dördüncü derece" mahkemesi olarak hareket etmesinin söz konusu olmadığını hatırlatmıştır. Başvuranın 6. madde kapsamındaki şikayetlerinin esas olarak ByLock kullandığını gösteren delillerin kabul edilebilirliği ve bu uygulamanın kullanımının delil değerinin değerlendirilmesiyle ilgili olduğunu kaydeden Hükümet, bu konuların ulusal mahkemeler tarafından kapsamlı bir şekilde usulüne uygun olarak incelendiğini savunmuştur. Ayrıca, başvuran aleyhindeki yargılamanın genel olarak adil olduğunu ve silahların eşitliği ve çekişmeli yargılama ilkelerine uygun olarak yürütüldüğünü ve başvuranın yasal ve objektif delillere dayanılarak mahkum edildiğini iddia etmişlerdir. Hükümet daha sonra bu başlık altında başvuran tarafından ileri sürülen spesifik iddialara değinmiştir.

290. Başvuranın iddialarının aksine, MİT'in İstihbarat Hizmetleri Kanunu'nun 4 (1) (a) ve (i) maddeleri ile 6 (1) (d) ve (g) maddeleri uyarınca ByLock verilerini toplamakla görevli ve yetkili olduğunu belirtmişlerdir (bkz. yukarıdaki 143 ve 144. paragraflar). MİT tarafından bu bağlamda yürütülen çalışma, cezai kovuşturmalarda kullanılmak üzere delil toplamak için bir kolluk kuvveti veya adli soruşturma eylemi değil, demokratik toplumlarda önemli bir ihtiyaç olan ve yargı denetimi gerektirmeyen terör tehditlerini gerçekleşmeden önce tespit etmek için yürütülen istihbarat çalışmasıydı. Asıl yargı sürecinin Aralık 2016'da MİT'in ilgili dijital verileri adli makamlara teslim etmesinin ardından başladığını, adli makamların da bu verileri CMK'nın 134. Maddesi uyarınca işlediğini ve yargı denetimi sağladığını belirtmişlerdir.

291. Hükümet, başvuranın ilgili verilerin neden güvenilir olarak kabul edilemeyeceğine dair somut argümanlar ortaya koymadığını ve bu nedenle soyut olarak güvenilirliklerini savunmak zorunda olmamaları gerektiğini savunmuştur. Bununla birlikte, Mahkeme'ye, ByLock verilerinin güvenilirliğini ve gerçekliğini sağlamak için alınan önlemler hakkında bilgi vermişlerdir.

292. Bu bağlamda Hükümet, MİT'in ByLock sunucusundan ham verileri, herhangi bir insan müdahalesi olmaksızın açık kaynaklı bir ilişkiel veritabanı yönetim sistemi olan MySQL yazılımı tarafından otomatik olarak oluşturulan bir dosya olarak elde ettiğini açıklamıştır. Veri bütünlüğünü sağlamak için dosyanın hash değeri adli makamlara teslim edilmeden önce hesaplanmıştır. Ham ByLock verilerini içeren sabit disk, adli makamlar tarafından teslim alındıktan sonra CMK'nın 134. maddesi uyarınca incelemeye tabi tutulmuştur. Buna göre, görevlendirilen iki uzman tarafından adli bilişim standartlarına uygun olarak, hâkim huzurunda ve kamera ile kayıt altına alınarak kopyalanmış ve bir kopyası KOM'a gönderilmiş, diğeri ise güvenli bir yerde muhafaza altına alınmıştır. Dolayısıyla ByLock verilerinin bütünlüğünü ve güvenilirliğini sağlamak için yeterli önlemler alınmıştır. Dahası, adli makamlar ellerindeki verileri test etme ve bunların gerçekliğini ve güvenilirliğini değerlendirme yetkisine sahipti.

293. Hükümet ayrıca, MİT ve daha sonra KOM tarafından gerçekleştirilen eylemin, MySQL tarafından otomatik olarak oluşturulan ham veri dosyası bir arayüz programı yardımıyla daha fazla işlenmeden okunabilir olmadığından, bunlardan anlamlı bilgiler çıkarabilmek için ham verileri anlaşılır hale getirmekle sınırlı olduğunu ve içeriklerinde herhangi bir değişiklik içermediğini açıklamıştır. MİT tarafından bu bağlamda yapılan analiz, istihbarat faaliyetlerinin alanı içinde kaldığı için herhangi bir adli izne veya denetime tabi değildi. Ancak, MİT ve KOM tarafından ayrı ayrı elde edilen nihai ürünün birbiriyle eşleşmesi, ham veriler üzerinde herhangi bir manipülasyon yapılmadığının kanıtıdır. Daha sonra yürütülen birçok soruşturmada sanıkların kullanıcı adı, şifre ve fişleme bilgilerine ilişkin verdikleri ifadelerin MİT ve adli makamlarca alınan ByLock verileriyle örtüştüğü görülmüştür.

294. Bununla birlikte, Hükümet'e göre, ham ByLock verilerinin bütünlüğüne ilişkin en önemli gösterge, temyiz mahkemesi aşamasında başvuranın dava dosyasında yer alan CGNAT verilerinin - ByLock sunucusunun hedef IP adresine hangi tarihte, kaç kez ve hangi adresten bağlantı yapıldığı hakkında bilgi veren - ByLock verileriyle uyumu idi. Hükümet, CGNAT verilerinin kendi *başına* güvenilirliği konusunda bir sorun olmadığını, çünkü bu verilerin trafik akışının oluşturulmasının ardından ve hash değerinin hesaplanmasından sonra servis sağlayıcıların sistemleri tarafından üretildiğini ve bu nedenle bozulabilir olmadığını iddia etmiştir. Dahası, temyiz mahkemesi CGNAT verilerini, *diğerlerinin yanı sıra*, arama geçmişini ve yapılan aramaların zaman ve sürelerini gösteren HTS kayıtlarıyla karşılaştırarak doğrulamış ve ayrıca mevcut tüm verileri incelemek üzere bağımsız bir dijital adli tıp uzmanı atamıştır. Hükümet, başvuranın CMK'nın 68. maddesi uyarınca bu uzmanın duruşmada dinlenmesini talep etme hakkına sahip olduğunu, ancak bu hakkını kullanmadığını belirtmiştir. Ayrıca, neden bu uzmana itiraz ettiğini ve bunun

yerine delillerin üç uzmandan oluşan bir heyet tarafından yeniden incelenmesini talep ettiğini de açıklamıştır.

295. Hükümet ayrıca, başvuranın aleyhindeki delillere gerektiği gibi itiraz edemediği iddiasına karşı çıkmıştır. Başvuranın ByLock kullandığının polis, BTK ve yukarıda bahsedilen bağımsız uzman tarafından hazırlanan çeşitli raporlar temelinde tespit edildiğini ve tüm bu raporların silahların eşitliği ve çekişmeli yargılama ilkelerine uygun olarak kendisine sunulduğunu savunmuşlardır. Başvuranın soruşturma dosyasına erişiminin hiçbir şekilde kısıtlanmadığını vurgulamışlardır. Ayrıca, başvuranın ByLock'un FETÖ/PDY üyeleri tarafından "münhasıran kullanıldığına" ilişkin Yargıtay'ın dönüm noktası niteliğindeki kararlarındaki bulguya da itiraz edebileceğini, ancak bunu yapmadığını eklemiştir.

296. Başvuranın orijinal veya ham ByLock verilerinin bir kopyasını elde edemediği iddiasına ilişkin olarak, Hükümet, dijital materyallere el konulması için CMK'nın 134. maddesinde öngörülen prosedürün, el konulan materyallerin kopyalarının şüpheliyle paylaşılmasını gerektirmesine rağmen, bu gerekliliğin yalnızca şüphelinin verilerin ele geçirildiği bilgisayarın, bilgisayar programının veya logun sahibi olduğu durumlarda geçerli olduğunu savunmuştur. Ancak mevcut davada söz konusu olan veriler başvurana ait olmayıp ByLock sunucusundan elde edilmiştir. Hükümet, MİT tarafından elde edilen ByLock verilerinin yüz binden fazla kullanıcıya ilişkin milyonlarca veri ögesi içerdiğini vurgulamıştır. Dahası, bu veriler toplandıkları haliyle anlaşılabilir değildi. Bir kullanıcıya ait bilgilerin tek bir yerde bulunmayıp farklı tablolara dağılmış olması, tek tek kullanıcılara ait ham verilerin çıkarılmasını imkansız hale getirmiş ve bu nedenle yetkililer, verileri her bir kullanıcı için anlamlı hale getirmek üzere bir arayüz programı geliştirmek zorunda kalmıştır. Bu koşullar altında, ham verilerin tamamının başvurana ifşa edilmesi, tüm kullanıcılara ilişkin verilerin paylaşılmasını gerektirecek, dolayısıyla güvenlik riski yaratacak ve diğer kullanıcıların gizlilik haklarına müdahale teşkil etmesi bir yana, soruşturmalara potansiyel olarak hanel getirecektir. Ayrıca, ham verilerin anlamlı hale getirilmesi için özel bir yazılım kullanılması gerekmektedir. Hükümet, her halükarda, başvuranın ham verilerin bir kopyasını elde edememesinin kendisini nasıl dezavantajlı bir duruma soktuğunu ve bu verilerin kendisi hakkında verilecek kararı nasıl etkileyeceğini açıklayamadığını kaydetmiştir .

297. Hükümet son olarak, ulusal mahkemelerin ByLock'un teknik ve örgütsel yönlerine ilişkin kapsamlı değerlendirmeler içeren ByLock kanıtlarının delil değerine ilişkin yorum ve sonuçlarının herhangi bir açık hata veya keyfilik içermediğini ve kararlarını usulüne uygun olarak gerekçelendirdiklerini ileri sürmüştür. Bu bağlamda, mevcut davadaki yerel kararların, ByLock'un münhasıran FETÖ/PDY tarafından kullanıldığını tespit eden olgu tespitlerine ve Yargıtay'ın ilgili içtihadına dayandığını iddia etmişlerdir. Anayasa Mahkemesi'nin *Aydın Yavuz ve Diğerleri kararında belirttiği üzere* (Baş, yukarıda anılan, § 93'te belirtildiği üzere), söz konusu

dönemde yargı sisteminin içinde bulunduğu kısıtlamalar ve yürürlükte olan askıya almayı göz önünde bulundurulduğunda, ulusal mahkemelerin, sanığın bu bulgulara itiraz etmesine açık olmak kaydıyla, konuyu yeniden incelemeye girişmeksizin bu şekilde önceki içtihatlarla dayanması 6. maddeyle tutarlıdır ve Sözleşme'nin 15. maddesi anlamında kesinlikle gereklidir.

298. Buna göre, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi ilk derece mahkemesinde başvurunun mahkumiyetine yol açan delilleri, yani ham verilere dayanarak hazırlanan ByLock kullanıcı raporlarını yetersiz bulduğunda, BTK'dan başvurunun CGNAT verileri ve HTS kayıtlarına ilişkin tamamlayıcı raporlar talep etmiş ve böylece başvurunun ByLock kullandığına ilişkin bulguyu Yargıtay içtihadıyla tutarlı bir şekilde doğrulamıştır. Temyiz mahkemesi ayrıca, başvuranın söz konusu delillerin hukuka aykırılığına ilişkin iddialarına cevap vermiş ve silahlı terör örgütü üyeliği suçunun unsurlarına ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme yapmış ve ByLock kullanımının neden bu örgüte üyeliği kanıtlamak için yeterli görüldüğünü tartışmıştır. Dahası, bu bulgu diğer destekleyici delillerle de desteklenmiştir. Yargıtay da temyiz mahkemesinin usulüne uygun gerekçeli kararını onaylamıştır ki Mahkeme'nin içtihadı uyarınca temyiz mahkemelerinin bunu yapmasına izin verilmektedir (bkz. *García Ruiz/İspanya* [BD], No. 30544/96, § 26, AIHM 1999-I).

299. Başvuranın, söz konusu delillerin mahkumiyet için yetersiz olduğu yönündeki şikayeti ile ilgili olarak Hükümet, Mahkeme'nin, bir başvuranın delillerin yeterliliğine ilişkin sorunları dile getirebileceği bir dördüncü derece mahkemesi olmadığını yinelemiştir. CMK'nın 217. maddesi uyarınca, isnat edilen bir suçun, ikinci dereceden deliller de dahil olmak üzere, hukuka uygun olarak elde edilen her türlü delille kanıtlanabileceğini ve ceza yargılaması bağlamında delilleri değerlendirmenin ve gerekli sonuçlara ulaşmanın öncelikle ulusal mahkemelerin görevi olduğunu vurgulamışlardır.

2. Mahkeme'nin değerlendirmesi

(a) Ön açıklamalar

300. Mahkeme yukarıda, Sözleşme'nin 7. maddesi uyarınca, başvuranın silahlı terör örgütüne üyelikten mahkûmiyetinin ilgili iç hukukun geniş ve öngörülemez bir yorumuna dayandığını tespit etmiştir. ulusal mahkemelerin ByLock kullanıcılarına etkili bir şekilde objektif sorumluluk yüklediği bu yorumun, ilgili iç hukuk ve uygulamada belirtildiği gibi söz konusu suçun kurucu unsurlarını tespit etmek yerine varsayma etkisine sahip olduğunu tespit etmiştir. Bu nedenle, bu hükmün keyfi kovuşturma, mahkumiyet ve cezalandırmaya karşı etkili güvenceler sağlama amaç ve hedefine aykırıdır.

301. Bununla birlikte, başvuranın ByLock kullandığı iddiasıyla mahkum edilmesine ilişkin şikayetleri, bu mahkumiyetin Sözleşme'nin 7. maddesinde yer alan ilkelere uygunluğu sorunuyla sınırlı değildir. Yukarıdaki 273. paragrafta belirtildiği üzere, başvuran ayrıca 6 § 1 maddesi kapsamında,

ByLock verilerinin toplanmasında ve delil olarak kabul edilmesinde iddia edilen usulsüzlüklerden, bunlara itiraz etmede karşılaştığı zorluklardan ve mahkemelerin bu delillere *ilişkin* kararlarındaki gerekçelerin yetersizliğinden ve keyfi bir sonuç doğurduğundan şikayetçi olmuştur. Başvuranın şikâyetleri, ByLock kullandığı iddiası temelinde silahlı terör örgütüne üye olma suçunun maddi ve manevi unsurlarının tespitine ilişkin ulusal yargılamalardaki eksikliklerle ilgili olduğu ölçüde, bu konu 7. madde kapsamında zaten ele alınmıştır ve 6 § 1 maddesi kapsamında ayrı bir sorun ortaya çıkmamaktadır. Bununla birlikte, başvuran, 7. madde kapsamında ele alınması gerekmeyen, özellikle usuli nitelikte bazı farklı adil yargılama sorunlarını gündeme getirmiştir. Bu nedenle Mahkeme, 6 § 1 maddesi uyarınca, iddia edilen çeşitli eksiklikler nedeniyle başvuranın savunma haklarına zarar verilip verilmediğini belirlemeye davet edilmektedir.

(b) Genel ilkeler

302. Sözleşme tarafından korunan hak ve özgürlükleri ihlal etmedikleri sürece, ulusal mahkemeler tarafından işlendiği iddia edilen hukuk veya gerçeklik hatalarıyla ilgilenmek Mahkeme'nin görevi değildir (bkz. diğerleri arasında, *García Ruiz*, yukarıda anılan, § 28, ve *Perez / Fransa* [BD], No. 47287/99, § 82, AİHM 2004-I), örneğin, istisnai olarak, Sözleşme'nin 6. maddesiyle bağdaşmayan "adaletsizlik" teşkil ettiklerinin söylenebileceği durumlarda. Bu hüküm adil yargılanma hakkını güvence altına almakla birlikte, delillerin kabul edilebilirliğine veya delillerin nasıl değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin herhangi bir kural koymamaktadır; bunlar esasen ulusal hukuk ve ulusal mahkemeler tarafından düzenlenmesi gereken hususlardır (bkz. *Moreira Ferreira / Portekiz (no. 2)* [BD], No. 19867/12, § 83, 11 Temmuz 2017).

303. Bu nedenle, belirli delil türlerinin - örneğin, iç hukuk açısından hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin - kabul edilebilir olup olmadığını ya da başvuranın suçlu olup olmadığını belirlemek, ilke olarak Mahkeme'nin görevi değildir. Cevaplanması gereken soru, delillerin elde edilme şekli de dâhil olmak üzere, yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığıdır (bkz. *Bykov / Rusya* [BD], No. 4378/02, § 89, 10 Mart 2009, ve orada atıfta bulunulan davalar). *Diğerlerinin yanı sıra*, başvurana delillere itiraz etme ve kullanılmasına karşı çıkma fırsatı verilip verilmediği incelenmelidir. Savunma hakları açısından, 6. madde kapsamındaki meseleler, sanığın lehine veya aleyhine sunulan delillerin adil bir yargılama sağlayacak şekilde sunulup sunulmadığı açısından ortaya çıkabilir (bkz. *Erkapić / Hırvatistan*, No. 51198/08, § 73, 25 Nisan 2013), çünkü adil bir yargılama çekişmeli yargılamayı ve silahların eşitliğini gerektirir; dolayısıyla, delillerin toplanması sürecindeki olası kusurlar 6 § 1 maddesi kapsamında incelenebilir (bkz. *Mirilashvili / Rusya*, No. 6293/04, § 157, 11 Aralık 2008). Ayrıca, elde edildiği koşulların güvenilirliği veya doğruluğu konusunda şüphe uyandırıp uyandırmadığı da dâhil olmak üzere, delilin kalitesi de dikkate alınmalıdır

(bkz. *Bykov*, yukarıda anılan, § 90). Elde edilen delilin başka materyallerle desteklenmediği durumlarda, mutlaka adil bir sorun ortaya çıkmasa da, delilin çok güçlü olduğu ve güvenilmez olma riskinin bulunmadığı durumlarda, destekleyici delile duyulan ihtiyacın buna bağlı olarak daha zayıf olduğu belirtilebilir (bkz. adı geçen karar). Bu incelemeyi yaparken Mahkeme, dava dosyasındaki diğer delillerin durumunu da dikkate alır ve söz konusu delilin yargılamanın sonucu açısından belirleyici olup olmadığına önem verir (bkz. a.g.e. ve *Gäfgen/Almanya* [BD], No. 22978/05, § 164, AİHM 2010).

304. Ulusal mahkemelerin belirli delillere veya değerlendirilmek üzere kendilerine sunulan bulgulara veya değerlendirmelere verdikleri ağırlık gibi konular Mahkeme'nin inceleme yetkisinde değildir. Mahkeme dördüncü derece mercii olarak hareket etmemelidir ve bu nedenle, bulguları keyfi veya açıkça mantıksız olarak değerlendirilmediği sürece, ulusal mahkemelerin değerlendirmelerini 6 § 1 maddesi kapsamında sorgulamayacaktır (bkz. *Bochan / Ukrayna* (no. 2) [BD], No. 22251/08, § 61 ve 62, AİHM 2015; ayrıca bkz: *Dulaurans / Fransa*, No. 34553/97, §§ 33-34 ve 38, 21 Mart 2000; *Khamidov/Rusya*, No. 72118/01, §§ 170-75, 15 Kasım 2007; ve *Andelković/Sırbistan*, No. 1401/08, §§ 24-29, 9 Nisan 2013; ayrıca bu içtihadın daha yakın tarihli kararlarda uygulanması: *Moreira Ferreira*, yukarıda anılan, §§ 83-100; *Pavlović ve Diğerleri / Hırvatistan*, No. 13274/11, § 49, 2 Nisan 2015; *Tsanova-Gecheva / Bulgaristan*, No. 43800/12, § 91, 15 Eylül 2015; *Navalnyy ve Ofitserov / Rusya*, No. 46632/13 ve 28671/14, §§ 103-20, 23 Şubat 2016; *Navalnyy*, yukarıda anılan, §§ 81-84; ve *Ballıktaş Bingöllü / Türkiye*, No. 76730/12, §§ 78-84, 22 Haziran 2021). Bu içtihattan, yerel bir yargı kararının, gerekçe gösterilmediği veya gösterilen gerekçeler ulusal mahkeme tarafından işlenen ve "adaletin inkârına" yol açan açık bir olgusal veya hukuki hataya dayanmadığı sürece, yargılamanın adilliğine hanel getirecek derecede keyfi olarak nitelendirilemeyeceği anlaşılmaktadır (bkz. *Moreira Ferreira*, yukarıda anılan, § 85).

305. Mahkeme bu bağlamda, adaletin düzgün idaresiyle bağlantılı bir ilkeyi yansıtan yerleşik içtihadına- göre, mahkemelerin ve yargı mercilerinin kararlarının dayandıkları gerekçeleri yeterince belirtmeleri gerektiğini yineler. Bu gerekçe gösterme yükümlülüğünün ne ölçüde uygulanacağı, kararın niteliğine göre değişebilir ve davanın koşulları ışığında belirlenmelidir (bkz. *García Ruiz*, yukarıda anılan, § 26). Şikâyetçi tarafından ileri sürülen her argümana ayrıntılı bir cevap verilmesini gerektirmeyen bu yükümlülük, adli işlemlerin taraflarının, bu işlemlerin sonucu için belirleyici olan argümanlara belirli ve açık bir cevap almayı bekleyebileceklerini varsaymaktadır (bkz. diğer başvuruolarının yanı sıra, *Moreira Ferreira*, yukarıda anılan, § 84, ve orada anılan davalar). Karardan, davanın temel meselelerinin ele alındığı açıkça anlaşılmalıdır (bkz. *Taxquet/Belçika* [BD], No. 926/05, § 91, AİHM 2010). Sözleşme'nin teorik veya hayali hakları değil,

pratik ve etkili hakları güvence altına almayı amaçladığı ilkesi göz önünde bulundurulduğunda, tarafların talepleri ve gözlemleri gerçekten "dinlenmedikçe", yani mahkeme tarafından gerektiği gibi incelenmedikçe, adil yargılanma hakkının etkili olduğu söylenemez (bkz. *Azərbaycan (no. 2)*, No. 919/15, § 206, 16 Kasım 2017; *Carmel Saliba / Malta*, No. 24221/13, § 65, 29 Kasım 2016, buradaki diğer referanslarla birlikte; *Ayetullah Ay / Türkiye*, No. 29084/07 ve 1191/08, § 127 ve 195, 27 Ekim 2020; ve *Pişkin*, yukarıda anılan, §§ 147, 149 ve 151).

306. Ayrıca, adil yargılanma hakkının temel bir yönünün, ceza yargılamalarının, bu yargılamaların usule ilişkin unsurları da dahil olmak üzere, çekişmeli olması ve iddia makamı ile savunma makamı arasında silahların eşitliği olması gerektiği yinelenmektedir. 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 (bkz. örneğin, *Murtazaliyeva / Rusya [BD]*, No. 36658/05, § 91, 18 Aralık 2018). Sanık savunmasını uygun bir şekilde yapma ve ilgili tüm savunma argümanlarını duruşma mahkemesine sunma hakkına sahip olmalı ve böylece yargılamanın sonucuna etki edebilmelidir (bkz. *Rook*, yukarıda anılan, § 56). Cezai bir suçla itham edilen herkesin yararlanması gereken olanaklar arasında, savunmasını hazırlamak amacıyla, yargılama süresince yürütülen soruşturmanın sonuçlarından haberdar olma fırsatı da yer almaktadır (bkz. adı geçen yer, § 57).

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

308. Ancak, ilgili delillerin açıklanması hakkı mutlak bir hak değildir. Herhangi bir ceza davasında, ulusal güvenlik veya polis suç soruşturma yöntemlerini gizli tutma ihtiyacı gibi, sanığın haklarına karşı tartılması gereken rakip çıkarlar olabilir (bkz. ilgili ilkeler için, *Jasper / Birleşik Krallık [BD]*, no. 27052/95, § 52, 16 Şubat 2000). Bazı durumlarda, başka bir bireyin temel haklarını veya önemli bir kamu menfaatini korumak için bazı delillerin

savunmadan saklanması gerekli olabilir. Bununla birlikte, ilke olarak, madde 6/1 madde kapsamında savunma hakkını sadece kesinlikle gerekli olarak kısıtlayan tedbirlere izin verilebilir. Ayrıca, sanığın adil bir şekilde yargılanmasını sağlamak için, savunma haklarına getirilen bir kısıtlamanın yol açtığı her türlü zorluk, adli makamlar tarafından izlenen usullerle yeterince dengelenmelidir (bkz. adı geçen karar, daha fazla referansla). Mahkeme, ilgili usul güvencelerini değerlendirirken, ifşa edilmemiş materyalin önemini ve yargılamada kullanımını göz önünde bulundurmalıdır (bkz. *Matanović*, yukarıda anılan, § 155). Bununla birlikte, sanıktan talebi için özel gerekçeler sunması beklenebilir ve ulusal mahkemeler bu gerekçelerin geçerliliğini inceleme hakkına sahiptir (a.g.e., § 157, ve *Rook*, yukarıda anılan, § 59).

(c) Genel ilkelerin mevcut davaya uygulanması

(i) *Başvuru sahibinin ByLock kullandığı iddiasına ilişkin kanıtlar*

309. Başvuranın bu başlık altındaki şikâyetinin özü, MİT tarafından hukuka aykırı olarak temin edilmeleri nedeniyle delil olarak kabul edilemez olmalarına rağmen, ByLock kullandığı iddiasına ilişkin verilerin, bütünlükleri ve delil değerlerine ilişkin endişeleri gerektiği gibi ele alınmadan ve silahların eşitliği ve çekişmeli yargılama ilkeleri göz ardı edilerek, ulusal mahkemeler tarafından mahkûmiyetine ilişkin belirleyici unsur olarak dayanılmasıdır.

310. Mahkeme, başlangıçta, bir delilin kabul edilebilirliğini belirleme ya da ulusal mahkemeler tarafından yapılan değerlendirmeyi gözden geçirme konusundaki sınırlı rolünü göz önünde bulundurarak, 6. madde kapsamındaki mevcut incelemesinin amaçları doğrultusunda, itiraz edilen delilin gerçekten iç hukuk açısından yasal olarak elde edilip edilmediğini ve kabul edilebilir olup olmadığını ya da ulusal mahkemelerin ilgili delili değerlendirirken herhangi bir maddi hata yapıp yapmadığını belirlemenin gerekli olmadığını düşünmektedir. Madde 6 § 1 kapsamındaki görevi, daha ziyade, delillerin elde edilme ve kullanılma şekli ve delillere ilişkin itirazların ele alınma şekli de dâhil olmak üzere, davanın özel niteliği ve koşullarını dikkate alarak, yargılamanın bir bütün olarak adilliğini değerlendirmektir (bkz. *Bykov*, yukarıda anılan §§ 88-90; *Huseyn ve Diğerleri/Azerbaycan*, No. 35485/05 ve 3 diğerleri, §§ 199, 200 ve 211, 26 Temmuz 2011; *SA-Capital Oy/Finlandiya*, No. 5556/10, § 78, 14 Şubat 2019; *Kobiashvili/Gürcistan*, No. 36416/06, § 56, 14 Mart 2019; ve *Ayetullah Ay*, yukarıda anılan, §§ 124 ve 125). Mahkeme bu bağlamda, delillerin kabul edilebilirliği - yani hangi ispat unsurlarının ilgili mahkemenin değerlendirmesine sunulabileceği sorusu - ve aslında mahkemeye sunulmuş olan delillere ilişkin savunma hakkı arasında bir ayrım olduğunu belirtmektedir (bkz. *SA-Capital Oy*, yukarıda anılan § 74 ve buradaki atıflar ve *Ayetullah Ay*, yukarıda anılan, § 125). Yargılamanın genel olarak adil olup olmadığı değerlendirilirken, davanın ilgili tüm

unsurları ışığında, savunma haklarına 6. maddeyle uyumlu bir şekilde saygı gösterilip gösterilmediği özellikle dikkate alınmalıdır (bkz. *Bykov*, yukarıda anılan § 90, ve *SA-Capital Oy*, yukarıda anılan, § 78; ayrıca bkz. yukarıdaki 303. paragraf).

311. Mevcut davanın olaylarına dönecek olursak, 7. madde kapsamında yürütülen inceleme bağlamında, başvuranın silahlı terör örgütüne üye olma suçundan mahkumiyetinin, kesin olarak ByLock uygulamasını kullandığı tespitine dayandığı ve bu tespit esas olarak MİT tarafından elde edilen verilere dayandığı, geri kalan kanıtların yalnızca bir doğrulama kaynağı olarak hizmet ettiği zaten tespit edilmiştir. Bu koşullar altında, söz konusu delillerin niteliği ve başvuranın bu delillere sözleşmenin 6 § 1 maddesindeki güvencelere uygun olarak etkili bir şekilde itiraz edebilmesi daha da önem kazanmaktadır. Dolayısıyla bu hususlar sırayla incelenecektir. Ancak, bu incelemeye geçmeden önce, Mahkeme, söz konusu delilin özel niteliğinin, yani internet tabanlı bir iletişim uygulamasının sunucusunda depolanan şifrelenmiş elektronik verilerin, 6 § 1 maddesi kapsamındaki ilgili güvencelerin uygulanmasını herhangi bir şekilde uyarlamasını gerektirip gerektirmediğini açıklığa kavuşturmak istemektedir.

312. Mahkeme, 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 başvuranın, organize suçla mücadelede çok önemli olabileceğini belirtmektedir (bkz. *Akgün/Türkiye*, No. 19699/18, § 167, 20 Temmuz 2021). Mahkeme ayrıca, elektronik delillerin, doğası ve toplanması, güvence altına alınması, işlenmesi ve analizi için özel teknolojiler gerekmesi de dâhil olmak üzere, geleneksel delil türlerinden birçok açıdan farklılık gösterdiğini belirtmektedir. En önemlisi, doğası gereği tahribata, hasara, değiştirilmeye veya manipüle edilmeye daha yatkın olduğu için farklı güvenilirlik sorunları ortaya çıkarmaktadır. Mahkeme ayrıca, ceza yargılamalarında test edilmemiş elektronik delillerin kullanılmasının, bu tür delillerin toplanmasında uygulanan prosedür ve teknolojinin doğası gereği karmaşık olması ve bu nedenle ulusal hakimlerin bu delillerin gerçekliğini, doğruluğunu ve bütünlüğünü tespit etme kabiliyetini azaltması nedeniyle yargı için özel zorluklar içerebileceğini yinelemektedir (a.g.e.). 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 usuli zorluklarla karşı karşıya bırakabilir.

313. Bununla birlikte, bu faktörler, soyut olarak, 6 § 1 maddesi kapsamındaki güvencelerin, daha katı veya daha yumuşak olarak farklı bir şekilde uygulanmasını gerektirmez. Mahkeme'nin temel kaygısı, bir kez daha

vurgulama gerekirse, Sözleşme'nin 6. maddesinde yer alan usuli ve kurumsal güvenceler ve adil yargılamaya ilişkin temel ilkeler ışığında yargılamanın genel olarak adil olup olmadığını değerlendirmektir (bkz. *Al-Khawaja ve Tahery / Birleşik Krallık* [BD], no. 26766/05 ve 22228/06, § 118, AİHM 2011, ve *Ayetullah Ay*, yukarıda anılan, § 194).

(1) Kanıtların kalitesi

314. Başvurana göre, CMK'nın 134. ve 135. maddelerinde belirtilen ayrıntılı gereklilikler (bkz. paragraf 142) elektronik verilerin toplanmasıyla ilgili olarak kötüye kullanıma karşı koruma ve bu tür verilerin gerçekliğini ve bütünlüğünü sağlama amacını gütmüştür. Bu temelde, Devlet İstihbarat Servisinin ilgili ByLock verilerini tam bir gizlilik içinde ve herhangi bir yargı denetimi veya CMK kapsamında öngörülen diğer usul güvenceleri olmaksızın elde etmiş ve işlemiş olmasının verilerin güvenilirliğini sorgulanır hale getirdiğini iddia etmiştir.

315. Mahkeme, istihbarat servisleri tarafından toplanan elektronik veya diğer verilerin, ki bu konudaki faaliyetleri delil toplamaya uygulanan standart usul kurallarına tabi olabilir veya olmayabilir, ceza yargılamalarında doğrudan veya dolaylı delil olarak giderek daha fazla başvurulabileceğine dikkat çekmektedir. Venedik Komisyonu'nun da belirttiği gibi, "ulusal güvenliğine yönelik tehditleri öngörmek, önlemek veya bunlara karşı kendini korumak için bir Devletin etkili istihbarat ve güvenlik hizmetlerine ihtiyacı vardır" ve istihbarat "Devletin terörle mücadelede sahip olduğu ana silahlardan birini" oluşturur (bkz. 200 yukarıda). Mahkeme ayrıca, hükümetlerin bu tür saldırıları önceden önlemede en son teknolojilere başvurularının günümüz terörizminin aldığı biçimlerin doğal bir sonucu olduğunu belirtmektedir (bkz. *Szabó ve Vissy/Macaristan*, No. 37138/14, § 62, 12 Ocak 2016).

316. İstihbari verilerin ceza yargılamalarında delil olarak kabul edilip edilmeyeceği ve hangi koşullarda ve biçimde kabul edileceği konusunda görüş bildirmek Mahkeme'nin görevi değildir. Bu bağlamda Mahkeme, delillerin kabul edilebilirliği ve değerlendirilmesiyle ilgili olarak Mahkeme'nin yetkisinin sınırlarına ilişkin yukarıdaki gözlemlere atıfta bulunur; bu, esasen ulusal mahkemelerin ve diğer yetkili makamların takdirinde kalan bir konudur (bkz. yukarıdaki 303, 304 ve 310 no'lu paragraflar). Bununla birlikte, bu tür bilgilerin toplanması veya işlenmesinin önceden bağımsız bir izne veya denetime ya da olay *sonrası* adli incelemeye tabi olmadığı veya diğer usul güvencelerinin eşlik etmediği veya başka kanıtlarla desteklenmediği durumlarda, güvenilirliğinin sorgulanmasının daha muhtemel olabileceğini kabul etmektedir.

317. Mahkeme, önündeki olayların incelenmesine dönerken, Sözleşme'nin tüm yapısının, Sözleşmeci Devletlerdeki kamu makamlarının iyi niyetle hareket ettikleri genel varsayımına dayandığını kaydeder (bkz. örneğin, *Kavala/Türkiye* (ihlal davası) [BD], No. 28749/18, § 169, 11 Temmuz 2022, ve *Khodorkovskiy/Rusya*, No. 5829/04, § 255, 31 Mayıs

2011). MİT'in veya diğer kamu makamlarının ByLock verileriyle ilgili olarak iyi niyetle hareket ettiğinden şüphe etmek için önünde hiçbir nesnel gösterge bulunmamaktadır. Bununla birlikte, dava dosyasındaki bilgilerden, ulusal mahkemeler ve Hükümet tarafından MİT'in faaliyetlerinin yasal dayanağı olarak ileri sürülen İstihbarat Hizmetleri Kanunu'nun 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 usuli güvenceler öngörmediği anlaşılmaktadır. Ayrıca, dava dosyasındaki hiçbir şey, Ankara Dördüncü Sulh Ceza Mahkemesi'nin ByLock verilerinin CMK'nın 134. maddesi uyarınca incelenmesine yönelik müteakip kararının, MİT'in veri toplama faaliyetinin *post factum* yargısal denetimini içerdiğini göstermemektedir. Bu temelde ve MİT'in ilgili verileri adli makamlara sunmadan önce aylarca tuttuğu göz önüne alındığında, Mahkeme, başvuranın ByLock verilerinin güvenilirliğine ilişkin şüphelerinin soyut veya temelsiz olarak kolayca göz ardı edilebileceği konusunda Hükümet ile aynı fikirde değildir ve MİT veya adli makamlar tarafından bu şüpheleri gidermek için herhangi bir önlem alınıp alınmadığını inceleyecektir.

318. Mahkeme bu bağlamda, yukarıdaki 292 ve 293. paragraflarda açıklandığı üzere, ilgili verilerin bütünlüğünü ve güvenilirliğini sağlamak için MİT ve soruşturma makamları tarafından alınan adli önlemlere ilişkin Hükümet'in açıklamalarına atıfta bulunmaktadır. Mahkeme, özellikle ulusal mahkemelerin böyle bir değerlendirmede bulunmadığı göz önünde bulundurulduğunda, bu tedbirlerin yeterli bütünlük ve güvenilirlik garantileri sunup sunmadığını değerlendirecek konumda olmadığı kanaatindedir.

319. Bununla birlikte Mahkeme, MİT tarafından elde edilen ByLock verilerinin doğruluğunun, en azından başvurana ilgili olduğu ölçüde, Hükümet tarafından belirtildiği gibi başka yollarla test edildiğini de not etmektedir (bkz. yukarıdaki 294. paragraf). Bu bağlamda, başvuran hakkında verilen ilk derece mahkemesi kararı yalnızca MİT tarafından teslim edilen verilerden elde edilen raporlara dayanırken, temyiz aşamasında Ankara Bölge Adliye Mahkemesi, MİT tarafından elde edilen ham verilere dayanarak kullanıcı kimliği tespit edilen başvuranın telefonundan ByLock hedef IP adresine gerçekten bağlandığını doğrulamak için BTK'dan CGNAT verilerini ve HTS kayıtlarını sağlamasını talep etmiştir. BTK tarafından servis sağlayıcılardan elde edilen ve bir uzman tarafından da teyit edilen bu meta veriler, başvuranın gerçekten de bu uygulamaya bağlantı kurduğunu gösteriyor şeklinde değerlendirildi. Bölge Adliye Mahkemesi'nin bu yöndeki tespiti Yargıtay tarafından da onanmıştır.

320. Bu tamamlayıcı CGNAT verilerinin ve HTS kayıtlarının yasallığı, doğruluğu ve güvenilirliği, 92 ve 285. paragraflarda belirtildiği üzere, başvuran tarafından hem ulusal mahkemeler hem de Mahkeme önünde itiraza konu edilmiştir. Ancak Mahkeme, aşağıda belirtilen nedenlerden dolayı, bu

argümanları, ulusal mahkemeler tarafından yapılan değerlendirmeyi sorgulamak için yeterli görmemektedir.

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

322. İkinci olarak, CGNAT verilerinin güvenilirliğine ilişkin iddialarla ilgili olarak, Mahkeme, başvuranın ulusal mahkemeler veya Mahkeme önünde, incelemesi için dava dosyasında mevcut olan bireysel kayıtlarına ilişkin herhangi bir manipülasyon iddiasında bulunmadığını kaydeder. Ayrıca, aynı IP adresinin birden fazla kullanıcıya tahsis edilebileceğine ilişkin bazı genel endişeleri dile getirmek dışında, başvuran, ulusal mahkemeler önünde, telefonundan ByLock IP adreslerine bağlantıyı gösteren kişisel CGNAT verilerini şüpheye düşürecek herhangi bir somut iddia ileri sürmemiştir. Daha sonra Mahkeme'ye sunduğu bilirkişi raporu (bkz. 131) bu kayıtların kesin olmayan niteliğine işaret etmiştir. Mahkeme, CGNAT verilerinin yanıltıcı olabileceğini gösteren *Mor Beyin* olayının (bkz. yukarıdaki 119 ve 167. paragraflar), ByLock sunucusuna yanlışlıkla bağlantı kurulması olasılığına ilişkin haklı şüpheler uyandırdığını kabul etmektedir. Bununla birlikte, Yargıtay'ın ByLock sunucusuna bağlantıları gösteren CGNAT verilerine ek olarak, ByLock sunucusundan elde edilen bilgilere dayanarak bir kişinin ByLock kullanıcı kimliğinin tespit edildiği durumlarda böyle bir riskin mevcut olmadığı yönündeki tespitini de not etmektedir (bkz. yukarıdaki 167 ve 168. paragraflar).

323. Bu nedenle, başvuranın davasında ulusal mahkemelerin CGNAT verilerini tek başına değil, ByLock sunucusundan elde edilen veriler ve HTS kayıtları ile birlikte değerlendirdiği ve bu ayrı veri setlerinin birlikte incelendiğinde başvuranın ByLock uygulamasını kullandığını ortaya koyduğu sonucuna vardığı anlaşılmaktadır. Buna göre, ByLock verilerinin MİT tarafından alındığı koşulların, adli makamlara teslim edilene kadar bütünlüklerini sağlamaya yönelik özel usuli güvencelerin yokluğunda "kaliteleri" konusunda *ilk bakışta* şüphe uyandırdığı kabul edilse de, Mahkeme bu verilerin doğruluğunu - en azından başvuranın ByLock uygulamasını kullandığını tespit ettikleri ölçüde - sorgulamak için yeterli unsurlara sahip değildir .

(2) Başvuranın, Sözleşme'nin 6 § 1 maddesindeki güvencelere uygun yargulamalarda delillere itiraz edebilmesi

324. Mahkeme, yargılamanın genel olarak adil olup olmadığına ilişkin bir incelemenin, başvurana delillere itiraz etme ve çekişmeli yargılama ve iddia makamı ile savunma arasında silahların eşitliği ilkelerine saygı gösterildiği koşullarda delillerin kullanılmasına karşı çıkma fırsatı verilip verilmediğine ilişkin bir değerlendirmeyi de içermesi gerektiğini yineler (bkz. *Kobiashvili*, yukarıda anılan, § 56). Başvuranın delillere yönelik itirazlarının ulusal

mahkemeler tarafından gerektiği gibi incelenip incelenmediği, yani başvuranın gerçekten "dinlenip dinlenmediği" ve mahkemelerin kararlarını ilgili ve yeterli gerekçelerle destekleyip desteklemediği hususlarının da bu değerlendirmenin yapılmasında dikkate alınması gereken faktörler olduğu vurgulanmaktadır (bkz., gerekli uyarlamalarla, *Taxquet*, yukarıda anılan, § 91, ve *Ilgar Mammadov (no. 2)*, yukarıda anılan, § 206). Bu bağlamda, mahkemelerin ileri sürülen her argümana ayrıntılı bir cevap vermek zorunda olmamakla birlikte, davanın temel konularının ele alındığının karardan açıkça anlaşılması gerektiği yinelenmelidir (bkz. *Taxquet*, yukarıda anılan, § 91).

325. Başvuran esas olarak, MİT tarafından ByLock sunucusundan toplanan verilerin kendisiyle paylaşılmaması veya silahların eşitliği ve çekişmeli yargılama ilkelerine uygun olarak ve CMK'nın 134 § 4 maddesi uyarınca bağımsız incelemeye sunulmaması nedeniyle ByLock delillerine gerektiği gibi itiraz edemediğinden şikayetçi olmuştur. Başvuran, güvenilirliklerini ve bütünlüklerini doğrulamak, potansiyel olarak aklayıcı bilgilere erişmek ve mahkumiyetini desteklemek için ulusal mahkemeler tarafından dayanılan "münhasır" ve "örgütsel" kullanıma ilişkin argümanların doğruluğuna itiraz etmek için bu verilere erişmesinin gerekli olduğunu iddia etmiştir (bkz. yukarıdaki 97, 100 ve 286. paragraflar).

326. Mahkeme, Hükümet tarafından da belirtildiği üzere, başvuranın ceza yargılamasında ulusal mahkemeler tarafından dayanılan tüm ByLock raporlarına sahip olduğunu ve kendisiyle ilgili ByLock verilerinin doğruluğunun diğer kaynaklardan elde edilen verilere dayanarak doğrulandığını not etmektedir. Mahkeme ayrıca, 2020 yılında hazırlanan bir teknik raporda, ham verilerin işlenmeden kullanıcı kimliği bazında tasnif edilmesinin mümkün olmadığını açıkladığını not etmektedir (bkz. yukarıdaki 121. paragraf). Mahkeme bu faktörlerin önemini göz ardı etmemekle birlikte, bunların mevcut davada başvuranın ByLock delillerine ilişkin savunma haklarına gerektiği gibi saygı gösterilip gösterilmediği sorusu üzerinde belirleyici olmadığı kanaatindedir.

327. Bu bağlamda Mahkeme, çekişmeli yargılama hakkının bir unsuru olan sanık lehine veya aleyhine "tüm maddi delillerin" savunmaya açıklanması gerekliliğinin (bkz. *Rowe ve Davis*, yukarıda anılan, § 60), savcılık tarafından ilgili olduğu düşünülen delillerle sınırlandırılmayacağı ve böylece dar bir şekilde yorumlanamayacağını yineler. Aksine, savcılık makamları tarafından hiç dikkate alınmamış veya ilgili olarak değerlendirilmemiş olsa bile, yetkililerin elinde bulunan ve savunma ile ilgili olabilecek tüm materyalleri kapsamaktadır (bkz. *Rook*, yukarıda anılan, § 58). Buna göre, başvuranın dava dosyasında yer alan tüm ByLock raporlarına erişiminin olması, bu raporların oluşturulduğu verilere erişim talep etme hakkı veya menfaati olmadığı anlamına gelmez.

328. Benzer şekilde, ulusal mahkemelerin başvurana ait ByLock verilerinin, bir uzman tarafından doğrulanan başka bir veri setiyle uyumlu olduğunu tespit etmesi (bkz. yukarıdaki 80. paragraf) başvuranın bu eski

verilerle ilgili usuli haklarını ortadan kaldırmamıştır. Bu bağlamda, söz konusu ByLock verilerinin başvuranın davasında kritik öneme sahip olduğu, zira bu verilerin başvuran aleyhindeki cezai takibatı tetiklediği vurgulanmaktadır. Esasen, bu veriler yalnızca başvuranın ByLock'u kullandığı iddiasına ilişkin bireyselleştirilmiş bilgilerin toplanmasına hizmet etmekle kalmamış, aynı zamanda ByLock'un münhasıran örgütsel bir iletişim aracı olarak nitelendirilmesine de temel teşkil etmiştir (bkz. yukarıdaki 115. paragraf) ve dolayısıyla doğrudan başvuranın mahkûmiyetine yol açmıştır. Ayrıca, ByLock materyalinin potansiyel olarak başvuranın kendisini temize çıkarmasına veya bu materyalin kabul edilebilirliğine, güvenilirliğine, eksiksizliğine veya delil değerine itiraz etmesine olanak tanıyabilecek unsurlar içerdiği göz ardı edilemez (bkz. *Matanović*, yukarıda anılan, § 161).

329. Bununla birlikte Mahkeme, delillerin açıklanması hakkının mutlak bir hak olmadığını vurgulamalıdır. Yukarıdaki 308. paragrafta belirtildiği üzere, ulusal güvenlikle ilgili kaygılar veya başkalarının temel haklarının korunması da dahil olmak üzere, delillerin savunmadan saklanmasını gerektirebilecek çeşitli nedenler olabilir. Ayrıca, savcılığın elindeki delillerin büyük bir elektronik bilgi yığınıyla ilgili olduğu durumlarda, bu bilgilerin tamamının savunmaya açıklanması mümkün olmayabilir, hatta gerekli de olmayabilir. Başvuranın ifşa hakkı, tüm bu materyallere erişim hakkı ile karıştırılmamalıdır (bkz. örneğin, *Sigurður Einarsson ve Diğerleri / İzlanda*, No. 39757/15, §§ 87- 93 4 Haziran 2019). Dolayısıyla Mahkeme, mevcut davada ham verilerin başvuranla paylaşılmamasının meşru nedenleri olabileceğini kabul edebilmektedir. Ayrıca, delillerin kamu yararı gereğiyle savunmadan saklandığı durumlarda, bu tür bir ifşa edilmemenin kesinlikle gerekli olup olmadığına karar vermenin bu Mahkemenin görevi olmadığı, çünkü genel bir kural olarak, önlerindeki delilleri değerlendirmenin ulusal mahkemelere ait olduğu yinelenmektedir (bkz. *Rowe ve Davis*, yukarıda anılan, § 62).

330. Bununla birlikte, bu koşullarda bile, Mahkeme, ilgili ByLock verilerinin paylaşılmaması nedeniyle başvuranın maruz kaldığı herhangi bir önyargının yeterli usuli güvencelerle dengelenip dengelenmediğini ve Sözleşme'nin 6. maddesinin gerektirdiği şekilde savunmasını hazırlamak için uygun bir fırsat verilip verilmediğini incelemelidir (bkz. *Matanović*, yukarıda anılan, §§ 153 ve 165). Gerekli güvencelerin niteliği ve yeterliliği, mevcut davada, başvuranın söz konusu delillerin doğruluğunu ilk elden teyit edememesi ve bu delillere atfedilen anlam ve öneme itiraz edememesinden ibaret olan, paylaşılmama nedeniyle maruz kaldığı iddia edilen önyargıya bağlı olacaktır. Mahkeme şimdi, başvuranın aleyhindeki delillere itiraz ederken yaşadığı iddia edilen bu zorlukların, ceza yargılaması sırasında başka bir şekilde telafi edilip edilmediğini veya daha da kötüleşip kötüleşmediğini inceleyecektir.

331. Mahkeme ilk olarak, dava dosyasındaki bilgilere göre, Hükümet'in Mahkeme önünde ileri sürdüğü gerekçelerin (paragraf 296) ilgili verilerin

başvurana verilmemesini haklı çıkarmak için, ne kendi davasında ne de Yargıtay'ın daha önceki kararlarında ulusal mahkemelerin kararlarında hiçbir zaman gerçek anlamda değinilmemiştir; başvuranın verilerin dava dosyasına kabul edilmesi talebi basitçe cevapsız kalmıştır. Hükümet tarafından Mahkeme'ye sunulan ve ByLock kullanıcı listelerinin nasıl oluşturulduğu ve bireysel ByLock kullanıcılarına ilişkin ham verilerin neden izole edilemediği ve ilgili kullanıcılarla paylaşmadığı konusunda daha fazla bilgi sağlayan tamamlayıcı analiz raporu, benzer şekilde, aleyhindeki ceza yargılamaları sırasında başvurana sunulmamıştır (bkz. yukarıdaki 119 ve 121. paragraflar). Buna göre Mahkeme, ilgili verilerin başvurana 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 yapılmadığını not etmekten başka bir şey yapamaz. 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 mahrum bırakılmıştır. Mahkeme, yetkili mahkemenin değerlendirmesi kapsamında ifşa ihtiyacının sürdürülmesinin, savunmanın gerektiği şekilde bilgilendirilmesinin ve sanığın beyanda bulunmasına ve karar alma sürecine mümkün olduğunca katılmasına izin verilmesinin bu bağlamda önemli güvenceler olduğunu yineler (bkz. *Matanović*, yukarıda anılan, § 183).

332. İkinci olarak, başvuranın ham verilerin içeriğinin ve bütünlüğünün doğrulanması için bağımsız bir incelemeye sunulması talebi de ulusal mahkemeler tarafından dikkate alınmamıştır. Mahkeme, 6. maddenin ulusal mahkemelere, sırf taraflardan biri tarafından talep edildiği için bir uzman görüşü oluşturulmasını veya başka bir soruşturma tedbiri alınmasını emretme yükümlülüğü getirmediğini ve talep edilen tedbirin bir davanın karara bağlanması için ilgili ve gerekli olup olmadığına karar vermenin öncelikle ulusal mahkemenin görevi olduğunu kabul etmektedir (bkz. *Mirilashvili*, yukarıda anılan, § 189). 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.

333. Bununla birlikte, özellikle dava dosyasında, söz konusu verilerin Aralık 2016'da adli makamlara sunulduğu sırada veya daha sonra herhangi bir noktada doğruluklarının 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, Hükümet'in MİT'ten verilerin alınması üzerine adli makamlar tarafından alınan tedbirlere ilişkin açıklamaları (bkz. yukarıdaki 292. paragraf), başvuranın endişesinin özü olan devir teslimden önce verilerin bütünlüğünün bozulup bozulmadığına ilişkin bir değerlendirmeyi içermekten ziyade, verilerin alındığı günkü bütünlüğünü korumayı amaçladıklarını göstermektedir. Bu koşullar altında ve ham ByLock verilerinin, başvuranın bu uygulamayı kişisel olarak kullanması sorununun ötesinde, başvuranın davası için kritik önemini bir kez daha hatırlatarak (yukarıdaki 328. paragrafta tartışıldığı üzere), ulusal mahkemelerin başvuranın bu tür bir bağımsız inceleme talebine cevap vermemesi - sadece neden böyle bir bağımsız incelemenin gerekli görülmediğini açıklamak için bile olsa - sorunludur (bkz. *mutatis mutandis*, *Vidal / Belçika*, 22 Nisan 1992, § 34, Seri A no. 235-B). Mahkeme, Hükümet'in, başvuranın, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi tarafından görevlendirilen bilirkişiyi sorgulamak için CMK'nın 68. maddesinde öngörülen hakkını kullanmadığı yönündeki iddiasını not etmektedir (bkz. yukarıdaki 294. paragraf). Bununla birlikte, söz konusu uzman tarafından yapılan incelemenin, başvuranın talep ettiği gibi MİT tarafından elde edilen ham verilerin incelenmesini içermediğini, kapsamının dava dosyasında halihazırda mevcut olan çeşitli rapor ve kayıtların değerlendirilmesiyle sınırlı olduğunu vurgulamaktadır (bkz. yukarıdaki 80. paragraf).

334. Üçüncü olarak, başvuran tarafından ByLock kanıtlarının güvenilirliğine ilişkin endişelerine işaret etmek için ileri sürülen bir dizi diğer argüman - MİT tarafından yayınlanan farklı ByLock kullanıcı listeleri arasındaki tutarsızlığın yanı sıra tespit edilen ve nihayetinde kovuşturulan kullanıcı sayısı ile indirme sayısı arasındaki tutarsızlık gibi - ulusal mahkemeler tarafından benzer şekilde cevapsız 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'nın 134. maddesi uyarınca ByLock verilerinin toplanmadığını veya kendisiyle paylaşılmadığını savunmuş ve böylece bu delillerin yalnızca hukuka uygunluğuna değil aynı zamanda güvenilirliğine de itiraz etmiştir (bkz. yukarıdaki 58, 73, 91 ve 92. paragraflar). Ancak Mahkeme, veri toplama prosedürünün hukuka uygunluğunu teyit etmek ve başvuranın ByLock sunucusuyla bağlantı kurduğunu doğrulamak dışında, ulusal mahkemelerin sunucudan elde edilen verilerin bütünlüğünün her açıdan - yani başvuranın bireysel kullanımı meselesinin ötesinde - 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 bulunmamışlardır. Daha spesifik olarak, ByLock

verilerinin MİT tarafından toplanması ile sulh ceza mahkemesinin 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 yargılamalarında 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 (bkz. yukarıdaki 91 ve 92. paragraflar).

335. 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 Bölge Adliye Mahkemesi'nin KOM'dan başvuranın ByLock üzerinden yaptığı yazışmaların içeriğinin yanı sıra iletişim kurduğu kişilerle ilgili bilgi vermesini talep ettiğini not etmektedir. Ancak daha sonra, başvuranın mahkumiyetinin 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 (bkz. 98 yukarıda).

336. AİHM, Yargıtay'ın bu tespiti yaparken, yargılama usulünün adilliğini incelemek yerine, sadece ceza davasının sonucuyla ilgilendiğini gözlemlemektedir (bkz. *mutatis mutandis*, *Pullicino / Malta*, (k.k.), No. 45441/99, AİHM 2000-II). Başvuranın kendisiyle ilgili ByLock materyallerine - özellikle de mesajlarının ve bağlantılarının içeriğine - tam erişiminin sonucu etkileyip etkilemediğini belirlemek Mahkeme'nin görevi olmasa da, ByLock uygulamasının kullanımından çıkarılan 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 mahkumiyetine yol açan ağırlığı göz önünde bulundurulduğunda daha da önem kazanmaktadır.

337. Beşinci olarak, Mahkeme, yukarıda belirtilen eksiklikler temelinde savunmanın maruz kaldığı önyargının, 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 erişmenin 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, mahkemeler bunu yapmadılar.

338. Bu bağlamda, başvuranın ByLock uygulamasını örgütsel amaçlarla kullandığı iddiası, suçlayıcı ByLock içeriğinin veya hiyerarşik bir bağlantıya işaret eden diğer bilgilerin bulunması gibi, bu konuda yapılan herhangi bir özel olgusal bulguya dayanmamakta, ancak başlangıçta MİT tarafından yapılan ve Yargıtay'ın dönüm noktası niteliğindeki kararlarında kabul edilen ByLock'un "münhasıran" FETÖ/PDY üyeleri tarafından kullanıldığı argümanı altında yer almaktadır. Öyle görünüyor ki, Hükümetin iddiasının aksine başvuranın itiraz ettiği bu münhasırlık argümanı (bkz. paragraflar 74, 90, 91 ve 99), şifreli yapısı, diğer kullanıcılarla iletişime geçmek için gereken özel düzenlemeler, VPN kullanma zorunluluğu ve içeriğin otomatik olarak silinmesi gibi uygulamanın teknik özelliklerinin yanı sıra şifresi çözülen kullanıcı profilleri ve içerikle desteklenmiştir (bkz. yukarıdaki 115-116 ve 158-160. paragraflar). Bununla birlikte, Mahkeme, başvuranın iç hukuk yargılamaları sırasında, ByLock uygulamasının 2016 yılının başlarına kadar - yani yaklaşık iki yıl boyunca - herhangi bir kontrol mekanizması olmaksızın halka açık uygulama mağazalarından veya sitelerinden indirilebildiğine dikkat çektiğini ve bunun münhasırlık argümanını zayıflattığını ve iddia edildiği gibi "örgütsel amaçlar" için kullanılıp kullanılmadığını doğrulamak için iddia edilen her kullanıcı için bu uygulama üzerinden gerçekleştirilen belirli faaliyetlerin incelenmesi gerektirdiğini belirtmiştir (bkz. yukarıdaki 74, 90 ve 99. paragraflar).

339. Mahkeme, 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 (bkz. yukarıdaki 115. paragraf). Yukarıda belirtildiği üzere, teknik analiz, bu rakamların doğruluğunu teyit etmek mümkün olmasa da, *diğerlerinin yanı sıra*, birden fazla cihaza indirmiş veya silip yeniden indirmiş olabilecek kişi sayısı göz önüne alındığında, ByLock sunucularında 215.092 kullanıcı olmasıyla tutarsız görünmediğini belirtmiştir (bkz. adı geçen yer). Ayrıca, başvuran tarafından sunulan ve Hükümet tarafından reddedilmeyen bilirkişi raporuna göre (bkz. paragraf 134), indirme işlemini takiben diğer kullanıcılarla iletişim kurmak için gereken konfigürasyonların ve münhasırlık argümanını desteklemek için dayanılan diğer birçok teknik özelliğin, kullanımı yalnızca belirli bir grupla sınırlandırılacak nitelikte olmadığı, aslında yaygın olarak kullanılan birçok uygulamada bulunduğu, başvuranın ulusal mahkemeler önünde de dile getirdiği bir noktadır (bkz. yukarıdaki 90. paragraf). Ayrıca, Anayasa Mahkemesi'nin *Ferhat Kara* kararında atıfta bulunulan bazı FETÖ/PDY şüphelilerinin ByLock'u

"*Cemaatten* arkadaşlarından" duyduktan sonra bir uygulama mağazasından nasıl indirdiklerini ve kullanımının bir noktada *Cemaat* genelinde nasıl yayıldığını açıklayan ifadelerine atıfta bulunmaktadır (bkz. yukarıdaki 176. paragraf), uygulamanın katı bir örgütsel hiyerarşi dışında da indirilmiş ve kullanılmış olabileceğini düşündürmektedir. Bu bağlamda, dönüm noktası niteliğindeki Yargıtay kararlarında ortaya konan orijinal testin, bir kişinin "örgütün talimatıyla ağa katıldığı" tespit edilmesi halinde ByLock kullanımının FETÖ/PDY ile bağlantıya kanıt teşkil edeceğini belirttiğini vurgulamak önemlidir (bkz. yukarıdaki 160. paragraf), ne Yargıtay'ın kendisi ne de başvuranın özel davasındaki mahkemeler, daha sonra bu yönde ayrı bir değerlendirme yapmamıştır. Ayrıca, bu değerlendirmenin neden gerekli görülmediğine dair herhangi bir açıklama da yapmamışlardır.

340. Mahkeme'nin niyeti bu olgusal iddialardan esaslı bir sonuç çıkarmak olmasa da, bu iddialar "münhasırlık" ve "örgütsel kullanım" argümanında, ByLock'un münhasır olmadığı nasıl tespit edildiğine ve Ceza Kanunu'nun 314 § 2 maddesi anlamında ByLock'un FETÖ/PDY'nin "üyesi" olmayan hiç kimse tarafından kullanılmadığı ve kullanılamayacağına dair ulusal mahkemeler tarafından daha fazla açıklama yapılmasını gerektiren bazı bariz boşluklara işaret etmektedir, (bkz. benzer bir tespit için, Sözleşme'nin 5 § 1 maddesi bağlamında, *Akgün*, yukarıda anılan, § 173). Bu durum, bir kez daha, yukarıdaki 266. paragrafta belirtildiği üzere, örgütün görünüşte katmanlı yapısı göz önünde bulundurulduğunda özellikle böyledir. Mahkeme, dönüm noktası niteliğindeki kararlarında 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 ve bu tespitleri derinlemesine incelemediklerini kaydetmektedir.

341. Mahkeme, yukarıda belirtilenler ışığında, başvuranın aleyhindeki delillere itiraz etme ve savunmasını etkili bir şekilde ve iddia makamıyla eşit bir şekilde yürütme fırsatına sahip olmasını sağlamak için yeterli güvencelerin bulunmadığı kanaatinde (bkz. *Horvatić / Hırvatistan*, No. 36044/09, § 84, 17 Ekim 2013). 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 (bkz. başvurucunun argümanı, yukarıdaki 97. paragraf).

(ii) *Kalan deliller*

342. Yukarıdaki bulguları ve dava dosyasında kalan delillerin sınırlı önemini - yani başvuranın Bank Asya'da hesap kullanması ve ByLock

kullanmasının gösterdiği üzere FETÖ/PDY üyesi olduğu bulgusunu güçlendiren dolaylı unsurlar olarak öne sürülen sendika ve dernek üyeliği - göz önünde bulunduran Mahkeme, ulusal mahkemelerin başvuranın kalan delillere ilişkin itirazlarını uygun bir şekilde inceleyip incelememediğini daha fazla incelemeye gerek olmadığı kanaatinde.

343. Bununla birlikte, Mahkeme, ulusal mahkemelerin kararlarında, bu eylemlerin, tali bir şekilde bile olsa, nasıl suç teşkil eden bir davranışa delil olabileceğine dair anlamlı bir tartışmanın eksikliğine dikkat çekmektedir. Bu bağlamda, söz konusu eylemlerin, gerçekleştirildikleri tarihte, yasallık karinesinden yararlanan görünüşte yasal eylemler olduğunu (bkz. *Taner Kılıç*, yukarıda anılan, § 105) ve dahası, bir sendikaya ve bir derneğe üyelik söz konusu olduğunda, başvuranın Sözleşme'deki haklarını kullanmasıyla ilgili olduğunu gözlemlemektedir (bkz. aşağıdaki 385-397. paragraflar). Dolayısıyla ulusal mahkemelerin, bu eylemlerin başvuranın silahlı bir terör örgütüne üye olduğuna ilişkin bulguyu nasıl güçlendirdiğini açıklığa kavuşturması gerekmektedir. Mahkeme, özellikle, başvuranın Bank Asya işlemlerini açıklamak için sunduğu açıklamanın ulusal mahkemeler tarafından hiçbir zaman doğrulanmadığını veya başka bir şekilde ele alınmadığını not etmektedir.

(ç) Sözleşme'nin 6 § 1 maddesi uyarınca ön kabuller

344. Mahkeme, bir kişinin, bir terör örgütü tarafından iç haberleşme amacıyla tasarlandığı iddia edilen şifreli bir mesajlaşma sistemini kullandığını gösteren elektronik delillerin, ilke olarak, terörle veya diğer örgütlü suçlarla mücadelede çok önemli olabileceğini yineler (bkz. benzer bir tespit için, *Akgün*, yukarıda anılan, § 167). Bununla birlikte, terörle mücadele bu tür delillere başvurulmasını gerektirebilirken, adaletin düzgün bir şekilde yerine getirilmesini sağlayan adil yargılanma hakkı, en basitinden en komplike olanına kadar her türlü ceza soruşturması için geçerlidir. Adaletin adil bir şekilde yerine getirilmesi hakkı, demokratik bir toplumda, yarar uğruna feda edilemeyecek kadar önemli bir yere sahiptir (bkz. *Ramanauskas/Litvanya* [BD], No. 74420/01, § 53, AIHM 2008) ve elde edilen deliller, elektronik olsun ya da olmasın, ulusal mahkemeler tarafından adil yargılamanın temel ilkelerini zedeleyecek şekilde kullanılamaz.

345. Buna göre ve söz konusu ceza yargılamalarının kendine has özelliklerine rağmen - hem yürütüldükleri bağlam hem de binlerce başka kişiyle ilgili yüksek miktarda şifrelenmiş elektronik veri içeren ana delillerin niteliği ve kapsamı açısından - ulusal mahkemelerin, başvuran aleyhindeki yargılamaların genel olarak adil olmasını sağlamak için yeterli önlemleri almaları gerekiyordu. Yukarıda belirtildiği gibi bunu yapmamışlardır. Mahkeme'nin görüşüne göre, ulusal mahkemelerin, başvuranın söz konusu delile etkili bir şekilde itiraz edebilmesi, davanın özünde yatan önemli meseleleri ele alabilmesi ve kararlarını gerekçelendirebilmesi için söz konusu delile *karşı- karşılıklı olarak*- uygun güvenceleri tesis etmemesi, başvuranın

6 § 1 maddesi kapsamındaki usuli haklarının özülle bağdaşmamaktadır. Bu eksiklikler, demokratik bir toplumda mahkemelerin kamuoyunda uyandırması gereken güveni zedeleyici ve yargılamanın adilliğini ihlal edici etkilere sahiptir (bkz. *Ayetullah Ay*, yukarıda anılan, § 192).

346. Mahkeme'nin görüşüne göre, yukarıda belirtilen hususlar, başvuran aleyhindeki ceza yargılamasının Sözleşme'nin 6 § 1 maddesini ihlal ederek adil yargılanma gerekliliklerini karşılamadığı sonucuna varmak için yeterlidir.

(d) Sözleşme'nin 15. Maddesi kapsamındaki hususlar

347. Mahkeme, Sözleşme'nin 6. maddesi tarafından korunan adil yargılanma hakkının, 15 § 2 maddesinde listelenen- istisnai haklar arasında yer almadığını en başta belirtmektedir. Bu nedenle, bu hak sınırlandırılabilir bir haktır. Dolayısıyla, "normal" koşullar altında bu hükmün ihlaline yol açabilecek olan ceza yargılamalarında usule ilişkin belirli güvencelerin ihlali, 15 § 1 maddesinde öngörülen koşulların karşılanması, yani durumun zorunluluklarının kesinlikle gerektirmesi ve devletin uluslararası hukuk kapsamındaki diğer yükümlülükleriyle tutarlı olması koşuluyla, savaş veya ulusun yaşamını tehdit eden diğer olağanüstü hallerde bu hükümle uyumlu olarak kabul edilebilir.

348. Mahkeme bu bağlamda, "ulu[su]nun yaşamı"nın sorumluluğunu taşıyan her Sözleşmeci Devletin, bu yaşamın "kamusal bir acil durum" tarafından tehdit edilip edilmediğine ve eğer öyleyse, acil durumun üstesinden gelmek için ne kadar ileri gidilmesi gerektiğine karar vermesi gerektiğini yineler. O anki acil ihtiyaçlarla doğrudan ve sürekli temas halinde olmaları nedeniyle, ulusal makamlar, hem böyle bir acil durumun varlığına hem de bunu önlemek için gerekli askıya almanın niteliğine ve kapsamına karar vermek için ilke olarak uluslararası yargıçtan daha iyi bir konumdadır. Dolayısıyla, bu konuda ulusal makamlara geniş bir takdir yetkisi bırakılmalıdır (bkz. *İrlanda / Birleşik Krallık*, 18 Ocak 1978, § 207, Seri A no. 25).

349. Bununla birlikte, Sözleşmeci Taraflar sınırsız bir takdir yetkisine sahip değildir. Devletlerin Sözleşme'nin 19. maddesi kapsamındaki taahhütlerine riayet etmelerini sağlamakla yükümlü olan Mahkeme, Devletlerin krizin "kesinlikle gerektirdiği ölçünün" ötesine geçip geçmedikleri konusunda karar verme yetkisine sahiptir. Dolayısıyla, ulusal takdir marjına Avrupa denetimi eşlik etmektedir (a.g.k.). Aynı zamanda, Mahkeme denetimini uygularken, istisnadan etkilenen hakların niteliği, acil duruma yol açan koşullar ve acil durumun süresi gibi ilgili faktörlere uygun ağırlığı vermelidir (bkz. 26 Mayıs 1993 tarihli *Brannigan ve McBride / Birleşik Krallık kararı*, § 43, Seri A No. 258-B).

350. Mahkeme, bu çerçevedeki denetiminin öncelikle, Sözleşme'nin tüm maddelerine içkin olan ve Sözleşme'nin Giriş bölümünde açıkça atıfta bulunulan demokratik bir toplumun temel ilkelerinden biri olan hukukun

üstünlüğü tarafından yönlendirilmesi gerektiğini düşünmektedir (bkz. *Grzeda/Polonya* [BD], No. 43572/18, § 339, 15 Mart 2022, diğer referanslarla birlikte). 15. madde kapsamındaki bir askıya alma, kendisini çevreleyen koşullar tarafından haklı gösterilebilse bile, devletlerin hukukun üstünlüğü ilkesine ve buna bağlı güvencelere saygı gösterme yükümlülüğünden vazgeçme etkisine sahip değildir. Mahkeme'nin daha önce de belirttiği gibi, olağanüstü hal bağlamında bile, hukukun üstünlüğü temel ilkesi geçerli olmalıdır (bkz. örneğin, *Pişkin*, yukarıda anılan, § 153, ve *Ahmet Hüsvrev Altan*, yukarıda anılan, § 165; ayrıca bkz. yukarıdaki 202. paragraf). Benzer şekilde, 15. madde kapsamında geçerli bir istisna, devlet makamlarına bireyler için keyfi sonuçlara yol açabilecek davranışlarda bulunma konusunda *açık çek* vermez. Mahkeme bu bağlamda, devlet makamlarının keyfilüğünün hukukun üstünlüğünün yadsınması anlamına geldiğini yineler (bkz., gerekli uyarlamalarla, *Al-Dulimi ve Montana Management Inc. / İsviçre* [BD], No. 5809/08, § 145, 21 Haziran 2016) ve ister maddi ister usuli haklar bakımından olsun, müsamaha gösterilemez (Sözleşme'nin 15. maddesiyle ilgili olmayan bu yöndeki bir dava için bkz. *Muhammad ve Muhammad/Romanya* [BD], No. 80982/12, § 118, 15 Ekim 2020). Sıklıkla belirtildiği üzere, hukukun üstünlüğü ve keyfi güçten kaçınma, Sözleşme'nin temelinde yatan ilkelerdir ve yargı alanında, halkın tarafsız ve şeffaf bir adalet sistemine olan güvenini artırmaya hizmet ederler (bkz. *Taxquet*, yukarıda anılan, § 90). Buna göre, Mahkeme, adil yargılanma hakkını ihlal eden istisnai bir tedbirin, durumun zorunlulukları tarafından kesinlikle gerekli olması nedeniyle tamamen haklı olup olmadığını belirlerken, istismara karşı yeterli güvencelerin sağlanıp sağlanmadığını ve tedbirin hukukun üstünlüğüne zarar verip vermediğini de incelemelidir.

351. Mahkeme ayrıca, 6. maddenin, yetkililerin, yaşam hakkını ve halkın bedensel güvenlik hakkını koruma görevlerini yerine getirirken terörle veya diğer ciddi suçlarla mücadele etmek için etkili tedbirler almalarını orantısız bir şekilde zorlaştıracak şekilde uygulanmaması gerektiğini yineler (bkz. *Ibrahim ve Diğerleri / Birleşik Krallık* [BD], No. 50541/08 ve 3 diğerleri, § 252, 13 Eylül 2016). Bu bağlamda, 7. madde kapsamında, bu tehdidin dinamik doğası ve daha spesifik olarak, darbe girişimi ve FETÖ/PDY'nin iddia edilen alışılmışın dışındaki doğası ve kullandığı yöntemler nedeniyle Türkiye'nin karşı karşıya kaldığı ciddi çıkmaz göz önünde bulundurulduğunda, devletlerin terörle mücadelede karşılaştıkları zorluklara ilişkin değerlendirmelerine atıfta bulunmaktadır. Mahkeme ayrıca, darbe girişimi sonrasında Türkiye'deki adli makamların karşı karşıya kaldığı ağır yükün de farkındadır. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi'nin özgürlük ve güvenlik hakkı bağlamında *Aydın Yavuz ve Diğerleri* davasında, yargı ve soruşturma makamlarının, darbe girişiminin getirdiği beklenmedik durum nedeniyle aniden on binlerce şüpheli hakkında soruşturma başlatmak ve yürütmek zorunda kaldıkları göz önüne alındığında, öngörülemez kadar ağır bir iş yüküyle başa çıkmak zorunda kaldıkları yönündeki tespitlerine

atıfta bulunmaktadır. Ayrıca, bu örgütle bağlantılı oldukları iddiasıyla binlerce hâkim ve savcı görevden alınmış olup, bunlardan bazılarının Mahkeme önünde derdest başvuruları bulunmaktadır (bkz. *Baş*, yukarıda anılan, §§ 92 ve 93).

352. Mevcut davanın somut olaylarına dönecek olursak, Hükümet, Mahkeme'yi, başvuranın 6. madde kapsamındaki şikayetlerini, askıya almanın tebliğini dikkate alarak incelemeye davet etmiş ve genel bir şekilde, olağanüstü hal sırasında çıkarılan tüm kanun hükmünde kararnamelere atıfta bulunmuştur. Ancak, ByLock delilleriyle ilgili olarak başvuran tarafından dile getirilen adil yargılanma sorunlarına ilişkin argümanlarını kanıtlamak söz konusu olduğunda, bu sorunların, dolaylı olarak bile olsa, söz konusu kanun hükmünde kararnameler tarafından kabul edilen özel tedbirlerden kaynaklandığını hiçbir şekilde iddia etmemişlerdir (karşılaştırmamız *Pişkin*, yukarıda anılan, §§ 121- 25 ve 153).

353. Bununla birlikte Hükümet, başvuranın davasında ulusal mahkemelerin "münhasırlık" argümanına ilişkin olarak Yargıtay'ın dönüm noktası niteliğindeki kararlarına dayanmalarının, bu konuyu yeni bir incelemeye tabi tutmaksızın, olağanüstü halin gereklilikleriyle tutarlı olduğunu ve yargının söz konusu dönemde faaliyet gösterdiği kısıtlamalar göz önünde bulundurulduğunda, Sözleşme'nin 15. maddesi anlamında kesinlikle gerekli olduğunu ileri sürmüştür (bkz. yukarıdaki 297. paragraf). Ancak Mahkeme, 6 § 1 maddesi kapsamında tespit ettiği sorunun, ulusal mahkemelerin başvuranın davasını incelerken Yargıtay'ın dönüm noktası niteliğindeki kararlarının yarattığı emsallere dayanması olmadığını belirtmektedir. Daha ziyade, Hükümet'in de ilgili görüşlerinde önemini kabul ettiği üzere, başvuranın bu bulgulara itiraz etmek için yeterli araçlardan mahrum bırakılmış olmasıdır (bkz. adı geçen yer). Bu bağlamda, ne Hükümet ne de ulusal mahkemeler - Yargıtay'ın dönüm noktası niteliğindeki kararları da dahil olmak üzere - ilgili dönemde savunmanın haklarını kısıtlamak için herhangi bir özel önlem alındığını veya alınması gerektiğini iddia etmemiştir. Dahası, Yargıtay'ın dönüm noktası niteliğindeki kararlarında, söz konusu "münhasırlık" argümanının olağanüstü halin özel koşulları nedeniyle geliştirildiğine dair hiçbir işaret bulunmamaktadır.

354. Bu bağlamda Mahkeme, başvuranın davasına müdahil olan ulusal mahkemelerin hiçbirinin ByLock deliline ilişkin adil yargılanma sorunlarını Sözleşme'nin 15. maddesi veya benzer şekilde olağanüstü hallerde askıya almayı düzenleyen Türk Anayasası'nın 15. maddesi açısından incelemeye girmektedir (bkz. yukarıdaki 141. paragraf) veya bu konulara yaklaşımlarını çerçeveleyen bağlamsal bir faktör olarak bile, olağanüstü hale yol açan tehditlerden veya zorluklardan bahsetmemiştir. Hükümet aksini iddia etmemiştir. Ayrıca, Anayasa Mahkemesi'nin bu konuları özgürlük ve güvenlik hakkı (bkz. yukarıdaki 351. paragrafın yanı sıra *Baş*, yukarıda anılan, §§ 92 ve 93) ve adli yardım hakkı (bkz. yukarıdaki 209. paragraf) bağlamında yakından incelediği kararlara benzer şekilde, ulusal

mahkemelerin olağanüstü halin ve eşkıya almanın mevcut davada etkilenen adil yargılanma meselelerine etkilerini değerlendirmeye gerçekten giriştiği ilgili dönemde verilen başka herhangi bir yargı kararı da sunmamışlardır. Mahkeme ayrıca, Hükümet'in Sözleşme'nin 6 § 3 (c) maddesi kapsamındaki görüşlerinin bir parçası olarak yaptığı "olağanüstü halin yargı makamlarının kararlarında belirleyici olmadığı ve yargısal faaliyetlerin kendi ilke ve kurallarına göre yürütüldüğü" yönündeki açıklamasını, başvuranın 21 Mart 2017 tarihinde - yani olağanüstü hal devam ederken - ilk derece mahkemesi tarafından tutuksuz yargılanmak üzere serbest bırakılmasının da kanıtladığı üzere not etmektedir (bkz. yukarıdaki 209. paragraf). Mahkeme, bu ifadenin yapıldığı özel bağlam ve 6 § 3 (c) maddesinin aşağıda belirtilen nedenlerle mevcut kararda incelenmeyeceği gerçeği göz önüne alındığında, bu ifadenin mevcut incelemenin amaçları açısından sınırlı önemini kabul etmektedir (bkz. 366-367. paragraflar). Bununla birlikte, bu ifadenin, ceza yargılamasının ulusal mahkemeler tarafından başvuranın usuli haklarına uygun bir şekilde yürütüldüğüne dair ByLock deliliyle ilgili olarak başvuran tarafından dile getirilen adil yargılanma sorunlarına ilişkin Hükümet'in gözlemleriyle tutarlı olduğunu düşünmektedir (bkz. yukarıdaki 289-299. paragraflar ve özellikle 289. paragraf).

355. Mahkeme, bir yandan terörle etkin bir şekilde mücadele etmek ve diğer yandan bireysel haklara saygı göstermek arasındaki dengeyi kurmakla doğrudan sorumlu olan Devlet makamlarının, acil bir durumla başa çıkmak için hangi önlemlerin en münasip veya amaca muvafık olduğuna ilişkin görüşü yerine, kendi görüşünü ikame etmesinin görevi olmadığını bilincindedir (bkz. *Brannigan ve McBride*, yukarıda zikredilen, madde 59). Mahkeme ayrıca, 15 Temmuz 2016'daki askeri darbe girişiminin ardından Türkiye'nin karşı karşıya kaldığı zorlukların şüphesiz dikkate alınması gereken bağlamsal bir faktör olduğunu kabul etmektedir. Bununla birlikte, Sözleşme'nin 6. maddesi 3. fıkrası (c) bendine ilişkin sunduğu görüşlerin aksine Hükümetin (bkz. 209. paragraf) yukarıda hususen belirtilen adil yargılanma sorunlarının olağanüstü hal sırasında alınan özel tedbirlerden kaynaklanıp kaynaklanmadığına ve eğer kaynaklanıyorsa, özel tedbirlerin neden gerekli olduklarına veya olağanüstü duruma gerçek ve orantılı bir yanıt olup olmadıklarına ilişkin Mahkemeye ayrıntılı gerekçeler sunmadığı not edilmiştir (bkz. *A. ve Diğerleri/Birleşik Krallık* [BD], no. 3455/05, madde 184, AİHM 2009, ve *Alparslan Altan*, yukarıda anılan, madde-fıkra 116-18). Bu koşullar altında, Mahkeme, başvuranın adil yargılanma haklarına getirilen söz konusu sınırlamaların durumun kesin gerekliliği olarak kabul edilemeyeceğini değerlendiriyor; ki yukarıda 345. paragrafta belirtildiği üzere, bahse konu kısıtlamalar 6. Madde 1. fıkra kapsamındaki usuli hakların özüyle bağdaşmamaktadır ve demokratik bir toplumda mahkemelerin halka telkin etmesi gereken güveni sarsıcı etkiye neden olmaktadır. Bu tür koşullarda aksi yönde bir tespit, her zaman hukukun üstünlüğü ışığında yorumlanması gereken Sözleşme'nin 6. madde 1. fıkrasının sağladığı

güvenceleri ortadan kaldıracaktır (bkz. *Nicolae Virgiliu Tănase/Romanya* [BD], no. 41720/13, § 192, 25 Haziran 2019).

(e) **Sonuç**

356. Mahkeme, yukarıdaki mülahazalar ışığında, mevcut davada Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

IV. SÖZLEŞME'NİN 6. MADDESİNE İLİŞKİN DİĞER İHLAL İDDİALARI

357. Başvuran ayrıca, Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, özellikle son yıllarda hâkimlik teminatı ilkesini zedelediğini iddia ettiği çeşitli yasal ve fiili gelişmeler nedeniyle, bağımsız ve tarafsız mahkemeler tarafından yargılanmadığından şikâyetçi olmuştur.

358. Ayrıca, Sözleşme'nin 6. maddesinin 3. fıkrasının (c) bendi uyarınca, 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.

A. 6. Maddenin 1. fıkrası kapsamında ulusal mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığına ilişkin iddialar

359. Başvuran, Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, kendisini yargılayan mahkemelerin bağımsız ve tarafsız olmadığını ileri sürerek, özellikle darbe girişimi sonrasında meydana gelen bazı yasal ve fiili gelişmeler nedeniyle hâkimlik teminatı ilkesinin aşıldığını iddia etmiştir. Daha spesifik olarak, 6723 sayılı Kanun'un 23 Temmuz 2016 tarihinde yürürlüğe girmesinin ardından (bkz. yukarıda paragraf 150) Yargıtay'ın tüm üyelerinin görev süreleri sona ermeden değiştirildiğini ifadeyle, söz konusu kanunun mahkemenin bağımsızlığına ve tarafsızlığına gölge düşürdüğünü iddia etmiştir. Ayrıca, 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 3. maddesi uyarınca (bkz. paragraf 151), terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulu tarafından milli güvenliğe zararlı faaliyetlerde bulunduğu karar verdiği diğer örgütlere "üyeliği, iltisakı veya irtibatı" olduğu değerlendirilen hâkim veya savcılar görevden alınabilmektedir. Bu minvalde, darbe girişiminden kısa bir süre sonra yaklaşık 3.000 hâkim ve savcı görevden alınmış ve tutuklanmış, çok sayıda hâkim ise ByLock delilleri de dâhil olmak üzere FETÖ/PDY lehine verdikleri kararlar nedeniyle farklı görevlere atanmış veya görevden uzaklaştırılmıştır. Başvuran, ilgili tayin ve açığa alma kararlarını veren Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun, birçok uluslararası kurum tarafından da belirtildiği üzere, yapısal bağımsızlık ve tarafsızlıktan yoksun olduğunu iddia etmiştir.

360. Hükümet, başvuranın yerel yargı organlarının bağımsızlığı ve tarafsızlığına ilişkin şikâyetlerinin ulusal mahkemeler önünde usulüne uygun

olarak dile getirilmediğini, davasıyla ilgili olmadığını ve özellikle de hakimlerin yargısal faaliyetleri nedeniyle tayin edilmeleri ve görevden uzaklaştırılmalarına ilişkin iddiaların soyut ve spekülatif olduğunu ileri sürmüştür. Hükümet, hakim ve savcılarla ilgili atama, nakil ve diğer tüm idari konuların, anayasal statüye sahip bağımsız bir organ olan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun sorumluluğunda olduğunu belirtmiştir. Hükümet ayrıca, başvuran tarafından işaret edilen Yargıtay üyeliğindeki değişikliğin, Türk yargısının iki kademeli bir sistemden üç kademeli bir sisteme dönüştürülmesinin bir parçası olarak darbe girişiminden önce yasalaştığını ve ilgili hâkimlerin maaşlarının ve diğer haklarının, yargının bağımsızlığını ve tarafsızlığını ve görev güvencelerini koruyan Anayasa kapsamında korunmaya devam ettiğini vurgulamıştır. 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 3. maddesiyle getirilen tedbirlere ilişkin olarak Hükümet, hiçbir demokratik devlette, bir terör örgütüyle bağlantısı olduğu tespit edilen bir yargıcın mesleğini icra etmesine izin verilemeyeceğini ileri sürmüştür. Ayrıca, ihraç kararları yargı denetimine tabidir.

361. Uluslararası Hukukçular Komisyonu, üçüncü taraf görüşlerinde, zaten bir süredir tehdit altında olan Türk yargısının bağımsızlığının, özellikle yargı mensuplarının keyfi bir şekilde toplu olarak görevlerinden ihraç edilmesi ve Nisan 2017 anayasa reformunun bir parçası olarak Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nda yapılan yapısal değişiklikler göz önüne alındığında, darbe girişiminden sonra daha da kötüleştiğini ileri sürmüştür.

362. Mahkeme, ilk olarak, Hükümet'in iddiasının aksine, başvuranın Türk yargısının bağımsızlığı ve tarafsızlığına ilişkin iddialarını Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi önünde dile getirdiğini belirtir (bkz. 96. ve 103. paragraflar).

363. Ayrıca, Türkiye'de son yıllarda yargı teşkilatına ilişkin olarak yapılan mevzuat değişikliklerinin (bkz. paragraf 150-153) yanısıra çeşitli uluslararası organlar tarafından Türk yargısının bağımsızlığına ilişkin algılanan erozyona ve yürütmenin aşırı müdahalesine ilişkin endişelere dair yapılan tespitleri de not eder (bkz. örneğin, *Selahattin Demirtaş/Türkiye (no. 2)* [BD], no. 14305/17, § 434, 22 Aralık 2020, ve *Baş* davalarına ilişkin görüş ve raporlar, yukarıda anılan, §§ 252-54 ve 277). Ancak Mahkeme, Türk yargı sistemi hakkında soyut olarak genel tespitlerde bulunulmasının veya çeşitli devlet güçleri arasındaki ilişkilerin ve etkileşimin izin verilen sınırları hakkında karar verilmesinin değil; önündeki somut davaya ilişkin gerçekler çerçevesinde, adil yargılanma hakkının koşullarının yerine getirilip getirilmediğinin tespitinin talep edildiğini vurgulamaktadır (bkz. *mutatis mutandis, Kleyn ve Diğerleri / Hollanda* [BD]. *Hollanda* [BD], no. 39343/98 ve 3 diğerleri, § 193, AİHM 2003-VI; *Thiam/Fransa*, no. 80018/12, § 62, 18 Ekim 2018; ve *Baş*, yukarıda anılan, § 277).

364. Bu bağlamda Mahkeme, mevcut davada başvuran tarafından ileri sürülen argümanların, ne ulusal yargılama sırasında ne de Mahkeme önünde, davasının incelenmesine katılan ve bireysel yargılamasında somut sonuçlar

doğuran hakimlerle ilgili herhangi bir spesifik iddia olmaksızın, genel anlamda yargıya yönelik bir eleştiri içerdiğini gözlemlemektedir (Başvuranın bu konudaki argümanları için bkz. paragraf 359). Mahkeme, mevcut davanın temelinde yatan daha acil meselenin, Türk yargısının FETÖ/PDY üyeliğinden mahkûmiyet kararlarında ByLock delillerine ilişkin benimsediği ve Sözleşme'nin . ve 6 § 1 maddelerinin ihlal edildiğine dair bulgulara yol açan tek tip ve genelleyici yaklaşım olduğu kanaatindedir.

365. Dolayısıyla Mahkeme, bu başlık altındaki şikayetlerin kabul edilebilirlik ve esasa ilişkin ayrı bir inceleme gerektirmediği kanaatindedir.

B. 6. Maddenin 3. fıkrası kapsamında etkili hukuki yardım hakkına ilişkin iddialar

366. Başvurucunun, madde 6 fıkra 3 gereğince, 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 6. maddesi 1. fıkrası (d) maddesi (bkz. 154 nolu paragraf) ile getirilen kısıtlamalar nedeniyle avukatıyla özel olarak görüşemediği iddiasına ilişkin olarak, Mahkeme, bu hüküm ile 6 § 1 maddesi kapsamındaki daha geniş adil yargılanma güvencesi arasındaki karşılıklı ilişkiye dair yerleşik içtihadına atıfta bulunmaktadır. Mahkeme, ceza yargılamalarının genel olarak adil olup olmadığını değerlendirirken, uygun olduğunda, adil yargılanma kavramının belirli yönlerini temsil eden 6 § 3 maddesinde listelenen asgari haklara ne ölçüde riayet edildiğini dikkate alabilir. Ancak, bu spesifik usul hakları kendi başlarına birer amaç değillerdir. Bunların özünde, her zaman ceza yargılamasının bir bütün olarak adil olmasına katkıda bulunma amaçlanmaktadır. (bkz. *mutatis mutandis*, İbrahim ve Diğerleri (§250, §251) ve Correia de Matos/Portekiz [BD], no. 56402/12, § 120, 4 Nisan 2018).

367. Mahkeme, yukarıda da belirtildiği üzere (bkz. Paragraf 356), başvuranın ağır bir ceza gerektiren ciddi bir suçtan mahkûm edilmesine yol açan yargılamaların, AIHS'in 6. Maddesi kapsamında esastan ve temel olarak, adil olmadığını değerlendirir. Bu çerçevede, AIHM, bu başlık altındaki şikâyetin kabul edilebilirliğini ve esasını ayrı ayrı ele almayı gerekli görmemektedir (bkz. yukarıda anılan Navalnyy ve Ofitserov, §§ 120 ve 121).

V. SÖZLEŞME'NİN 8. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

368. Başvuran, Sözleşme'nin 8. maddesi uyarınca, (i) ByLock verilerinin MİT tarafından mahkeme kararı olmaksızın ve ilgili yasal çerçeveye aykırı olarak toplandığı ve kullanıldığı ve (ii) İnternet trafik verilerinin (CGNAT) BTK tarafından yasal süre sınırı dışında elde edildiği konusunda şikâyetle bulunmuştur.

369. Hükümet, *diğerlerinin yanı sıra*, başvuranın bu başlık altındaki şikayetlerinin, ilgili ByLock ve internet trafiği verilerinin elde edilmesi ve işlenmesi nedeniyle özel hayatına müdahale iddiasını içermediğini, daha ziyade söz konusu verilerin kendisini mahkum etmek için delil olarak

kullanılmış olmasıyla ilgili olduğunu iddia etmiştir. Bu nedenle, bu başlık altındaki şikâyetin Sözleşme'nin 6. maddesi açısından incelenmesi gerektiğini iddia etmişlerdir. Ayrıca, başvuranın internet trafiği verilerinin azami süre sınırı dışında tutulmasından şikâyetçi olduğu ölçüde, Hükümet ilgili süre sınırının sadece internet servis sağlayıcılarını ilgilendirdiğini yinelemiştir. Her halükarda, başvuru, hukuka aykırı olduğu iddia edilen saklama işleminden sorumlu tuttuğu Devlet makamlarına karşı idari dava açabilirdi, ancak bunu yapmamıştır.

370. Başvuran, 8. maddeye ilişkin şikâyetlerinin ilk ayağına ilişkin olarak sunduğu görüşlerinde, *diğerlerinin yanı sıra*, "bu davadaki asıl sorunun, iddia edilen ByLock verilerinin bir istihbarat servisi tarafından elde edilmesi ve bunun özel hayata saygı hakkına yansımaları değil, bir istihbarat servisinin ceza muhakemesi usulü kapsamında sağlanan güvenceleri göz ardı ederek verileri elde etmesi ve ardından bu verilerin mahkûmiyetinin tek gerekçesi olarak delil olarak kullanılması olduğunu" belirtmiştir.

371. Mahkeme, başvuranın gözlemlerinden, Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında sunduğu şikâyetlerinin temelinde, bu tür bir hukuka aykırı eylem nedeniyle özel hayatına yapılan müdahaleden ziyade, hukuka aykırı olarak elde edildiği iddia edilen ByLock ve internet trafiği verilerine dayanılarak mahkûm edilmesinin yattığını not etmektedir. Ayrıca, Hükümet'in de aynı görüşte olduğunu gözlemlemektedir.

372. Başvuranın kendisi tarafından 8. Madde boyutunun tali bir mesele olarak görülmesi hususu, hem ulusal mahkemeler hem de Mahkeme önünde yaptığı ve söz konusu deliller temelinde mahkûmiyetinin adillğine odaklanan savunmalarının kapsamında da anlaşılmaktadır. Özel hayatla ilgili hususlar, gerek ByLock gerekse internet trafiği verileriyle ilgili olsun, büyük ölçüde sadece ilgili delillerin ceza yargılamasında kullanılmasıyla bağlantılı oldukları ölçüde kullanılmıştır.

373. Yukarıda belirtilenleri ve başvuranın hukuka aykırı olarak elde edilen delillere dayanılarak mahkûm edilmesine ilişkin olarak 8. Madde kapsamında dile getirdiği temel meselelerin 6/1. Madde kapsamında ele alınmış olduğunu göz önünde bulunduran Mahkeme, mevcut davanın özel koşullarında 8. madde açısından bu şikâyetlerin kabul edilebilirliği ve esası hakkında ayrı bir karar vermeye gerek olmadığı kanaatindedir.

VI. SÖZLEŞME'NİN 11. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

374. Başvuran, ulusal mahkemelerin kendisini mahkûm etme kararlarını, yasal olarak kurulmuş bir sendikaya (Aktif Eğitim-Sen) ve bir derneğe (Kayseri Gönüllü Eğitimciler Derneği) üye olmasına, ki bu durum söz konusu hüküm tarafından korunan temel haklarının kullanılmasından başka bir şey değildir, dayandırmaları nedeniyle Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlal edildiğinden şikâyetçi olmuştur. Sözleşme'nin 11. Maddesi aşağıdaki gibidir:

YÜKSEL YALÇINKAYA/TÜRKİYE KARARI

"1. Herkes, çıkarlarını korumak için sendika kurma ve sendikalara üye olma hakkı da dahil olmak üzere, barışçıl olarak toplanma ve başkalarıyla birlikte örgütlenme özgürlüğü hakkına sahiptir.

2. Bu hakların kullanılmasına, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, kamu emniyetinin sağlanması, düzensizliğin veya suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olanlar dışında hiçbir kısıtlama getirilemez. Bu madde, bu hakların silahlı kuvvetler, polis veya Devlet idaresi mensupları tarafından kullanılmasına hukuka uygun sınırlamalar getirilmesini engellemez."

A. Kabul Edilebilirlik

375. Bu şikâyet, açıkça dayanaktan yoksun olmadığı gibi, Sözleşme'nin 35. maddesinde belirtilen diğer gerekçelerden dolayı da kabul edilemez değildir. Bu nedenle kabul edilebilir ilan edilmelidir.

B. Değerler

1. Tarafların sunumları

(a) Başvuru Sahibinin Sunumları

376. Başvuran, evvela, yargı organlarının, *diğer hususların yanı sıra, bir sendikaya ve bir derneğe üye olduğu gerekçesiyle kendisini terör suçundan mahkum etme ve altı yıl üç ay hapis cezasına çarptırma kararının, Sözleşme'nin 11. maddesinde güvence altına alınan haklarına doğrudan, açık ve ağır bir müdahale teşkil ettiğini ileri sürmüştür. Bu bağlamda, başvuran, Hükümet'in iddiasının aksine, mahkemenin kendisini mahkum etme kararının temelini oluşturan her bir delile özel bir ağırlık vermediğini ileri sürmüştür. Ayrıca, Hükümet dahi, başvuranın söz konusu sendika ve derneğe üyeliğinin, hem iç hukuk hem de uluslararası hukuk kapsamındaki temel haklarını kullanmasıyla doğrudan ilgili olduğunu inkar etmemiştir. Dolayısıyla, Hükümet'in herhangi bir müdahalede bulunulmadığı yönündeki iddiası savunulabilir değildir.*

377. Müdahalenin haklı olup olmadığı sorusuna ilişkin olarak, başvuran, ilk olarak, Hükümet'in, hem sendikanın hem de söz konusu derneğin Türkiye yasalarına uygun olarak kurulduğuna ve faaliyet gösterdiğine itiraz etmediğine işaret etmiştir. Gerçekten de Aktif Eğitim-Sen, eğitim alanındaki kamu görevlilerini temsil eden bir sendika olmuştur. Kayseri Gönüllü Eğitimciler Derneği, çocuklara "gönüllü eğitim hizmetleri" sağlamaya adanmıştı. Bu bağlamda, başvuran çocuklara ücretsiz satranç kursları vermiştir. Ayrıca, başvuran, sendika ve derneğe üye olarak, terör suçu işlemek için herhangi bir niyet veya güdü göstermediğini belirtmiştir. Daha da önemlisi, mahkeme başvuranın herhangi bir yasadışı faaliyete giriştiğinden ya da katıldığından bahsetmemiş ya da ima dahi etmemiştir. Söz konusu sendika ya da dernek de böyle bir faaliyette bulunmamıştır.

Dolayısıyla, bu kurumlara üyeliği ile mahkum edildiği terör suçu arasında mantıklı bir bağlantı yoktu.

378. Yukarıda belirtilen hususlar ışığında, başvuran, mahkemenin, suçlu bulunduğu Ceza Kanunu'nun 314 § 2. Maddesini yorumlamasının, Sözleşme'nin 11. Maddesi kapsamındaki haklarına yapılan müdahalenin kanunla öngörülmemiş muğlak ve keyfi olduğu görüşündedir.

379. Son olarak, başvuran, mevcut davanın olgularının, Hükümet'in dayandığı *Ayoub ve Diğerleri / Fransa* (no. 77400/14 ve diğer 2, 8 Ekim 2020) davasından tamamen farklı olduğunu belirtmiş ve Mahkeme'den bu argümanı reddetmesini istemiştir.

(b) Hükümet tarafından sunulan görüşler

380. Sözleşme'nin 6. ve 7. maddeleri kapsamında ByLock başvurusuna ilişkin görüşlerine atıfta bulunan Hükümet, başvuranın 11. madde kapsamındaki haklarına herhangi bir müdahalede bulunulmadığını, zira mahkûmiyetine dayanak teşkil eden belirleyici delilin ByLock kullanması olduğunu ileri sürmüştür. Ayrıca, mahkeme, başvuranın FETÖ/PDY'nin elebaşının talimatıyla Bank Asya'ya para yatırmış olmasını ve Olağanüstü Hal sırasında alınan tedbirler bağlamında 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile kapatılan bir sendika ve derneğin üyesi olmasını dikkate almıştır. Söz konusu sendika ve derneğin FETÖ/PDY'nin örgütsel faaliyetlerini yasal bir görünüm altında yürütme amacını taşıdığı göz önünde bulundurulduğunda, yargı organları başvuranın üyeliğini sadece destekleyici bir delil olarak değerlendirmiştir. Dolayısıyla, bir bütün olarak ele alındığında, başvuranın mahkûmiyeti için mahkeme tarafından dayanılan delil unsurları birbiriyle çelişmemekte, aksine birbirini tamamlamakta ve teyit etmektedir. Durum böyleyken, mahkeme, başvuranın mahkum edildiği suçun maddi ve manevi unsurlarının oluştuğunu tespit etmiştir. Buna göre, başvuran sadece bir dernek veya sendikaya üye olduğu için cezalandırılmamış ve toplanma ve örgütlenme özgürlüğüne saygı gösterilmesi hakkında yararlanmasında herhangi bir engelle karşılaşmamıştır.

381. Mahkeme'nin, başvuranın Sözleşme'nin 11. maddesi kapsamındaki haklarına bir müdahale olduğunu düşünmesi halinde, Hükümet, bu müdahalenin kanunla, yani Ceza Kanunu'nun 314 § 2 maddesi ve Yargıtay içtihadıyla öngörüldüğü görüşündedir. Bu bağlamda Hükümet, Yargıtay'ın yerleşik içtihadının, sanığın işlediği eylemlerin süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk kriterlerini karşılamaması veya silahlı terör örgütünün hiyerarşik yapısına dahil olduğunu göstermemesi koşuluyla, bir sendika veya dernek üyeliğinin, bir kişiyi silahlı terör örgütü üyeliğinden mahkum etmek için yeterli olmayacağını gösterdiğini ileri sürmüştür. Bununla birlikte, Yargıtay içtihadı, ByLock kullanan, FETÖ/PDY'nin talimatları doğrultusunda Bank Asya'ya para yatıran ve FETÖ/PDY ile bağlantılı olduğu düşünülen bir

sendikaya üye olan bir kişinin mahkum edilmesinin uygun olduğunu göstermiştir.

382. İddia edilen müdahalenin amacına ilişkin olarak Hükümet, başvuranın üyesi olduğu tespit edilen FETÖ/PDY'nin Türkiye Cumhuriyeti'ni yıkmaya teşebbüs ettiği göz önüne alındığında, bunun ulusal güvenlik ve kamu güvenliğinin korunması ve karmaşanın veya suçun önlenmesi olduğunu savunmuştur. Hükümet ayrıca, her türlü müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olduğunu vurgulayarak, ilk derece mahkemesinin başvuranın sendika ve dernek üyeliğine ihtiyatla yaklaştığını ve bunları yalnızca "destekleyici" veya "tamamlayıcı" kanıtlar olarak dikkate aldığını savunmuştur.

383. Hükümet ayrıca, dünyanın pek çok farklı yerinde, suç örgütlerinin, demokrasi ve insan haklarının sunduğu avantajlardan yararlanan yasal yapıların kisvesi altında yasadışı faaliyetler yürüttüğünü savunmuştur. Bu bağlamda Hükümet, Mahkeme'nin *Ayoub ve Diğerleri* (yukarıda anılan) kararına atıfta bulunarak, Mahkeme'nin içtihadında da bu tür bazı örgütlerin tespit edildiği iddiasını desteklemiştir. Hükümet, FETÖ/PDY'nin faaliyetleri ve anayasal düzeni ortadan kaldırma amacı göz önüne alındığında, Mahkeme'nin bu içtihattan ayrılması için bir neden bulunmadığını ileri sürmüştür.

2. Mahkeme'nin değerlendirmesi

384. Mahkeme, Sözleşme'nin 7. maddesi uyarınca, başvuranın ByLock uygulamasını kullandığı iddiasına dayanan silahlı terör örgütü üyeliğinden mahkûmiyetinin, iç hukukun geniş ve öngörülemez bir yorumu yoluyla ByLock kullanıcılarına etkili bir şekilde objektif sorumluluk yüklediği için bu hükmün gerekliliklerine aykırı olduğunu tespit etmiştir. Mahkeme bu tespiti yaparken, ilgili iç hukuk kararlarına ve Hükümet'in görüşlerine dayanarak (bkz. yukarıdaki 87, 88, 160, 165, 181, 188, 232 ve 233 paragraflar), 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 (bkz. yukarıdaki 257, 262 ve 268 paragraflar; ayrıca bkz. yukarıdaki 380 ve 381. paragraflardaki Hükümet'in bu bağlamda Sözleşme'nin 11. maddesi çerçevesinde aşağıdaki paragraflarda yer alan görüşleri). Bununla birlikte, bu üyelikler başvuranın Sözleşme'nin 11. maddesi tarafından korunan örgütlenme özgürlüğü hakkını kullanmasını temsil ettiğinden, bunun yukarıda açıklanan sınırlı ölçüde bile olsa kendisini mahkûm etmek için kullanılması, bu şikâyetin Mahkeme tarafından incelenmesini gerektirmektedir.

(a) Bir müdahale olup olmadığı

385. 11. maddede belirtilen örgütlenme özgürlüğü hakkı, dernek kurma hakkını da içermektedir. Ortak bir menfaat alanında kolektif olarak hareket

etmek amacıyla tüzel kişilik kurabilme, örgütlenme özgürlüğünün en önemli unsurlarından biridir ve bu hak olmaksızın herhangi bir anlam ifade etmeyecektir (bkz. *Gorzelik ve Diğerleri / Polonya* [BD], No. 44158/98, § 88, AİHM 2004-I, ve *Sidiropoulos ve Diğerleri / Yunanistan*, 10 Temmuz 1998, § 40, Kararlar Derlemesi 1998-IV).

386. Gerçekten de, ilgili ülkedeki demokrasinin durumu, bu özgürlüğün ulusal mevzuat kapsamında nasıl güvence altına alındığı ve yetkililer tarafından fiiliyatta nasıl uygulandığı ile ölçülebilir (bkz. *Gorzelik ve Diğerleri*, yukarıda anılan, § 88). Mahkeme içtihadında, demokrasi, çoğulculuk ve örgütlenme özgürlüğü arasındaki doğrudan ilişkiyi birçok kez teyit etmiş ve yalnızca ikna edici ve zorlayıcı nedenlerin bu özgürlüğe getirilen kısıtlamaları haklı çıkarabileceği ilkesini ortaya koymuştur. Tüm bu kısıtlamalar Mahkeme tarafından sıkı bir denetime tabidir (a.g.k.).

387. Mahkeme, 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 cezai sorumluluğun belirlenmesinde kullanılmasının ilgili haklara müdahale anlamına gelebileceğini belirtmektedir. Bu ifadelerin veya eylemlerin ceza yargılamasında kullanılmasının doğrulayıcı veya tamamlayıcı niteliği, bu sonucu ortadan kaldırmaz. Mevcut davada, adli makamların iddianamede ve kararlarda başvuranın Aktif Eğitim-Sen ve Kayseri Gönüllü Eğitimciler Derneği üyeliğine dayanması, sadece yan bir şekilde olsa bile, Sözleşme'nin 11. maddesi kapsamındaki haklarına bir müdahale teşkil etmek için yeterlidir.

(b) Müdahalenin haklı olup olmadığı

388. Mahkeme'nin yerleşik içtihadına göre, Sözleşme'nin 8 ila 11. maddelerinde yer alan "yasayla öngörülmüş" ve "yasaya uygun" ifadeleri, yalnızca itiraz edilen tedbirin iç hukukta bir dayanağı olmasını değil, aynı zamanda, yukarıda belirtildiği üzere, Sözleşme'nin tüm maddelerinin özünde bulunan hukukun üstünlüğü ilkesiyle de uyumlu olmasını gerektirmektedir (bkz. yukarıdaki 350. paragraf; bkz. ayrıca *Maestri/İtalya* [BD], No. 39748/98, § 30, AİHM 2004-I). Bu maddelerle korunan haklara yönelik bir müdahalenin kanunla öngörülüp öngörülmediği sorusuna ilişkin genel ilkeler için Mahkeme, *Selahattin Demirtaş* kararına atıfta bulunmaktadır (yukarıda anılan, §§ 249-54).

389. Mevcut davada Hükümet, söz konusu müdahalenin kanunla, yani Yargıtay tarafından yorumlandığı şekliyle Ceza Kanunu'nun 314 § 2 maddesiyle öngörüldüğünü savunmuştur. Başvuran, müdahalenin iç hukukta bir dayanağı olduğuna itiraz etmemekle birlikte, mevcut olaylarda ilgili hükmün yorumlanması ve uygulanmasının, Sözleşme'nin 11 § 2 maddesi uyarınca yasallık gerekliliğinin gerisinde kaldığını iddia etmiştir. Dolayısıyla, mevcut davada söz konusu olan, söz konusu kanunun "niteliği", özellikle de

etkileri bakımından öngörülebilir olup olmadığıdır (bkz. örneğin, *Kudrevičius ve Diğerleri/Litvanya* [BD], No. 37553/05, § 108, AİHM 2015) ve Sözleşme'nin 11. maddesinin ikinci paragrafı kapsamındaki hukukun üstünlüğü kriterine uygun olup olmadığını değerlendirmiştir.

390. Söz konusu sendika ve derneğin, darbe girişiminin ardından FETÖ/PDY ile bağlantılı oldukları gerekçesiyle 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile kapatılmadan önce yasal olarak kuruldukları ve faaliyet gösterdikleri ortak kabul görmektedir. 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile FETÖ/PDY ile bağlantılı olmaları nedeniyle milli güvenliğe tehdit oluşturdukları gerekçesiyle *kapatılmadan önce yasal olarak kurulmuş ve faaliyet göstermişlerdir*. Mahkeme, görünüşte Sözleşme'nin 11. maddesi kapsamına giren ve şiddeti teşvik etmeyen veya demokratik bir toplumun temellerini başka bir şekilde reddetmeyen eylemlerin yasallık karinesinden yararlanması gerektiğini düşünmektedir (Sözleşme'nin 5. maddesi bağlamında yapılan benzer bir değerlendirme için *Taner Kılıç*, yukarıda anılan, § 105). Bununla birlikte, belirli bir davada bu karineyi çürütmek ulusal makamlara açıktır. Bu nedenle, mevcut davada ulusal makamların bunu yapıp yapmadığı tespit edilmelidir.

391. Bu bağlamda Mahkeme, söz konusu sendika ve derneğin 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile kapatılmasına neden olan eylemlerinin niteliğine ilişkin olarak mahkeme kararında herhangi bir açıklama bulunmadığına dikkat çeker. Mahkemenin bu noktadaki değerlendirmesi, söz konusu Kanun Hükmünde Kararname uyarınca FETÖ/PDY ile bağlantılı oldukları gerekçesiyle kapatıldıklarını gözlemlemekle sınırlı kalmıştır (benzer bir tespit için bkz. *Adana TAYAD / Türkiye*, No. 59835/10, §§ 33- 34, 21 Temmuz 2020). 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 (Sözleşme'nin 5. maddesi kapsamında bir tutuklama kararı bağlamında benzer bir durum için bkz. *Atilla Taş/Türkiye*, No. 72/17, § 129, 19 Ocak 2021). Ayrıca, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi, bu hususlara daha fazla açıklık getirmeksizin, dayanılan deliller de dâhil olmak üzere, ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır. Son olarak, Hükümet, Mahkeme önündeki görüşlerinde, bu hususlara ilişkin daha fazla açıklama sunan başka bir ulusal mahkeme kararı sunmamış, sadece söz konusu sendika ve derneğin FETÖ/PDY'nin amaçları doğrultusunda hareket ettiğini ileri sürmüştür.

392. Buna göre, başvuran aleyhindeki ceza yargulamaları sırasında, ulusal mahkemelerin, 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 değerlendirmedeği görülmektedir. Bu bağlamda, Hükümet'in, başvuranın sendika ve dernek üyeliklerine ilişkin yasallık karinesini (yukarıda açıklanan) çürütmek için herhangi bir özel kanıt sunmadığını da belirtmek gerekir (bkz. *Atilla Taş*, yukarıda anılan, § 134). Mahkeme, 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 olmadığı kanaatindedir.

393. Bu noktada Mahkeme, *Selahattin Demirtaş* davasında (yukarıda anılan), başvuranın Ceza Kanunu'nun 314. maddesi uyarınca cezalandırılabilir ciddi suçlarla bağlantılı olarak tutuklu yargılanmasının siyasi açıklamalarına ve yasal bir örgüte katılmasına dayandırıldığı davada, başvuranın tutuklanmasını haklı kılacak eylemlerin yelpazesinin geniş olduğuna ve bu maddenin içeriğinin, ulusal mahkemeler tarafından yorumlanması da dikkate alındığında, ulusal makamların keyfi müdahalelerine karşı yeterli koruma sağlamadığına karar verdiğini yinelemektedir (ayrıca Venedik Komisyonu'nun bu konudaki görüşü için bkz. yukarıdaki 201. paragraf). Mahkeme, ifade özgürlüğü hakkının kullanılmasını silahlı bir terör örgütüne üye olma, terör örgütü kurma veya yönetme ile bir tutmayı gerektiren bir ceza kanunu hükmünün bu kadar geniş yorumlanmasının, böyle bir bağlantıya dair somut bir kanıtın yokluğunda, haklı gösterilemeyeceği görüşünü benimsemiştir (bkz. yukarıda anılan *Selahattin Demirtaş*, §§ 277- 80).

394. Bu nedenle, *Selahattin Demirtaş* kararında varılan sonuçların, Sözleşme'nin 11. maddesi bağlamında mevcut davada uygulanıp uygulanmayacağı sorusu ortaya çıkmaktadır. Bu soruya cevap verebilmek için, iki davanın olgusal koşullarının birbirleriyle yeterince karşılaştırılabilir olup olmadıklarını tespit etmek amacıyla dikkatli bir değerlendirme yapılmalıdır. Mahkeme, *Selahattin Demirtaş davasında*, başvuranın tutuklanmasına ve yargılanmasına dayanak teşkil eden delillerin, yalnızca Sözleşme'nin 10. maddesi uyarınca ifade özgürlüğünün kullanılması kapsamına giren konuşmalardan veya eylemlerden oluştuğunu kabul etmektedir. Mevcut davada, 11. maddenin korumasından yararlanan eylemler, ulusal mahkemeler tarafından yalnızca başvuranın mahkumiyetini destekleyici faktörler olarak dayanak alınmıştır. Bununla birlikte, bu sadece bir derece farkıdır ve Ceza Kanunu'nun 314. maddesinin kapsamının, bu hükmü yorumlayan içtihatlarda gerekli olan ve silahlı bir terör örgütüne üyeliği gösteren süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk kriterlerini yerine getirecek somut unsurlar olmaksızın, suç teşkil eden bir davranış göstergesi olarak, her ikisi de o dönemde yasal olarak faaliyet gösteren bir sendikaya ve bir derneğe üyeliği içerecek şekilde öngörülemeyen bir şekilde genişletildiği gerçeği ortadadır. Dolayısıyla, bu olgusal farklılık, mevcut davayı *Selahattin Demirtaş'ın* davasından ayrılmak için yeterli görünmemektedir.

395. Son olarak, Hükümet'in mevcut şikâyetin *Ayoub ve Diğerleri* (yukarıda anılan) temelinde reddedilmesi gerektiği yönündeki argümanına ilişkin olarak, Mahkeme, paramiliter tipte üç aşırı sağcı derneğin kapatılmasıyla ilgili olan bu davanın mevcut davadan önemli ölçüde farklı olduğunu düşünmektedir. Bu derneklerden ilkinin kapatılması, siyasi

görüşlerin ifade edilmesine değil, *diğerlerinin yanı sıra* bir şiddet eylemine, yani bir kişinin öldürülmesine dayanırken, ikinci ve üçüncü dernekler, üyeleri tarafından çeşitli vesilelerle şiddet içeren yollar da dahil olmak üzere fiilen desteklenen ve uygulamaya konulan hedeflerin, tartışmasız bir şekilde, özellikle Müslüman göçmenlere, Yahudilere ve eşcinsellere yönelik nefret ve ırk ayrımcılığına teşvik unsurları içerdiği gerekçesiyle kapatılmıştır. İki davanın olguları arasındaki önemli farklılıklar göz önünde bulundurulduğunda, Hükümet'in Mahkeme'nin burada *Ayoub ve Diğerleri* (yukarıda anılan) davasındakiyle aynı tutumu benimsemesi gerektiği yönündeki argümanı reddedilmelidir.

396. Yukarıda belirtilen hususlar ışığında Mahkeme, mevcut davada Ceza Kanunu'nun 314 § 2 maddesinin başvuranın Aktif Eğitim-Sen ve Kayseri Gönüllü Eğitimciler Derneği üyeliğiyle ilgili olarak yorumlanma şeklinin, bu hükmün kapsamını öngörülemeyen bir şekilde genişlettiğini, keyfi müdahalelere karşı gerekli asgari korumayı sağlamadığını ve bu nedenle Sözleşme'nin 11 § 2 maddesinin gerektirdiği şekilde "kanunla öngörülmüş" olarak kabul edilemeyeceğini tespit etmektedir.

397. Yukarıdaki tespit ışığında, müdahalenin 11. maddenin 2. paragrafında sıralanan meşru amaçlardan bir veya daha fazlasını izleyip izlemediğini ve "demokratik bir toplumda gerekli" olup olmadığını incelemek gereksizdir.

(c) Sözleşme'nin 15. Maddesi kapsamındaki hususlar

398. Mahkeme, başvuranın 6. madde kapsamındaki şikâyetlerini Sözleşme'nin 15. maddesi açısından değerlendirirken, hukukun üstünlüğü ilkesine uyulmasını sağlama ihtiyacının her zaman vazgeçilmez olduğunu ve olağanüstü hallerde bile bu ilkedan sapmanın mümkün olmadığını vurgulamıştır (bkz. yukarıdaki 350. paragraf). Hukukun üstünlüğünün Sözleşme'nin ve tüm hükümlerinin temelinde yatan ilke olduğu göz önüne alındığında (bkz. *Grzęda*, yukarıda anılan, § 341), bu hususlar 11. madde bakımından da geçerlidir. Buna göre, Mahkeme, toplanma ve örgütlenme özgürlüğü hakkını ihlal eden istisnai bir tedbirin olağanüstü halin özel koşulları tarafından tamamen haklı gösterilip gösterilmediğini ve durumun zorunlulukları tarafından kesinlikle gerekli olup olmadığını belirlerken, kamu makamlarının Sözleşme tarafından güvence altına alınan haklara keyfi müdahalelerine karşı güvencelerin sağlanıp sağlanmadığını ve tedbirin hukukun üstünlüğüne zarar verip vermediğini de incelemelidir.

399. Hükümet'in 11. madde kapsamındaki şikâyetin 21 Temmuz 2016 tarihinde bildirilen askıya alma dikkate alınarak incelenmesi talebi, söz konusu sendika ve derneğin 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile olağanüstü hal döneminde alınan tedbirler kapsamında kapatıldığı argümanına dayanmaktadır. Ancak Mahkeme, mevcut davada söz konusu olan 11. madde ihlalinin, ilgili sendika ve derneğin kapatılmasından değil, başvuranın söz konusu sendika ve derneğe üyeliğinin, silahlı terör örgütüne

üye olma suçundan mahkûmiyetini destekleyici bir delil olarak kullanılmasından kaynaklandığını belirtmektedir. Her ne olursa olsun, Hükümet, başvuranın söz konusu sendika ve derneğe üyeliğinin ulusal mahkemeler tarafından özel olarak kullanılmasının, Türkiye'de olağanüstü halin ortaya çıkmasına neden olan durumun zorunlulukları tarafından kesinlikle gerekli olup olmadığına dair herhangi bir açıklama yapmamıştır. Başvuranın davası bağlamında veya başka bir yerde bu tür bir değerlendirmenin yapıldığı herhangi bir iç hukuk kararına da işaret etmemişlerdir.

400. Bu eylemlere dayanılmasının, öngörülemez olması nedeniyle yasallık şartını ihlal ettiği tespiti, ulusal mahkemelerin Ceza Kanunu'nun 314 § 2 maddesinin kapsamını aşırı genişlettiği ve böylece başvuruları keyfi müdahalelere karşı asgari korumadan mahrum bıraktığı anlamına gelmektedir ki bu koruma hukukun üstünlüğünün korunması için temeldir (ilgili olduğu üzere bkz. yukarıdaki 350. paragraf).

401. Yukarıda belirtilenler ışığında Mahkeme, Hükümet'in, başvuranın Sözleşme'nin 11. maddesi kapsamında korunan haklarına yapılan müdahalenin, 15. madde kapsamındaki durumun gerekleri nedeniyle mutlak gerekli görüldüğünü kanıtlayamadığına karar vermiştir.

(ç) Sonuç

402. Yukarıda belirtilen hususlar ışığında Mahkeme, mevcut davada Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

VII. SÖZLEŞME'NİN 41. VE 46. MADDELERİNİN UYGULANMASI

A. Sözleşme'nin 46. Maddesi

403. Sözleşme'nin 46. maddesi aşağıdaki gibidir:

"1. Yüksek Sözleşmeci Taraflar, taraf oldukları her davada Mahkeme'nin nihai kararına uymayı taahhüt ederler.

2. Mahkeme'nin nihai kararı, kararın uygulanmasını denetleyecek olan Bakanlar Komitesi'ne iletilir."

1. Genel ilkeler

404. Sözleşme'nin 46. maddesi uyarınca kararların icrası bağlamında, Mahkeme'nin Sözleşme'nin ihlal edildiğini tespit ettiği bir karar, davalı Devlet'e, tespit edilen ihlale son verme ve ihlalden önceki durumu mümkün olduğunca eski haline getirecek şekilde sonuçlarını telafi etme yükümlülüğü getirmektedir (bkz. birçok karar arasında, *Kurić ve Diğerleri / Slovenya* (adil tazmin) BD], No. 26828/06, § 79, AİHM 2014). Bununla birlikte, Mahkeme'nin kararları esasen beyan niteliğindedir. Buna göre, bir davaya taraf olan Sözleşmeci Devletler, Bakanlar Komitesi'nin denetimine tabi olmak kaydıyla, Mahkeme'nin ihlal tespit ettiği bir karara - iç hukuk

düzenlerinde benimsenecek genel ve/veya uygun olması halinde bireysel tedbirler de dâhil olmak üzere - uyacakları araçları seçmekte, uygulamanın iyi niyetle ve kararın "sonuçları ve ruhu" ile uyumlu bir şekilde gerçekleştirilmesi kaydıyla, ilke olarak serbesttirler (bkz. örneğin, *Ilgar Mammadov/Azərbaycan (ihlal davası)*. *Azərbaycan (ihlal davası)* [BD], No. 15172/13, § 149, 29 Mayıs 2019).

405. Bununla birlikte, bazı özel durumlarda Mahkeme, davalı Devlete, ihlal tespitine yol açan duruma - genellikle sistemik bir duruma - son vermek için alınabilecek tedbirlerin türünü belirtmeyi faydalı bulmuştur. Ancak bu tür durumlarda bile, Sözleşme'nin 46 § 2 maddesi uyarınca bu tür tedbirlerin uygulanmasını değerlendirme yetkisi münhasıran Bakanlar Komitesi'ne aittir (bkz. *Ilgar Mammadov (ihlal davası)*, yukarıda anılan, §§ 153-55, ve *Kavala (ihlal davası)*, yukarıda anılan, § 134).

406. Özellikle davaların yeniden açılmasıyla ilgili olarak, Mahkeme bu tür tedbirlere hükmetme yetkisine sahip olmadığını açıkça belirtmiştir (bkz. diğer kararlar arasında, *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) / İsviçre (no. 2)* [BD], No. 32772/02, § 89, AİHM 2009, ve *Moreira Ferreira*, yukarıda anılan, § 48). Bununla birlikte, bir kişinin Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edildiği yargılamalar sonucunda mahkum edildiği durumlarda, Mahkeme, talep edilmesi halinde, yeniden yargılamanın veya davanın yeniden açılmasının ilke olarak ihlali telafi etmek için uygun bir yol olduğunu ve çoğu zaman da en uygun yol olduğunu belirtebilir (bkz. sırasıyla, *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT)*, yukarıda anılan, § 89, ve *Moreira Ferreira*, yukarıda anılan, §§ 49 ve 52). Bu, R (2000) 2 sayılı Tavsiye Kararı'nda, Sözleşme'ye Taraf Devletlere, davanın yeniden incelenmesi ve yargılamanın ulusal düzeyde yeniden başlatılması için mekanizmalar oluşturmaları çağrısında bulunan ve istisnai durumlarda bu tür tedbirlerin "*restitutio in integrum'a* ulaşmanın tek olmasa da en etkili yolu" olduğunu tespit eden Bakanlar Komitesi'nin ilkeleriyle uyumludur (bkz. *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT)*, yukarıda anılan, §§ 33 ve 89).

407. Mahkeme, ceza davalarının yeniden açılmasına ilişkin yukarıda belirtilen ilkelerin, Sözleşme'nin 7. maddesinin ihlal edildiğini tespit ettiği durumlarda da geçerli olduğunu teyit etmektedir (bkz. örneğin, *Dragotoni ve Militaru-Pidhorni*, yukarıda anılan, § 55, ve *Sinan Çetinkaya ve Ağyar Çetinkaya/Türkiye*, No. 74536/10, § 49, 24 Mayıs 2022).

408. Son olarak, Mahkeme'nin kararları sadece önüne getirilen davaların karara bağlanmasına değil, daha genel olarak Sözleşme tarafından tesis edilen kuralların açıklığa kavuşturulmasına, korunmasına ve geliştirilmesine hizmet etmekte ve böylece devletlerin Sözleşmeciler Taraf olarak üstlendikleri taahhütlere uymalarına katkıda bulunmaktadır (bkz. örneğin, *Jer onovičs/Letonya* [BD], No. 44898/10, § 109, 5 Temmuz 2016).

2. Genel ilkelerin davaya uygulanması

(a) Başvuranla ilgili olarak alınması gereken bireysel tedbirler

409. Mevcut davada yapılan ihlal tespitleri, özellikle de Sözleşme'nin 7. ve 6. maddeleri kapsamındaki, davalı Devlet'e, başvuranın haklarına yönelik bu ihlalleri gidermek için uygun tedbirleri alma yükümlülüğü getirmektedir.

410. İctihadında da kabul edildiği üzere, Avrupa'da, Mahkeme tarafından Sözleşme'nin ihlal edildiğinin tespit edilmesinin ardından, bireylerin, kesin hükümle sonuçlanmış bir ceza davasının yeniden açılması için başvuruda bulunmalarına olanak tanıyan çok çeşitli hukuk yolları bulunmaktadır; ancak, Sözleşmeciler Devletler arasında, davanın yeniden açılması için başvuruda bulunma hakkına ilişkin yeknesak bir yaklaşım bulunmamaktadır (bkz. *Moreira Ferreira*, yukarıda anılan, § 53).

411. Türk hukukunda, CMK'nın 311 § 1 (f) maddesi uyarınca iç mevzuat böyle bir hakkı açıkça öngörmektedir; bu madde, ilgili olduğu üzere, Sözleşme'nin veya Protokollerinin ihlal edildiğine dair Mahkeme'nin nihai kararını takip eden bir yıl içinde yargılamanın yenilenmesinin talep edilebileceğini öngörmektedir. Bu nedenle Mahkeme, Sözleşme'nin 6. veya 7. maddelerinin gerekliliklerinin ihlal edildiği yargılamaların ardından bir kişinin mahkum edildiği Türkiye aleyhindeki davalarda ceza yargılamalarının yeniden açılması olasılığına sıklıkla *atıfta* bulunmuştur (bkz. örneğin, *Balta ve Demir/Türkiye*, No. 48628/12, § 70, 23 Haziran 2015; *Fikret Karahan/Türkiye*, No. 53848/07, § 64, 16 Mart 2021; *Faysal Pamuk/Türkiye*, No. 430/13, § 79, 18 Ocak 2022; ve *Sinan Çetinkaya ve Ağyar Çetinkaya*, yukarıda anılan, § 49).

412. Yukarıda belirtilen ilkeler ışığında ve diğer benzer ihlallerin önlenmesi veya giderilmesi için gerekli olabilecek genel tedbirlere halel getirmeksizin (bkz. aşağıdaki 418. paragraf), ceza davasının yeniden açılması, talep edilmesi halinde, mevcut davada tespit edilen ihlallere son vermenin ve başvuranın mağduriyetini gidermenin en uygun yolu olacaktır. *Sejdovic/İtalya* ([BD], No. 56581/00, § 127, AİHM 2006-II) davasında belirtildiği üzere, yeni bir yargılamanın nasıl devam edeceğini ve ne şekilde olacağını belirtmek Mahkeme'ye düşmez; yasal yükümlülüklerini yerine getirmek için kullanılacak araçların seçimi, bu araçların Mahkeme kararının sonuçları ve ruhuyla uyumlu olması kaydıyla, Hükümet'in takdirine kalmıştır.

(b) Benzer vakalara ilişkin alınacak tedbirler

413. Mahkeme, mevcut davada, Sözleşme'nin 7. ve 6. maddeleri kapsamındaki ihlallerin, özellikle ulusal mahkemelerin ByLock kullanımına ilişkin nitelendirmelerinden kaynaklandığını gözlemlemektedir. Bu yaklaşıma göre, bu uygulamayı kullandığı ulusal mahkemelerce tespit edilen herkes, ilke olarak, Ceza Kanunu'nun 314 § 2 maddesi uyarınca silahlı terör örgütüne üyelikten mahkum edilebilir.

414. Bu nedenle Mahkeme, mevcut davada Sözleşme'nin 7. ve 6. maddelerinin ihlal edildiğinin tespit edilmesine yol açan durumun, münferit bir olaydan kaynaklanmadığını veya olayların belirli bir şekilde gelişmesine atfedilemeyeceğini, ancak sistemik bir sorundan kaynaklandığının kabul edilebileceğini düşünmektedir . Bu sorun çok sayıda kişiyi etkilemiştir ve etkilemeye devam etmektedir (bkz. *mutatis mutandis*, *Broniowski/Polonya* [BD], No. 31443/96, § 189, AİHM 2004-V). Mevcut davada olduğu gibi ByLock kullanımına dayalı mahkûmiyet kararlarına ilişkin olarak Sözleşme'nin 7. ve/veya 6. maddeleri kapsamında yapılan benzer şikâyetleri içeren 8.000'den fazla başvurunun yapılmış olması bu durumu kanıtlamaktadır .

415. Mevcut davada yargı yetkisinin Büyük Daire'ye bırakılmasının ardından, Hükümet'ten, Anayasa Mahkemesi de dahil olmak üzere, ulusal mahkemeler önünde halen derdest olan ve özellikle mevcut davada olduğu gibi ByLock mesajlaşma uygulamasının kullanımı temelinde Ceza Kanunu'nun 314 § 2 maddesi uyarınca suçlamalar içeren ceza davalarının yaklaşık sayısını belirtmesi talep edilmiştir. Hükümet, ulusal mahkemelerde görülmekte olan ceza davalarına ilişkin resmi istatistiklerin, Mahkeme'nin özel sorusuna cevap vermelerini sağlayacak bilgileri içermediği cevabını vermiştir. Ancak, yetkililer tarafından tespit edilen ByLock kullanıcılarının sayısının yüz bin civarında olduğu göz önünde bulundurulduğunda (bkz. 119 Mahkeme, Sözleşme'nin 7. ve/veya 6. maddeleri kapsamında benzer şikâyetleri içeren daha birçok başvurunun kendisine yapılabileceğini not etmektedir.

416. Mahkeme'nin içtihadına göre, bir ihlalin çok sayıda insanı etkileyen sistemik bir sorundan kaynaklandığı durumlarda, böyle bir kararın icrası için ulusal düzeyde genel tedbirler alınması gerekecektir (bkz. örneğin, *Broniowski*, yukarıda anılan, §§ 188-94, ve *Văleanu ve Diğerleri/Romanya* , No. 59012/17 ve 27 diğerleri, §§ 269- 73, 8 Kasım 2022). Mahkeme İçtüzüğü'nün 61. maddesi uyarınca pilot karar usulü çerçevesinde sıklıkla başvurulmasına rağmen, Mahkeme bu usulün uygulanmadığı davalarda da genel tedbirlere işaret etmiştir (bkz. birçok örnek arasında, *Lukenda/Slovenya*, No. 23032/02, § 98, AİHM 2005-X; *Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye*, No. 1448/04, § 84, 9 Ekim 2007; *Manole ve Diğerleri/Moldova*, No. 13936/02, § 117, AİHM 2009 (özetler); *Grudić/Sırbistan*, No. 31925/08, § 99, 17 Nisan 2012; *Zor ica Jovanović / Sırbistan*, No. 21794/08, §§ 92 ve 93, AİHM 2013; *Abd ullah Yaşa ve Diğerleri / Türkiye*, No. 44827/08, § 61, 16 Temmuz 2013; *Shishanov / Moldova Cumhuriyeti*, No. 11353/06, §§ 123- 39, 15 Eylül 2015; ve *Tunikova ve Diğerleri / Rusya*, No. 55974/16 ve 3 diğerleri, §§ 149-59, 14 Aralık 2021). İster bir pilot karar çerçevesinde ister başka bir şekilde yapılmış olsun, bu tür göstergelerle amaçlanan, ulusal düzeydeki sistemik sorunları çözerek Sözleşmeciler Devletlerin Sözleşme sistemindeki rollerini yerine getirmelerine yardımcı olmaktadır.

417. Mahkeme bu bağlamda, Bakanlar Komitesi'nin Rec(2004)6 sayılı Tavsiye Kararında belirtildiği üzere, Devletlerin Sözleşme ihlallerinin altında yatan sorunları çözüme konusundaki genel yükümlülüğüne işaret etmektedir (bkz. *Burmych ve Diğerleri / Ukrayna* (kayıttan düşürme) [BD], No. 46852/13 ve diğerleri, § 110, 12 Ekim 2017). Ayrıca, Sözleşmeciler Devletlerin, Mahkeme tarafından tespit edilen sistemik ve yapısal insan hakları sorunlarını çözüme ve Reykjavik'te düzenlenen son Devlet ve Hükümet Başkanları Zirvesi sırasında açık bir şekilde ifade edildiği üzere, bağlayıcı niteliklerini göz önünde bulundurarak nihai kararlarının tam, etkili ve hızlı bir şekilde uygulanmasını sağlama konusundaki taahhütlerini de not eder (bkz. ilgili görülerek yukarıdaki 204. paragrafta atıfta bulunulan Reykjavik Deklarasyonu Ek IV). Mahkeme'nin kaygısı, ulusal insan hakları koruma sisteminde tespit edilen bir kusurun hızlı ve etkili bir şekilde düzeltilmesini kolaylaştırmaktır ve yukarıdaki 408. paragrafta belirtildiği gibi, Komite kararları sadece önüne getirilen davaları karara bağlamakla kalmaz. Bu nedenle, böyle bir kusur tespit edildiğinde, ulusal makamlar, Bakanlar Komitesi'nin denetimine tabi olarak, Sözleşme sisteminin temelini oluşturan ikincillik ilkesine uygun olarak - gerekirse geriye dönük olarak - gerekli telafi tedbirlerini almakla görevlidir; böylece Mahkeme, bir dizi benzer davadaki ihlal bulgusunu tekrarlamak zorunda kalmaz (bkz. yukarıda anılan *Broniowski*, § 193, ve *Scordino / İtalya (no. 1)* [BD], No. 36813/97, § 236, AİHM 2006 V). Mahkeme bu bağlamda, *E.G. / Polonya ve diğer 175 Bug River* başvurusu kararındaki ilgili bulgularına atıfta bulunmaktadır ((k.k.), No. 50425/99, § 27, AİHM 2008 (özetler)), ilgili olduğu üzere:

"Ayrıca, Mahkeme'nin Sözleşme kapsamındaki temel görevinin, Sözleşme'nin 19. maddesinde tanımlandığı üzere, 'Yüksek Sözleşmeciler Tarafların Sözleşme ve Protokollerinde üstlendikleri taahhütlere uyulmasını sağlamak' olduğu da 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; ..."

418. Bu nedenle Mahkeme, gelecekte çok sayıda davada benzer ihlalleri tespit etmek zorunda kalmamak için, mevcut kararda tespit edilen kusurların, ilgili ve mümkün olduğu ölçüde, Türk makamları tarafından daha geniş bir ölçekte - yani mevcut başvuranın özel davasının ötesinde - ele alınması gerektiği görüşündedir. Dolayısıyla, davalı Devlet'in Sözleşme'nin 46. maddesi kapsamındaki yükümlülüklerine uygun olarak, mevcut karardan, özellikle ulusal mahkemeler önünde görülmekte olan davalarla sınırlı olmamak üzere, 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 şekliyle

ilgili Sözleşme standartlarını gerekli şekilde dikkate almaları gerekmektedir. Mahkeme bu bağlamda, Sözleşme'nin 46. maddesinin, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş uluslararası anlaşmaların 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 (bkz. 141 yukarıda).

B. Sözleşme'nin 41. Maddesi

419. Sözleşme'nin 41. Maddesi uyarınca:

"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."

1. Tazminat

420. Başvuran, tutukluluğu nedeniyle uğradığı kazanç kaybı ve yakınlarının kendisini ziyaret etmek için yaptığı seyahat masrafları da dahil olmak üzere tutukluluğuyla ilgili masraflar nedeniyle maddi tazminat olarak 50,000 avro (EUR) talep etmiştir. Ancak, bu taleplerini destekleyecek herhangi bir belge sunmamıştır. Ayrıca, manevi tazminat olarak 50.000 avro talep etmiştir.

421. Hükümet, iddia edilen Sözleşme ihlalleri ile başvuranın uğradığını iddia ettiği zararlar arasında nedensellik bağı bulunmadığını ve talebin dayanaktan yoksun olduğunu düşünmektedir. Manevi tazminata ilişkin olarak Hükümet, talebin benzer şekilde dayanaktan yoksun ve aşırı olduğunu iddia etmiştir.

422. Mahkeme, adil tazmin yoluyla başvuranlara bir miktar para ödenmesinin asli görevlerinden biri olmadığını, ancak Sözleşme'nin 19. maddesi uyarınca devletlerin Sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerine uymalarını sağlama görevinin bir parçası olduğunu yinelemektedir (bkz. *Nagmetov/Rusya* [BD], No. 35589/08, § 64, 30 Mart 2017). "Adil" sıfatının ve "gerekirse" ifadesinin de gösterdiği üzere, Mahkeme bu yetkisini kullanırken belirli bir takdir yetkisine sahiptir (bkz. *Molla Sali / Yunanistan* (adil tazmin) [BD], No. 20452/14, § 32, 18 Haziran 2020, diğer referanslarla birlikte). Mahkeme, koşullara bağlı olarak, bir ihlal tespitin yeterli adil tazmin teşkil ettiğini ve dolayısıyla ilgili taleplerin reddedildiğini de düşünebilir (bkz. *Nagmetov*, yukarıda anılan, § 70 ve orada atıfta bulunulan kararlar).

423. Mahkeme'nin özellikle manevi zararın adil tazmini konusundaki yol gösterici ilkesi, esnekliği ve sadece başvuranın durumu değil, ihlalin meydana geldiği genel bağlam da dahil olmak üzere, davanın tüm koşullarında neyin adil, hakkaniyete uygun ve makul olduğunun objektif bir şekilde değerlendirilmesini içeren hakkaniyet esasına dayanmaktadır (bkz.

Varnava ve Diğerleri / Türkiye [BD], No. 16064/90 ve 8 diğerleri, § 224, AİHM 2009; *Al Jedda/Birleşik Krallık* [BD], No. 27021/08, § 114, AİHM 2011; ve *Nagmetov*, yukarıda anılan, § 73).

424. Başvuranın maddi zarara ilişkin iddialarına dönecek olursak, Mahkeme, yerleşik içtihadına göre, başvuranların bu tür bir zararın iddia edilen ihlallerden kaynaklandığını göstermeleri ve iddialarını destekleyen belgeler sunmaları gerektiğini belirtmektedir (bkz. örneğin, *Selahattin Demirtaş*, yukarıdaki paragraf 447). Mahkeme, başvuranın 27 Temmuz 2016 tarihinde - yani tutuklanmasından yaklaşık iki ay önce - 672 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile FETÖ/PDY ile bağlantılı olduğu şüphesiyle ihraç edildiğini gözlemlemektedir (bkz. yukarıdaki 24. paragraf). Mahkeme ayrıca, mevcut kararda tespit edilen ihlallerin başvuranın mahkûmiyetiyle ilgili olduğunu ve ihraç edilmesiyle ilgili olmadığını kaydeder. Bu koşullar altında Mahkeme, bu ihlaller ile şikâyet edilen maddi zarar arasında nedensellik bağı bulunmadığını tespit etmektedir. Ayrıca, hapis cezası süresince iddia edilen kazanç kaybına ilişkin her türlü iddia spekülatiftir. Bu nedenle, başvuranın maddi tazminat talebini reddetmektedir.

425. Manevi zararlarla ilgili olarak Mahkeme, başvuranın tespit edilen ihlaller nedeniyle bazı sıkıntı ve endişelere maruz kalmış olabileceğini kabul etmektedir. Bununla birlikte, 46. madde kapsamındaki bulguları çerçevesinde belirtildiği üzere, başvuranın CMK'nın 311 § 1 (f) maddesi uyarınca, mevcut kararın verilmesinin ardından iç hukuktaki yargılamaların yeniden başlatılması imkânına sahip olduğunu ve talep etmesi halinde, mevcut davada söz konusu olan Sözleşme hükümlerinin gerekliliklerine uygun olarak yargılamaların yeniden başlatılmasının prensip olarak en uygun telafi şeklini teşkil edeceğini de not etmektedir. Bu nedenle Mahkeme, ihlal tespitinin mevcut davada yeterli adil tazmin olarak kabul edilebileceğini düşünmekte ve dolayısıyla başvuranın bu başlık altındaki talebini reddetmektedir.

2. Maliyetler ve giderler

426. Dava Daire önünde devam ederken, başvuran, ulusal mahkemeler ve Mahkeme önünde yapmış olduğu masraf ve harcamalar için 10.000 Avro talep etmiştir; bu meblağ, 30.000 Türk Lirası (TL) tutarındaki avukatlık ücretinin (söz konusu tarihte yaklaşık 7.650 Avro'ya denk gelmektedir) yanı sıra tercüme, posta ve kırtasiye masraflarını da içermektedir. Başvuran, talebini desteklemek için, kendisi ve avukatı Sayın Akıncı arasında imzalanan ve ulusal mahkemeler ve Mahkeme önünde temsil edilmesine ilişkin yukarıda belirtilen 30.000 TL tutarındaki 17 Mart 2017 tarihli bir hukuki hizmet sözleşmesi sunmuştur. Ayrıca, ulusal mahkemeler önünde yaptığı bazı masraflar için toplam 250 Avro tutarında ödeme emirleri ve makbuzlar sunmuştur.

427. Yetkiden feragat edilmesinin ardından, başvuran ek olarak KDV dahil 7.000 avro masraf ve gider talebinde bulunmuştur; bu meblağ, Büyük Daire önünde Bay Heymans ve Bay Vande Lanotte tarafından yapılan hukuki

temsil masraflarının yanı sıra 1.000 avro olarak belirtilen duruşmayla ilgili seyahat ve konaklama masraflarını da içermektedir. Bu ek talebi desteklemek için başvuran, Belçika merkezli Van Steenbrugge Advocaten hukuk bürosu tarafından düzenlenen 8 Temmuz 2022 tarihli ve KDV dahil 7.000 avro tutarında bir "provizyon talebi" (verzoek tot provisie) sunmuştur.

428. Daire yargılamalarında yapılan masraf ve harcamalara ilişkin taleple ilgili olarak, Hükümet, ödeme yapıldığına dair kanıt bulunmaması nedeniyle, bu harcamaların zorunlu olarak yapılmadığını iddia etmiştir. Ayrıca, özellikle prosedürün karmaşık olmaması ve söz konusu konuların sınırlı sayıda olması göz önüne alındığında, bu masraflar aşırı derecede yüksektir. Başvuranın Büyük Daire'deki yargılama masraf ve giderlerine ilişkin talebine gelince, Hükümet, başvuranın, ek masraf ve giderlerin makul bir şekilde yapıldığını gerekçelendirmediğini ve özellikle, Büyük Daire önünde neden üç avukat tarafından temsil edilmesi gerektiğini ve bunlardan ikisinin neden Belçika'da bulunması gerektiğini açıklamadığını ileri sürmüştür. Ayrıca, talep ettiği ek masrafları ödemediğini veya ödeme yükümlülüğü altında olduğunu gösteren herhangi bir belge sunmamıştır. Bu nedenlerden dolayı, Hükümet, Mahkeme'yi, başvurana herhangi bir masraf ve harcamaya hükmetmemeye davet etmiştir.

429. Mahkeme'nin içtihadına göre, bir başvuru, masraf ve harcamaların geri ödenmesine, ancak bunların gerçekten ve zorunlu olarak yapıldığının ve miktar bakımından makul olduğunun kanıtlanması halinde hak kazanır. Mahkeme İç Tüzüğü'nün 60 §§ 2 ve 3. maddeleri uyarınca, tüm taleplerin ayrıntılı olarak sunulması gerekmektedir; aksi takdirde Mahkeme talebi kısmen veya tamamen reddedebilir (bkz. *Karácsony ve Diğerleri / Macaristan* [BD], No. 42461/13 ve 44357/13, § 189, 17 Mayıs 2016). Bir temsilcinin ücretleri, başvuranın bunları ödemiş olması veya yasal ya da sözleşmeden doğan bir yükümlülük uyarınca bunları ödemekle yükümlü olması halinde fiilen tahakkuk etmiş sayılır (bkz. *Merabishvili/Gürcistan* [BD], No. 72508/13, § 371, 28 Kasım 2017 ve ilgili davalar). Davanın gerektirdiği temsilci sayısı ve uygulanan ücretlere gelince, bunlar Mahkeme tarafından masraf ve harcamaların makul bir şekilde yapıp yapılmadığına ilişkin değerlendirme çerçevesinde dikkate alınan hususlardır (bk. örneğin, *Iatridis / Yunanistan* (adil tazmin) [BD], No. 31107/96, § 55, AİHM 2000 XI).

430. Mevcut davada Mahkeme, başvuranın ulusal mahkemeler ve Daire önünde Akıncı tarafından temsil edilmesi için sunduğu hukuki hizmet sözleşmesinin, Akıncı tarafından talep edilen ücretleri ödemek için yasal bir yükümlülük altında olduğuna dair yeterli kanıt teşkil ettiğini düşünmektedir (bkz. birçok örnek arasında, *Toptaniş / Türkiye*, No. 61170/09, §§ 60 62, 30 Ağustos 2016, ve benzer bir tespit için *Bilgen/Türkiye*, No. 1571/07, §§ 104-06, 9 Mart 2021), özellikle de Hükümet tarafından söz konusu anlaşmanın uygulanabilirliğine itiraz eden herhangi bir argüman sunulmadığı göz önüne alınmıştır (bkz. *Merabishvili*, yukarıda anılan, § 371). Mahkeme ayrıca,

özellikle, davanın tebliği sırasında kendisine yöneltilen karmaşık hukuki sorulara cevaben başvuran tarafından sunulan savunmaların uzunluğu ve ayrıntıları ile Hükümet tarafından sunulan ve kendisi adına önemli miktarda çalışma yapıldığını gösteren aynı derecede hacimli savunmalar dikkate alındığında, talep edilen miktarın aşırı olmadığı kanaatindedir (bkz., gerekli uyarlamalarla, *Kyprianou / Kıbrıs* [BD], No. 73797/01, § 197, AİHM 2005-XIII). Elindeki belgeleri ve içtihadını göz önünde bulunduran Mahkeme, ulusal mahkemeler ve Daire önünde yapılan masraflar için başvurana 8.000 avro ödenmesini makul görmektedir.

431. Davanın Büyük Daire'ye havale edilmesinin ardından yapılan ek masraflara gelince, Mahkeme, başvuranın Büyük Daire önünde kendisini temsil etmesi için ek avukat atama kararının, davanın karmaşık yapısı göz önünde bulundurulduğunda haklı görülebileceği kanaatindedir. Bu koşullar altında, elindeki belgeler ve yukarıdaki hususlar göz önünde bulundurulduğunda, Mahkeme, Büyük Daire önündeki yargılamalarla ilgili olarak başvurana talep ettiği miktarın tamamının (yani 7,000 avro) ödenmesinin makul olduğu kanaatindedir.

432. Dolayısıyla Mahkeme, başvurana masraf ve harcamalar için toplam 15,000 avro ödenmesine karar vermiştir.

3. *Temerrüt faizi*

433. Mahkeme, temerrüt faiz oranının Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal borç verme oranına dayandırılmasını ve bu orana üç puan eklenmesini uygun görmektedir.

2 BU SEBEPLERDEN DOLAYI, MAHKEME,

1. Oybirliliğiyle, Sözleşme'nin 7. maddesi kapsamındaki şikayeti, mahkumiyete dayanak teşkil eden delillere ilişkin savunma haklarına ilişkin olarak Sözleşme'nin 6 § 1 maddesi kapsamındaki şikayeti ve Sözleşme'nin 11. maddesi kapsamındaki şikayeti kabuledilebilir *ilan eder*;
2. Altıya karşı on bir oyla, Sözleşme'nin 7. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir;
3. Bire karşı on altı oyla, Sözleşme'nin 6 § 1 maddesinin ihlal edildiğine *karar vermiştir*;
4. Oybirliliğiyle, Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlal edildiğine *karar vermiştir*;

YÜKSEL YALÇINKAYA/TÜRKİYE KARARI

5. Bire karşı on altı oyla, Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamındaki diğer şikayetlerin ve Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamındaki şikayetin kabul edilebilirliğini ve esasını incelemeye gerek olmadığına karar vermiştir;
6. Yediye karşı on oyla, ihlal tespitinin, başvuranın uğradığı manevi zarar için tek başına yeterli adil tazmin teşkil ettiğine *karar vermiştir*;
7. Üçe karşı on dört oyla
 - (a) Davalı Devletin, üç ay içinde, başvuru sahibine, masraf ve harcamalar için 15,000 avro (on beş bin avro) artı başvuru sahibinden talep edilebilecek her türlü vergiyi, uzlaşma tarihinde geçerli olan kur üzerinden davalı Devletin para birimine çevrilmek üzere ödemesine
 - (b) Yukarıda belirtilen üç aylık sürenin bitiminden uzlaşmaya kadar, 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;
karar vermiştir,
8. Yediye karşı on oyla, başvuranın adil tazmin talebinin geri kalanının *reddine karar vermiştir.*

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 sunulmuştur.

Abel Campos

Síofra O'Leary
Yazı İşleri Müdür Yardımcısı/Başkan

Sözleşme'nin 45 § 2 maddesi ve Mahkeme İçtüzüğü'nün 74 § 2 maddesi uyarınca, aşağıdaki ayrı görüşler bu karara eklenmiştir:

- (a) Yargıç Schembri Orland'in, Yargıçlar Pastor Vilanova ve Šimáčková'nın da katıldığı kısmen muhalefet şerhi;
- (b) Yargıç Krenc ve Sârcu'nun ortak kısmi muhalefet şerhi;
- (c) Yargıç Serghides'in kısmen aynı fikirde, kısmen muhalif görüşü;
- (d) Yargıçlar Ravarani, Bårdsen, Chanturia, Jelić, Felici ve Yüksel'in ortak kısmen muhalefet şerhi;
- (e) Yargıç Felici'nin kısmen muhalif görüşü;
- (f) Yargıç Yüksel'in kısmen muhalif, kısmen muvafık görüşü.

YÜKSEL YALÇINKAYA / TÜRKİYE KARARI

S.O.L.
A.C.

YARGIÇLAR PASTOR VILANOVA VE ŠIMÁČKOVÁ'NIN
DA İŞTİRAK ETTİĞİ YARGIÇ SCHEMBRI ORLAND'IN
KISMEN MUHALEFET ŞERHİ,

1. Mevcut dava, başvuranın, Türk makamları tarafından 15 Temmuz 2016 tarihinde Türkiye'de gerçekleşen darbe girişiminin arkasında olduğu düşünülen "FETÖ/PDY" ("Fetullahçı Terör Örgütü / Paralel Devlet Yapılanması") olarak tanımlanan silahlı bir terör örgütüne üyelikten mahkûm edilmesiyle ilgilidir. Mahkûmiyet kararı kati surette, başvuranın, ulusal mahkemelerin FETÖ/PDY üyelerinin özel kullanımı için tasarlandığını olarak düşündüğü "ByLock" adlı şifreli bir mesajlaşma uygulamasını kullanmasına dayandırılmıştır. Başvurana karşı kullanılan diğer deliller arasında Bank Asya'daki hesap hareketleri ve FETÖ/PDY ile bağlantılı olduğu düşünülen bir sendika ve derneğe üye olması yer almaktadır. Başvurucu suçlu bulunmuş ve altı yıl üç ay hapis cezasına çarptırılmıştır.

2. Sözleşme'nin 7. ve 6 § 1 maddelerinin ihlal edildiğine oy çokluğu ile karar verirken, 11. maddenin ihlal edildiğine oybirliğiyle karar vermiştir. Bu bulgulara ve başvuranın maddi tazminat talebinin reddine katılmakla birlikte, başvuranın manevi tazminat talebinin reddine saygıyla karşı oy kullandık (bkz. yürürlükteki hükümlerin 6. maddesi ve kararın 425. paragrafı). Çoğunluk, ihlal tespitinin, başvuranın uğradığı manevi zarar için başlı başına yeterli adil tazmin oluşturduğuna karar vermiştir.

3. Bir ihlal tespitinin, Mahkeme'yi Sözleşme'nin 41. maddesi uyarınca zarar gören taraf için nakdi tazminata hükmetmekten alıkoymak için tek başına yeterli olamayacağı önermesiyle başlıyoruz. Bu madde, üye devletin iç hukukunun sadece kısmi bir telafiye izin vermesi ve böyle bir tazminatın gerekli olması gibi başka ön koşullar da içermektedir.

4. Mevcut davada Mahkeme, *Nagmetov / Rusya* ([BD], No. 35589/08, § 64, 30 Mart 2017) davasında verdiği karara dayanarak adil tatmin konusunda sonuca varmış ve bu nedenle, adil tatmin yoluyla başvurana nakdi tazminat ödenmesinin "asli görevlerinden biri olmadığını" ancak "Sözleşme'nin 19. maddesi uyarınca Devletlerin Sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerine uymalarını sağlama görevinin bir parçası" olduğunu değerlendirmiştir. Mahkeme, ayrıca, bu yetkiyi kullanırken kendi takdir yetkisine atıfta bulunmuştur; bu sonuç, Sözleşme'nin 41. maddesinde "adil" sıfatının ve "gerekirse" ifadesinin kullanılmasıyla desteklenmektedir (bkz. kararın 422. paragrafı).

5. Madde 41'in takdire ilişkin yönüne rağmen, yine de bu davada bireysel adil tazminata hükmedilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Başvuranın Sözleşme'nin ilgili maddelerinin ihlalinden kaynaklanan manevi zarara uğradığına (bkz. kararın 425. paragrafı, başvuranın "tespit edilen ihlaller nedeniyle bazı sıkıntı ve endişelere maruz kalmış olabileceğini" kabul etmektedir) veya ihlal ile zarar arasında nedensel bir bağ olduğuna dair hiçbir şüphe bulunmadığına işaret edilmelidir. Buradaki mesele, maruz kalınan

ihlaller için tazminat ödenmesinin reddedilmesiyle ilgilidir. Aşağıda daha ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, başvuranın maruz kaldığı ihlallerin ağırlığı, bizim görüşümüze göre, bu tür bir tazminatın verilmesi için zorlayıcı bir husus olmalıdır.

6. İlk olarak, 41. maddenin *As adil tazminat değil adil tatmin* terimini kullandığını kabul etmekle birlikte, bu durum tazminatın bir adil tatmin biçimi olarak verilmesini dışlamamakta, aksine, telafi edici onarım da dahil olmak üzere diğer etkili bireysel giderim biçimlerine başvurma imkanına izin vermektedir. Aslına bakılırsa Mahkeme'nin içtihadı, manevi zarara ilişkin parasal tazminat kararlarıyla doludur. Mahkeme bazen haksızlığın kamuya açıklanmasının kendi başına yeterli olduğuna karar vermiştir. Bu davada Mahkeme, talep edilmesi halinde ceza davasının yeniden açılmasının, tespit edilen ihlallerin sona erdirilmesi ve başvuranın mağduriyetinin giderilmesi için en uygun yol olacağını belirtmiştir. Bu imkân Türk hukukunda zaten mevcuttur⁷ ve bu davada buna başvurulması hükmün kaçınılmaz bir sonucu olacaktır. Ayrıca Büyük Daire, bu kararda tespit edilen 7. ve 6. madde ihlallerinden gerekli sonuçları çıkararak, başvuranla aynı şekilde muamele gören kişilerle ilgili olarak alınacak uygun tedbirler için Sözleşme'nin 46. maddesini uygulayarak genel tavsiyelerde bulunmuştur (bkz. kararın 418. paragrafıyla bağlantılı olarak 414. paragraf).

7. Kanaatimizce, toplu telafinin yanı sıra bireysel telafi de insan haklarının merkezinde yer almaktadır. Manevi, maddi olmayan zarar, insan hakları ihlallerinin neden olduğu daha tipik bir zarardır. Mevcut davayla özellikle ilgili olan bu zarar, insan onuruna yapılan saldırının yol açtığı travma, endişe ve öfke, devlet kurumlarına duyulan güvenin yitirilmesi, hapis, sansür, aile üyelerinden ayrı kalma ve tazminatı hak edecek diğer zarar belirtileri sonrasında devam eden zihinsel ve fiziksel acıdan oluşmaktadır (bkz. örneğin, *Varnava ve Diğerleri / Türkiye* [BD], no. 16064/90 ve 8 diğerleri, § 224, AİHM 2009). Her ne kadar bu tür maddi olmayan zararlar tanım gereği hiçbir zaman para ile "giderilemese" de, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de dahil olmak üzere çoğu hukuk sistemi veya hukuksal belge, bu tür zararlara maruz kalan kişilere parasal ödül verilmesi olasılığını öngörmektedir.

8. *Yüksel Yalçinkaya* davasında Mahkemeye yapılan başvuru, Sözleşme'nin 34. maddesi uyarınca bir birey tarafından yapılmış olup Sözleşme'nin 6 § 1 maddesinin ihlali bakımından neredeyse oybirliğiyle ve Sözleşme'nin 7. maddesinin ihlali bakımından ise Mahkeme'nin önemli bir çoğunluğu tarafından, birden fazla ihlal tespiti yapılmıştır. Yargılamaların yeniden yapılması olasılığı, başvuranın mahkûmiyetinin ve müteakip cezasının, Sözleşme'nin 11. maddesine ek olarak 7. ve 6 § 1 maddelerine aykırı olarak, suçun herhangi bir kasıt unsurundan bağımsız olarak, Bylock uygulamasının belirleyici bir unsur olarak kullanılmasına kötü niyetli bir şekilde dayanmasını ele almanın etkili bir yolu olacaktır. Bununla birlikte,

⁷. Ceza Muhakemesi Kanunu Madde 311 § 1 (f).

yargılamaların yeniden yapılması seçeneğinin mevcut olması, derhal, kesin veya hızlı bir sonucu garanti etmeyecek ve başvuranın şimdiye kadar çektiği sıkıntı ve endişeyi önemli ölçüde ortadan kaldırmayacaktır.

9. Silahlı terör örgütüne üye olma suçu bağlamında ulusal mahkemeler tarafından Bylock uygulamasının kullanılmasına kati bir surette dayanılmasının Mahkeme için yeni bir durum olmadığını belirtmek isteriz. Mahkeme, Türkiye mahkemelerinin, bu maddenin "makul şüphe" şartını gerekçelendirmek için belirleyici temel olarak bu aplikasyonun kullanılmasına dayanarak, Sözleşme'nin 5 § 1 ve 5 § 3 maddelerini ihlal ettiğine defalarca karar vermiştir (bkz. örneğin, *Akgün / Türkiye* no. 19699/18, § 173, 20 Temmuz 2021). Sonuç olarak, başvuran, Türk ulusal mahkemelerinin sistemik kusurlu muhakemesi ile başı derde girme konusunda yalnız değildir. Söz konusu suçun işlendiğine dair salt bir şüphenin varlığını sürdürmek için yetersiz olduğu düşünülen bu muhakeme, daha sonra, ciddi bir suç olan ve ağır cezalar gerektiren bir suçtan dolayı mahkûmiyet kararının sürdürülmesi için kesin olarak benimsenmiştir.

10. Dolayısıyla mesele, basitçe, sonucu hakkında tahminde bulunmanın imkansız olduğu bir kovuşturmanın yeniden açılması meselesi değildir. Adil bir yargılamanın sağlanması amacıyla, yargılamanın yeniden yapılması, birkaç örnek vermek gerekirse, delillerin kusurlu biçimde değerlendirilmesinden veya delil yetersizliğinden ya da çapraz sorgulamada delillerin kabul edilmemesinden kaynaklanan usuli güvencelerin eksikliğini giderecektir, ancak burada mesele, daha ziyade, iddia edilen suçun kasit unsuruna, yasanın özellikle gerektirdiği *mens rea*'ya gereken önemi vermeyen bir mahkûmiyetten kaynaklanmaktadır. Buradaki ihlal, basit bir adil muhakeme süreci ihlali değil, hukukun üstünlüğünün özüne ve bunun sonucunda başvuranda yarattığı ağır adaletsizlik duygusuna yönelik bir ihlaldir.

11. Silahlı terör örgütüne üye olma suçundan yakalama, tutuklama, kovuşturma ve mahkûmiyet için Bylock uygulamasına kesin bir şekilde dayanılmasının, ulusal mahkemelerdeki sistemik bir sorunu ortaya koyduğu doğrudur. Gerçekten de 8,000'den fazla benzer başvuru Mahkeme önünde beklemektedir (bkz. kararın 414. paragrafı). Bununla birlikte, derdest başvuruların hacmi ve bunun sonucunda davalı devlet üzerinde oluşacak birden fazla tazminat kararının etkisi göz önünde bulundurulmakla birlikte, bu durum, Mahkeme önünde bulunan başvuranın, maruz kaldığı ihlallerin ciddi niteliğiyle orantılı olarak bireysel tazminat alma hakkını ortadan kaldırmamalıdır. Yaşadığı sıkıntı ve acıların hakkaniyete uygun bir şekilde tasdikinden mahrum bırakılacaksa, bir serinin ilki olması kendisi için bir teselli değildir. Sözleşme'nin 41. maddesinin bu şekilde kısıtlayıcı bir şekilde yorumlanması, manevi tazminata ilişkin kararın adaletin dışına atılması riskini taşır. Maddi tazminat ve yargılamanın yeniden yapılması şeklinde 41. maddenin takdire bağlı olarak uygulanması, mutlaka birbirini dışlayan nitelikte değildir. Bu kararlar, mağdur bireylerin menfaatlerine hizmet

etmektedir. Sistemik bir reformdaki kamu yararı ya da genel olarak insan haklarına saygının daha etkin hale getirilmesi gibi kolektif bir yarara hizmet etme amacı taşımazlar.

12. Aksine, manevi zararın tazmin edilmesi, Sözleşme'nin 41. maddesinde öngörülmektedir ve bu madde, Mahkeme'ye, zarar gören tarafa, kendisine uygun görünen tatmini sağlama yetkisi vermektedir. *Selahattin Demirtaş (No. 2) / Türkiye* ([BD], No. 14305/17, 22 Aralık 2020) davasında Büyük Daire, başvuranın serbest bırakılmasına ilişkin özel bireysel tedbiri sağlamış olmasına rağmen ve buna ek olarak manevi tazminat ödenmesine hükmetmiştir. Bu başlık altında, Büyük Daire, Sözleşme'nin birden fazla ve ciddi ihlalini göz önünde bulundurarak, tartışmasız bir şekilde kendisine önemli zarar verdiğini tespit ettiği başvurana 25.000 avro ödenmesine hükmetmiştir (adı geçen karar, § 449).

13. Mevcut kararda çoğunluk, *Nagmetov'a* (yukarıda atıfta bulunulan) dayanarak, "Sözleşme ve Protokolleri kapsamında zarar gören bir tarafın hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğini kabul etmek ve gerekirse adil tatmin sağlamak suretiyle bireysel davalarda 'adaleti tesis etmenin' Sözleşme'nin 34. maddesi uyarınca Mahkeme'nin rolüne uygun olduğu" şeklindeki ilkeyi göz ardı etmiştir (adı geçen karar, § 64). *Nagmetov* davasında Mahkeme daha sonra, özel olarak ifade edilmemiş olan adil tatmin talebine ilişkin olarak maddi tazminata hükmetmiştir. Gerçekten de, Mahkeme, çok sayıda karara atıfta bulunarak, "daha önce, nadir durumlarda, böyle bir talepte bulunulmamış veya talebin gecikmiş olduğu durumlarda bile, davaların istisnai koşullarını, örneğin ihlal edilen hak veya özgürlüğün mutlak veya temel niteliğini dikkate alarak, manevi tazminat açısından parasal bir hükme varmayı gerekli bulduğunu" belirtmiştir. Ayrıca, *Nagmetov* davasında Mahkeme şunları da belirtmiştir (adı geçen karar., § 69, vurgu eklenmiştir):

"Sözleşme'nin 8. maddesiyle ilgili bir davada Mahkeme, İçtüzüğü'nün 39. maddesi uyarınca, davalı Devletin, fiil ehliyetinden tamamen yoksun olan ve iç hukuk uyarınca kendi yasal temsilcisini seçme ehliyeti bulunmayan başvurana bir temsilci atmasına karar vermiştir. Daha sonra, atanan temsilcinin adil tatmin talebinde bulunmadığı ortaya çıkınca, Mahkeme, başvuranın kızının evlat edinilmesiyle sonuçlanan prosedür nedeniyle yaşamış olması **gereken travma, endişe ve adaletsizlik duygularını göz önünde bulundurarak**, manevi tazminat ödenmesine karar vermiştir (bkz. *X/Hrvatistan*, No. 11223/04, §§ 61-63, 17 Temmuz 2008)."

geldiği gerçeğinin tanınmasına hizmet etmekte ve en geniş anlamda zararın ciddiyetini yansıtmaktadır (bkz. adı geçen karar). Adil tazmin kararlarının amacı Mahkeme tarafından şu şekilde açıklanmıştır: "Temel bir insan hakkının ihlali sonucunda manevi zararın meydana geldiği gerçeğinin tanınmasına hizmet ederler ve en geniş anlamda zararın ciddiyetini yansıtır; ilgili Sözleşmeciler Tarafın zararına mali rahatlık veya sempatik zenginleşme sağlama amacı taşımazlar ve taşımamalıdır" (adı geçen karar).

15. Sonuç olarak, Sözleşme'nin hem 7. maddesinin hem de 6 § 1 maddesinin yanı sıra 11. maddesinin ihlal edildiğinin beyan edilmesinin, Türkiye'de düzeltilmesi gereken sistemik bir sorunun önemli bir kabulü olduğunu düşünüyoruz. Ancak bu durum, başvuranın maruz kaldığı manevi zarara ilişkin adil tazmin talebinin reddedilmesi için tek başına bir dayanak teşkil edemez. Bu, davalı devlet ile birlikte Bakanlar Komitesi'nin ele alması gereken bir konudur. Bu bağlamda, Büyük Daire, özellikle 7. maddenin, iç hukukun geniş yorumlanmasına uygulanabilirliğini ve Sözleşme'nin 6 § 1 maddesi ile etkileşimini tanımlayan önemli bir karar vermiştir. Bununla birlikte, Mahkeme'nin bulgularının, mevcut davanın bağlamı ve koşulları göz önüne alındığında, manevi tazminat için para ödülü şeklinde bireysel tazminatı da gerektirdiğini kuvvetle teyit ediyoruz.

YARGIÇLAR KRENC VE SÂRCU'NUN KISMİ
MUHALEFET ŞERHİNİN ORTAK AÇIKLAMASI

(Çeviri)

Mevcut kararda belirtilen Sözleşme'nin ihlal edildiğine dair bulguların içeriğini göz önünde bulundurarak, bu bulguların başvuranın- uğradığı adil tazmin için tek başına yeterli adil tatmin oluşturduğunu düşünemiyoruz.

KİSMİ MÜTABAKAT, KİSMİ MUHALEFET ŞERHİ YARGIÇ SERGHIDES

Giriş

1. Kararın giriş bölümünde de belirtildiği üzere, bu dava, başvuranın Türk makamları tarafından 15 Temmuz 2016 tarihinde Türkiye'de gerçekleşen darbe girişiminin arkasında olduğu düşünülen ve "FETÖ/PDY" ("Fetullahçı Terör Örgütü/Paralel Devlet Yapılanması") olarak tanımlanan silahlı terör örgütüne üyelikten mahkûm edilmesiyle ilgilidir. Mahkûmiyet kararı, başvuranın, ulusal mahkemelerin FETÖ/PDY üyelerinin özel kullanımı için tasarlandığını düşündüğü "ByLock" adlı şifreli bir mesajlaşma uygulamasını kullanmasına dayandırılmıştır. Başvurucu aleyhinde kullanılan diğer deliller arasında Bank Asya'daki hesap hareketleri ve FETÖ/PDY ile bağlantılı olduğu düşünülen bir sendika ve bir derneğe üye olması yer almaktadır. Başvuran altı yıl üç ay hapis cezasına çarptırılmış (bkz. kararın 63. paragrafı) ve Mahkeme önünde yargılanmasının ve mahkûmiyetinin Sözleşme'nin 6, 7, 8 ve 11. maddelerinin ihlalini gerektirdiğinden şikâyetçi olmuştur.

2. Yürürlükteki hükümlerin 1, 2, 3, 4 ve 7. maddeleri lehinde oy kullanırken, diğer yürürlükteki hükümlere, yani 5, 6 ve 8. maddelere karşı oy kullandım. Özellikle, çoğunluğa saygıyla katılmıyorum: (a) "Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamındaki diğer şikâyetlerin ve Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamındaki şikâyetin kabul edilebilirliğini ve esasını incelemeye gerek olmadığı" (hükümlerin 5. maddesi); (b) "ihlal tespitinin başvuranın uğradığı manevi zarar için başlı başına adil tazmin teşkil ettiği" (hükümlerin 6. maddesi); ve (c) "başvuranın adil tazmin talebinin geri kalanının" reddedilmesi gerektiği (hükümlerin 8. maddesi).

3. Son olarak, aşağıda açıklayacağım nedenlerden dolayı, Sözleşme'nin 6 § 1 maddesinin ihlal edildiği sonucuna varan karara katılıyorum (bkz. kararın 346 ve 356. paragrafları ve ilgili hükümlerin 3. maddesi).

1. Sözleşme'nin 6 § 1 maddesinin ihlal edildiği sonucuna katıldığım durumlar

4. Ceza yargılamasında, iddia makamı ile başvuran arasında silahların eşitliğinin sağlanmaması ve çekişmeli yargılama ilkesinin gözetilmemesi nedeniyle Sözleşme'nin 6 § 1 maddesinin ihlal edildiği yönündeki karara katılıyorum - bu güvencelerin birbiriyle bağlantılı olduğunu düşünüyorum.

5. Ancak, benim karara katılmadığım nokta, silahların eşitliği ve çekişmeli yargılama eksikliğini dengeleyen ve böylece başvuran aleyhindeki yargılamanın genel olarak adil olmasını sağlayan yeterli veya uygun güvencelerin bulunup bulunmadığını tespit etmeye çalışmasıdır (bkz. 330 ve *devamı paragraflar*); ancak bu tür güvencelerin bulunmadığını tespit ettikten sonra (bkz. 341 ve 345. paragraflar), yargılamanın genel olarak adil olmadığı

ve dolayısıyla Sözleşme'nin 6 § 1 maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmaktadır (bkz. 346. paragraf). Burada bir parantez açarak, kararın, yargılamanın bir bütün olarak analizini yapmadığını, güvencelerdeki iddia edilen tüm eksiklikleri incelemeyi, yalnızca söz konusu şikâyetle ilgili olarak, kararın 345. paragrafında özetlenenler gibi bu şikâyeti ele alabilecek olası güvencelerle bağlantılı olarak yargılamanın genel olarak adil olup olmadığına ilişkin bir inceleme yaptığını belirtmek gerekir.

6. Buna karşın, silahların eşitliği ve çekişmeli yargılama güvencelerinin ihlalinin, esas olarak başvuranın mahkum edildiği ve cezalandırıldığı ilgili veri ve delillere erişiminin tamamen yasaklanması nedeniyle, yargılamanın kendi *başına* adil olmadığını ve dolayısıyla, bu güvencelerin yokluğunu dengeleyecek yeterli güvencelerin bulunup bulunmadığını incelemeye gerek olmaksızın, 6 § 1 maddesinin ihlalini gerektirdiğini değerlendirmekteyim.

7. Benim görüşüme göre, *bir güvencenin eksikliği için bir güvence olamaz*. Mevcut davada, adil yargılanma hakkının vazgeçilmez bileşenleri veya unsurları olan silahların eşitliği ve çekişmeli yargılamaya ilişkin 6/1. Madde güvencelerinin veya teminatlarının eksikliği için bir güvence olamaz. Bu iki güvenceye ilişkin görüşlerimi *Regner/Çek Cumhuriyeti* ([BD], No. 35289/11, 19 Eylül 2017) davasındaki Kısmen Muhalif Görüşümde belirtme fırsatı bulmuştum ve bu görüşlerimi burada tekrar belirtmeden sadece atıfta bulunuyorum.

8. Burada ifade ettiğim görüş, Mahkeme'nin belirli 6/1. madde güvencelerine ilişkin içtihadıyla da desteklenebilir. Silahların eşitliği ve çekişmeli yargılama güvencelerini içermese de, söz konusu güvencenin eksik olması halinde Mahkeme'nin dengeleyici güvenceler aramayacağı en az dört güvence sayabiliriz. Bunlar, kanunla kurulmuş bir mahkeme, bağımsız bir mahkeme ve tarafsız bir mahkeme olmak üzere üç kurumsal ve açık güvencenin yanı sıra, işkenceyle elde edilen delillerin kullanılmaması güvencesidir ki bu sonuncusu zımni bir güvencedir. İlk üçü olan kurumsal güvencelerle ilgili olarak, Mahkeme'nin uygulaması, bunlardan birinin ihlal edildiğini tespit ettiğinde, 6. madde kapsamındaki diğer şikayetleri incelemeye devam etmemek, ancak söz konusu hükmün ihlal edildiğini tespit ederek yargılamanın adil olmadığını düşünmektir (bkz. kanunla kurulmuş bir mahkeme güvencesi için, *Guðmundur Andri Ástráðsson v. İzlanda* [BD], No. 26374/18, § 295 ve yürürlükteki hükümlerin 2. maddesi, 1 Aralık 2020; bkz. bağımsız ve tarafsız bir mahkeme güvencesi için, *Ergin/Türkiye* (no. 6), No. 47533/99, §§ 54-56, 4 Mayıs 2006, ve *Çiraklar v. Türkiye*, No. 19601/92, §§ 40-41, 28 Ekim 1998)⁸. Şimdi işkence ile elde edilen delillerin kullanılmaması güvencesine dönecek olursak, Mahkeme, bu tür bir delil elde

⁸. *Angerjārv ve Greinoman/Estonya*, no. 16358/18 ve 34964/18, 4 Ekim 2022 davasındaki muhalefet şerhinin §§ 22-31 bölümlerinde bu konu, 6. Madde güvencelerinin "hierarchy" ve etkililik ilkesi hakkında daha fazla bilgi bulabilirsiniz. Ayrıca bkz. Ryan Goss, *Adil Yargılanma Hakkı - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 6* (Bloomsbury, 2016), s. 160-161.

edildiğinde, söz konusu delilin kabul edilmesi şüphelinin mahkumiyetinde belirleyici olmasa bile, yargılamanın adil olmadığını düşünerek, ve elbette 6. madde kapsamındaki başka herhangi bir şikayeti incelemeksizin, 6. maddenin ihlal edildiğine karar verecektir (bkz. *Jalloh/Almanya* [BD], No. 54810/00, §§ 104-05, 1 Haziran 2010)⁹.

9. Bu dört güvenceye ilişkin yukarıdaki yaklaşımın, silahların eşitliği ve çekişmeli yargılama güvencelerinin yanı sıra diğer 6. madde güvenceleri için de geçerli olması gerektiğini ve yargılamanın genel olarak adil olup olmadığına ilişkin kavram veya incelemenin, yalnızca başvuran aleyhindeki yargılamanın adil olmasını sağlamak amacıyla ilgili tüm olgusal koşulların değerlendirileceği bir kıstas olarak anlaşılması gerektiğini düşünüyorum, daha ziyade, hukukun üstünlüğü ve etkililik ilkesinin gerektirdiği şekilde - hem bir yorum yöntemi hem de bir uluslararası hukuk normu olarak - olası güvencelerle dengeleme yoluyla herhangi bir tavizi kabul etmeksizin, 6. madde güvencelerinin tamamına saygı gösterilmesini ve yerine getirilmesini gerektirdiği şeklinde anlaşılmalıdır. Bununla birlikte, mevcut davadaki yaklaşımı da dahil olmak üzere Mahkeme'nin mevcut uygulamasını yansıtmayan bu görüş¹⁰ kapsamlı ve ikna edici akademik destek almıştır ve benim burada benimseyeceğim görüştür. 6/1. maddenin başka bir örtülü güvencesine ilişkin bir Daire davasında¹¹, söz konusu güvencenin eksikliğini telafi etmek için yeterli güvenceler arayışına ilişkin olarak kendimi Mahkeme'nin mevcut içtihadına bağlı olarak değerlendirdim, ancak orada da açıkladığım gibi, aksi görüşü tercih ettiğimi de ifade ettim. Ancak mevcut

⁹. İşkenceyle delil elde edilmemesi güvencesi hakkında ayrıca bakınız, Paul Lemmens, "The Right to a Fair Trial and its Multiple Manifestations", Eva Brems ve Janneke Gerards (eds.), *Shaping Rights in the AİHM - The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights* (Cambridge University Press, 2013), 294, s. 309.

¹⁰. Bkz. *diğerleri arasında*, Yvonne McDermott, *Fairness in International Criminal Trials* (OUP, 2016), 36-37; Nikos Vogiatzis, "Interpreting the Right to Interpretation under Article 6 (3) (e) AİHM: A Cautious Evolution in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Review*, 2022, 22, 1, at s. 12-14; Ryan Goss, *Criminal Fair Trial Rights - Article 6 of the European Convention on Human Rights* (Bloomsbury, 2016), s. 125; Ryan Goss, "The Undermining of Article 6 AİHM", in P. Czech, L. Heschl, M. Nowak and G. Oberleitner (eds.), *The European Yearbook on Human Rights* (Intersentia, 2019), 295 at s. 298-299, 304, 311-312; Andreas Samartzis, "Weighing Overall Fairness: A Critique of Balancing under the Criminal Limb of Article 6 of the European Convention on Human Rights", *Human Rights Law Review*, 2021, 21, 409, s. 410; Ioannis Sarmas, "Fair Trial and Search for Truth in the Case Law of the European Court of Human Rights", in R. Spano, I. Motoc, B. Lubarda, P. Pinto de Albuquerque, M. Tsirli (eds.), *Fair Trial: Bölgesel ve Uluslararası Perspektifler*, Liber Amicorum Linos-Alexandre Sicilianos (Anthemis, 2020), s. 500; Georghios M. Pikis, *Justice and the Judiciary* (Martinus Nijhoff Publishers, 2012), § 145 (s. 63); ve Stefan Trechsel, "The Character of the Right to a Fair Trial" in J. Jackson and S. Summers (eds.), *Obstacles to Fairness in Criminal Proceedings - Individual Rights and Institutional Forms* (Hart, Oxford, 2018), 19, at p. 25. Ayrıca, *Xenofontos ve Diğerleri/Kıbrıs*, No. 68725/16 ve diğerleri, 25 Ekim 2022 davasındaki kısmen muhalefet şerhimin 36 ve 37. paragraflarında atıfta bulunulan bazı ilgili akademik çalışmalara bakınız.

¹¹. Bkz. yukarıda not 3'te belirtilen *Xenofontos*.

davada, bir Büyük Daire davası olduğu için, mevcut içtihadı takip etmek zorunda olmadığımı düşünüyorum ve içtihadın gelecekte "adil yargılamadan hiçbir sapma veya eksikliğe izin verilmeyecek" şekilde gelişeceği umuduyla tercih ettiğim görüşü ifade etmekte özgür hissediyorum¹².

2. Muhalefet şerhim 6. Madde kapsamındaki diğer şikayetlerin veya 8. Madde kapsamındaki şikayetin kabul edilebilirliğini ve esasını incelemeye gerek olmadığı yönündedir

(a) Başvuranın, davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından görülmesine ilişkin 6 § 1 maddesinin ihlal edildiği yönündeki şikayeti

10. Çoğunluğun, başvuranın bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılanmadığı yönündeki şikayetinin kabul edilebilirliğini ve esasını incelemeye gerek olmadığı yönündeki tespitine saygıyla katılmıyorum. Mahkemenin içtihadına göre (bkz., örneğin, *Ergin*, yukarıda anılan), Mahkeme öncelikle başvuranın bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasına dayanan her türlü şikayeti inceler ve böyle bir ihlalin olduğu sonucuna varırsa, 6. Maddeye ilişkin diğer şikayetleri incelemeye gerek veya neden olmadığına karar verir.

11. Kararın 364. paragrafında Mahkeme, söz konusu şikayetlerin neden kabul edilebilirlik ve esasa ilişkin ayrı bir inceleme gerektirmediğine dair aşağıdaki açıklamayı yapmaktadır:

"Mahkeme, mevcut davanın temelinde yatan daha acil meselenin, Türk yargısının FETÖ/PDY üyeliğinden mahkûmiyet kararlarında ByLock deliline karşı benimsediği ve Sözleşme'nin 7. ve 6 § 1 maddeleri kapsamında ihlal bulgularına yol açan tek tip ve global yaklaşım olduğunu düşünmektedir."

Bu durum, elbette, Mahkeme'nin neden bağımsız ve tarafsız bir mahkemenin güvence altına alınmadığına ilişkin şikayetleri incelemeyen, 6/1. maddeye ilişkin diğer şikayetleri incelemeye ve karara bağlamaya devam ettiğinin de bir açıklaması olabilir.

12. Ancak, benim görüşüme göre, Mahkeme, aşağıdaki nedenlerden dolayı, öncelikle başvuranın bağımsız ve tarafsız bir mahkemenin eksikliğine ilişkin şikayetlerini inceleyerek devam etmeliydi: (a) Hükümet bu şikayetlerin kabul edilebilirliğine itiraz etmiştir (bkz. kararın 360. paragrafı) ve bu nedenle bu itirazın Mahkeme tarafından incelenmesi ve karara bağlanması gerekirdi; (b) bağımsız ve tarafsız bir mahkemenin güvenceleri kurumsal güvencelerdir ve kanunla kurulmuş bir mahkemenin güvencesiyle birlikte, 6. madde kapsamındaki diğer güvencelerin varlığı için *olmazsa olmaz* koşullardır; (c) eğer bu güvenceler (ya da bunlardan herhangi biri) mevcut değilse, Mahkeme, 6. madde kapsamındaki güvenceleri ya da diğer

¹². Bkz. yukarıdaki 3. notta atıfta bulunulan *Pikis*, § 145 (s. 63).

şikayetleri incelemeye gerek duymaksızın, otomatik olarak (*per se*) 6. maddenin ihlal edildiğine karar verir; ve (d) Mahkeme'nin kararına göre, mevcut davanın merkezinde yer alan daha acil mesele, delillerin yönetimi ve adaletle ilgili bir meseledir ve buna saygı gösterilmesi, yukarıda (b) bendinde belirtildiği gibi, bağımsız ve tarafsız bir mahkemenin varlığını takip eder ya da gerektirir.

13. Kendi adıma, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından duruşma yapılmamasına ilişkin şikayetleri inceleyerek başladım ve başvuranın davasını karara bağlayan hakimler önünde bunları dile getirmemiş olması nedeniyle kabul edilemez buldum; daha sonra, 6 § 1 maddesi kapsamında silahların eşitliği ve çekişmeli yargılamanın eksikliğine ilişkin şikayetleri inceledim, bu şikayetler Mahkemenin kendisi tarafından incelenmiş ve ihlal tespit edilmiştir. Kararın 364. paragrafında Mahkeme, mevcut davada başvuran tarafından ileri sürülen argümanların, ne iç hukuk yargılamaları sırasında ne de Mahkeme önünde, davasının incelenmesine katılan ve bireysel yargılamasında somut sonuçlar doğuran hakimlerle ilgili herhangi bir spesifik iddia olmaksızın, genel bir yargı eleştirisi içerdiğini gözlemlemektedir (başvuranın bu konudaki argümanları için kararın 359. paragrafına bakınız). Mahkeme'nin 364. paragraftaki gözlemi, benim görüşüme göre, söz konusu şikâyetlerin kabul edilebilirliklerine ilişkin ayrı bir inceleme anlamına gelmektedir ve eksik olan tek şey, Mahkeme'nin şikâyetlerin kabul edilemez olduğuna dair açık bir tespitte bulunmasıdır. Ancak karar, 364. paragraftaki gözlemden açıkça çıkan sonucu belirtmek yerine, 365. paragrafta bu şikâyetlerin kabul edilebilirlik ve esasa ilişkin ayrı bir inceleme gerektirmediğini düşündüğünü belirtmektedir.

**(b) Başvuranın,
etkili adli yardım hakkına ilişkin 6 § 3 (c) maddesi kapsamındaki güvencenin
ihlal edildiği yönündeki şikayeti**

14. Sözleşme'nin 6 § 3 (c) maddesi uyarınca yapılan yukarıdaki şikâyete ilişkin olarak, kabul edilebilirlik ve esasa ilişkin ayrı ayrı ele almayı gerekli görmeyen karara katılıyorum (bkz. kararın 367. paragrafı). Çünkü Mahkeme, diğer bazı güvencelerin, yani silahların eşitliği ve ceza yargılamasında çekişmeli yargılama güvencelerinin (bkz. kararın 356. ve 367. paragrafları) eksikliği nedeniyle Sözleşme'nin 6 § 1 maddesinin ihlal edildiğine zaten karar vermişti; bu güvenceler, zımnî güvenceler olsa da, ihlal edildiklerinde, 6 § 3 (c) maddesindeki açık güvence ve asgari hak gibi aynı sonuca, yani 6 § 1 maddesinin ihlaline yol açabilir.

15. Bununla birlikte, Mahkeme'nin mevcut içtihadını temsil eden kararın 366. paragrafında yer alan, Sözleşme'nin 6 § 3 maddesindeki güvencelerin veya asgari hakların kendi başlarına amaçlar olmadığı, bunların özündeki amacın her zaman ceza yargılamasının bir bütün olarak adil olmasına katkıda bulunmak olduğu şeklindeki ifadeye saygıyla katılmıyorum. Benim naçizane görüşüme göre, 6. maddenin her bir güvencesi adil yargılama kavramının

vazgeçilmez bir unsur veya bileşenidir ve bu tür bir güvencenin eksikliği veya yetersizliği yargılamanın adilliyini tamamen ortadan kaldırır. Hukukun üstünlüğü ve etkililik ilkesi ile uyumlu olan bu görüşün, yargılamanın genel olarak adil olmasının tercih edilen anlamına ilişkin yukarıda açıkladığım görüşü (bkz. paragraf 7) takip ettiğini, yani tüm 6. madde güvencelerine tam olarak saygı gösterildiğini ve bunların karşılandığını belirtmek isterim. Ancak, kararda Sözleşme'nin 6 § 3 (c) maddesi kapsamındaki şikâyetin kabul edilebilirliği ve esasının ayrı ayrı ele alınması gerekli görülmediğinden, bu konudaki görüşümü ve karara katılmadığımı daha fazla açıklamaya devam etmeyeceğim.

16. Söz konusu şikâyet, benim aksime çoğunluğun kabul edilebilirlik ve esastan incelemeye gerek olmadığını düşündüğü diğer şikâyetlerle birlikte kararın yürürlükteki hükümlerinin 5. maddesinde yer aldığından, 5. maddeye ilişkin oyum olumlu değil, yalnızca olumsuz olabilirdi.

(c) Başvuranın 8. madde kapsamındaki haklarının ihlal edildiğine ilişkin şikâyeti

17. Mevcut davanın özel koşullarında, 8. Madde açısından başvuranın şikâyetinin kabul edilebilirliği ve esası hakkında ayrı bir karar verilmesine gerek olmadığı yönündeki karara saygıyla katılmıyorum.

18. Başvuran, başvuru formunda, ByLock verilerinin, Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 6 § 2 maddesi ile Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 134 ve 135. maddelerine aykırı olarak, adli bir emir olmaksızın toplanması ve kullanılması nedeniyle, haberleşme özgürlüğüne yapılan ve herhangi bir yasal dayanağı bulunmayan müdahale nedeniyle özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Mahkeme önündeki görüşlerinde başvuran, yukarıda belirtilenleri tekrarlamış ve ayrıca Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğinin Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi önünde açıkça ve esastan ileri sürüldüğünü ve bu nedenle 8. madde kapsamındaki şikâyetinin kabul edilebilir olduğunu ileri sürmüştür.

19. Şikâyetinin esasına ilişkin olarak, başvuran görüşlerinde aşağıdaki hususları ileri sürmüştür. Madde 8 kapsamındaki haklara yönelik herhangi bir müdahale, ancak hukuka uygun olması, bu paragrafın atıfta bulunduğu bir veya daha fazla meşru amacı izlemesi ve demokratik bir toplumda bu tür bir amaca ulaşmak için gerekli olması halinde 8 § 2 madde kapsamında haklı gösterilebilir. Ancak ona göre burada durum açıkça böyle değildir. *Milli İstihbarat Teşkilatı* (MİT) ve Polis, herhangi bir yasal dayanak olmaksızın haberleşmeye saygı hakkına müdahale etmiş ve İnternet trafik kayıtları (HTS) bir yıldan uzun bir süre yasadışı olarak saklanmış ve daha sonra mevcut davada kullanılmıştır. MİT tarafından düzenlenen ByLock operasyonu tamamen orantısızdı ve kişisel ve hassas verileri gelişigüzel bir şekilde toplamak için yapılan bir uygulamaydı. Ayrıca, tüm süreç MİT tarafından kötüye kullanılmaya karşı herhangi bir güvence sağlamamıştır. Yazışmalara saygı hakkına yapılan müdahale hukuka aykırı ve açıkça orantısızdır ve bu

nedenle 8. maddeyi ihlal etmiştir. Her halükarda, bir akıllı telefona sıradan bir iletişim uygulaması indirmenin (temel bir hak) suç olarak değerlendirilmesi başlı başına 8. maddenin ihlalini oluşturmuştur.

20. Başvuranın yukarıdaki ikna edici gözlemleri ve beyanları ışığında, kararın 372-373. paragraflarında söylenenlere, yani 8. maddenin 6. maddeye göre çevresel bir mesele olduğu ve kabul edilebilirliği ve esası hakkında ayrı bir karar verilmesine gerek olmadığı görüşüne katılmıyorum.

21. Sonuç olarak, naçizane görüşüme göre, 8. madde kapsamındaki şikayet kabul edilebilir niteliktedir ve özellikle başvuranın özel hayatına ve yazışmalarına saygı gösterilmesi hakkı bakımından bu madde de ihlal edilmiştir.

3. Başvurana manevi tazminat olarak herhangi bir meblağ ödenmemesi ve adil tazmin talebinin geri kalanının reddedilmesi kararına ilişkin muhalefet şerhim

22. Başvuran, manevi tazminat olarak 50,000 avro talep etmiştir (bkz. kararın 420. paragrafı), ancak Mahkeme, kararının 425. paragrafında yaklaşımını şu şekilde açıklayarak, bu tür bir tazminat için kendisine herhangi bir miktar verilmemesine karar vermiştir:

"Manevi zararlar ilgili olarak Mahkeme, başvuranın tespit edilen ihlaller nedeniyle bazı sıkıntı ve endişelere maruz kalmış olabileceğini kabul etmektedir. Bununla birlikte, 46. madde kapsamındaki bulguları çerçevesinde belirtildiği üzere, başvuranın CMK'nın 311 § 1 (f) maddesi uyarınca mevcut kararın verilmesinin ardından iç hukuktaki yargılamaların yeniden başlatılması imkanına sahip olduğunu ve talep etmesi halinde, mevcut davada söz konusu olan Sözleşme hükümlerinin gerekliliklerine uygun olarak yargılamaların yeniden başlatılmasının ilke olarak en uygun telafi şekli oluşturacağını da not etmektedir. Bu nedenle Mahkeme, ihlal tespitinin mevcut davada yeterli adil tatmin olarak kabul edilebileceğini düşünmekte ve dolayısıyla başvuranın bu başlık altındaki talebini reddetmektedir."

23. Kararın 6. maddesinde Mahkeme, "ihlal tespitinin, başvuranın dışında uğradığı manevi zarar için başlı başına yeterli bir adil tazmin oluşturduğuna" hükmetmektedir.

24. Seçkin meslektaşlarım Yargıç Schembri Orland, Pastor Vilanova ve Šimáčková'nın, aynı zamanda kararın 6. maddesine karşı oy kullanan kısmen muhalefet şerhlerini önceden okuma fırsatım oldu. Onların görüşlerinin neredeyse tamamına katılmıyorum ve katılacaktım, ancak meslektaşlarım tarafından sunulanlara bazı önemli hukuki argümanlar ve boyutlar eklemek için kendi ayrı görüşümü ifade etmeye karar verdim. Bu nedenle ve ayrı görüşümün bu görüşte yer almayan ancak katıldığım ve karşı çıktığım konuları da kapsamaması nedeniyle, manevi tazminat konusunu da görüşüme dahil etmeye karar verdim ve bunu hem kavramsal hem de pratik boyutları içerecek şekilde geliştirmeye çalışacağım. Adil tazmine ilişkin olarak, benim görüşüme göre, iki görüş büyük ölçüde birbirini tamamlamakta ve birbirini desteklemektedir.

25. Benim görüşüme göre, Sözleşme'nin 41. Maddesi, ifade edildiği şekliyle, "bir Sözleşme hükmünün ihlal edildiğinin tespit edilmesinin" kendi başına "zarar gören taraf için yeterli adil tazmin" oluşturabileceği şeklinde yorumlanamaz. Çünkü "ihlalin tespiti", "adil tazmin sağlanması" için gerekli ön koşullardan biridir ve Mahkeme bu iki koşulu eşit olarak değerlendiremez (bkz. benzer şekilde, *Grzęda / Polonya* davasında Yargıç Felici ile birlikte yazdığım Ortak Kısmi Muhalefet Görüşünün 7. paragrafı [BD], No. 43572/18, 15 Mart 2022, ve Yargıç Schembri Orland'ın mevcut davada Yargıç Pastor Vilanova ve Šimáčková'nın da katıldığı Kısmen Muhalif Görüşünün 3. paragrafı).

26. Sözleşme'nin 41. Maddesi, Mahkeme'nin adil tazmin kararı verebilmesi için, elbette manevi tazminat da dahil olmak üzere, kümülatif olarak yerine getirilmesi gereken aşağıdaki üç şartı veya kriteri ortaya koymaktadır (numaralandırma bana aittir): (a) Mahkeme, Sözleşme'nin veya Protokollerinin ihlal edildiğine karar verir; (b) ilgili Yüksek Sözleşmeci Tarafın iç hukuku sadece kısmi bir telafiye izin verir; ve (c) Mahkeme adil bir tazmine hükmetmeyi gerekli görür.

27. Mevcut davada Mahkeme kendisini 41. maddenin ilk şartıyla, yani bir ihlalin tespitiyle sınırlamakta ve ne yazık ki, herhangi bir gerekçe veya açıklama olmaksızın, bu şartın yerine getirilmesinin kendi başına manevi - zarar için yeterli adil tazmin oluşturduğunu düşünmektedir. -Mahkeme burada döngüsel bir argümana başvurmuştur: Adil tazmin için olmazsa olmaz bir şart olan ihlal tespiti, adil tazminin kendisi haline gelmektedir. Kanaatimce, 41. maddenin bu şekilde yorumlanmasının ve uygulanmasının ne bu hükmün lafzında ne de amacında hiçbir dayanağı yoktur.

28. Dolayısıyla, 41. madde Mahkeme'nin adil tazmin sağlayabilmesi için üç şartın yerine getirilmesini istediğinden, bunlardan birinin varlığının tek başına yeterli tazmin oluşturduğuna karar vermek mantıksal bir yanlışlıktır.

29. Üzülerek belirtmeliyim ki, kararın 6. maddesi, 41. maddenin amacının, ilgili olsa da, mevcut davada ihlal edildiğine karar verilen 6, 7 ve 11. maddeler gibi insan haklarını güvence altına alan Sözleşme'nin maddi hükümlerinin amacı ile aynı olmadığını görememeyi yansıtmaktadır. Eğer amaçları aynı olsaydı, 41. madde anlamsız hale gelirdi ve bu da saçma sonuçlara yol açardı.

30. Sonuç olarak, tüm saygımla, kararın yürürlükteki hükümlerinin 6. maddesinde belirtilen gerekçe, 41. maddede yasal dayanağı olmayan ve davanın esası ile adil tazmini hatalı bir şekilde karıştıran meşru ve geçerli bir gerekçe gibi görünmemektedir.

31. Başvurana, haklarının ihlali nedeniyle manevi tazminat olarak bir meblağ ödenmemesi, kanaatimce, haklarının korunmasının hayali ve kurgusal hale getirilmesi anlamına gelmektedir. Bu durum, Sözleşme'nin doğasında bulunan etkililik ilkesinin gerektirdiği gibi, insan haklarının korunmasının teorik ve hayali değil, pratik ve etkili olması gerektiği yönündeki Mahkeme içtihadına aykırıdır (bkz. *Artico/İtalya*, 13 Mayıs 1980,

§§ 33 ve 47-48, Seri A no. 37). Başvuranın 6, 7, 8 ve 11. maddeler kapsamındaki haklarının teorik ve hayali değil, pratik ve etkili olabilmesi için, Sözleşme'nin 41. maddesiyle birlikte bu maddelerin Mahkeme tarafından uygulanması, sadece ilgili maddelerin ihlal edildiğinin tespit edilmesi değil, aynı zamanda 41. -madde uyarınca başvurana adil bir manevi tazminat ödenmesine hükmedilmesi gerekmektedir.

32. Yukarıda belirtildiği üzere, 41. maddenin üç şartının da kümülatif olarak karşılanması gerekmektedir. Mahkeme, Sözleşme'nin 6, 7 ve 11. maddelerinin ihlal edildiğine karar verdiği göre, 41. maddenin ilk şartının yerine getirildiği açıktır. Ayrıca, 8. maddenin de ihlal edildiğine karar verdiğimi belirtmeliyim.

33. Şimdi 41. maddenin ikinci şartını, yani "ilgili Yüksek Sözleşmeci Tarafın iç hukukunun sadece kısmi [ve dolayısıyla tam değil] telafi yapılmasına izin vermesi" şartını inceleyelim. Kararın 425. paragrafında Mahkeme, yaklaşımını, mevcut davada söz konusu olan Sözleşme hükümlerinin gereklerine uygun olarak yargılamaların yeniden başlatılması olasılığına dayandırmakta ve bunun "[başvuranın] talep etmesi halinde, ilke olarak en uygun telafi biçimini oluşturacağını" savunmaktadır. Mahkeme, yukarıdaki ifadelerle, 41. maddenin ikinci şartını ele aldığını açıkça belirtmemektedir; ancak, bunu yaptığı açıktır. Ancak benim naçizane görüşüme göre, yargılamanın yeniden başlatılması ihtimali, Mahkeme'yi ikinci şartın yerine getirildiğini tespit etmekten ve dolayısıyla mevcut davada adil tazmin için parasal bir karar vermekten şu üç nedenden dolayı alıkoymaz: (a) doğası gereği bu tedbir uygun bir telafi şekli olmayabilir; (b) yargılamanın yeniden başlatılması tam bir telafi anlamına gelemeyebilir; ve (c) yargılamanın yeniden başlatılması belirsiz bir tedbirdir (Mahkeme bile belirsizliği yansıtan "ihtimal" kelimesini kullanmaktadır).

34. Yargılamanın yeniden baslatılması belirsiz bir tedbir olacaktır, zira mevcut davada Mahkeme aynı kararda hem esasa hem de adil tazmine ilişkin karar vermektedir ve böyle bir tedbir alındıktan sonra bunu değerlendirme fırsatı bulamaz. Başka bir deyişle, mevcut davada Mahkeme önce esasa ilişkin kararını vermemiştir ve daha sonra adil tazmine ilişkin kararını, bu yeniden baslatılma tedbirinin davalı devlet tarafından gerçekten benimsenmesini sağlamak için ertelememiştir. Ichim'in gözlemlediği gibi: "Hakimlerin iç hukukun herhangi bir telafiye izin verip vermediğini değerlendirebilmeleri için, devlete bunu kanıtlama fırsatı vermeleri gerekir [ki bu da] geçmişte önce esasa ilişkin bir karar verilmesi ve ardından adil tazmine ilişkin bir karar verilmesi uygulamasıyla kolaylaştırılmıştır"¹³. Yukarıda belirtilenler ışığında, yeniden yargılama tam telafi anlamına gelen uygun bir telafi şekli olsaydı bile, Mahkeme bu tedbirin davalı devlet tarafından gerçekten alınıp alınmadığını veya alındıysa, başarılı olup

¹³. Bakınız Octavian Ichim, *Just Satisfaction under the avropean Convention on Human Rights* (Cambridge University Press, 2015), s. 67.

olmadığını ve başvuranın mevcut kararın konusu olan önceki yargılamalarla ilgili çektiği sıkıntı ve endişeyi telafi edip edemeyeceğini öğrenemezdi. Dolayısıyla, iç hukuk kapsamında tam bir telafi söz konusu olmadığından, 41. maddenin ikinci şartı da karşılanmaktadır.

35. Karar, 425. paragrafta, yargılamanın yeniden açılması tedbirini önerdikten sonra ve 41. maddenin ilk şartı üzerinde durmadan, "Mahkeme buna göre, ihlal tespitinin mevcut davada yeterli tazmin olarak kabul edilebileceğini düşünmekte ve dolayısıyla başvuranın bu başlık altındaki talebini reddetmektedir" sonucuna varmaktadır. Tüm saygımla, bu ifadeyle, karar hatalı bir şekilde Sözleşme'nin 41. maddesinin birinci ve ikinci gerekliliklerini birbirine karıştırmakta ve Mahkeme adil tazmin konusunu ele alırken açıkça bu maddenin gerekliliklerine atıfta bulunmasa da, aslında bunları bir ve aynı olarak ele almaktadır. Her halükarda, yürürlükteki hükümlerin 6. maddesinde, Mahkeme tarafından "gereklilik" kelimesinden yine bahsedilmemesine rağmen, manevi tazminat talebinin reddedilmesini gerektiren 41. maddenin ilk gerekliliğine sadece zımni bir atıfta bulunmaktadır.

36. Şimdi 41. maddenin üçüncü şartına, yani adil bir tazminatın sağlanması gerekliliğine (gereklilik şartı) dönecek olursak, bu şartın mevcut davada da karşılandığı açıktır, çünkü başvuran tespit edilen ihlaller nedeniyle mağduriyet ve endişe yaşamıştır. Daha da önemlisi, bu ihlaller gerçekten de ciddi niteliktedir ve başvuranın bu tür duygu ve hislere kapılmasına neden olmuş olmalıdır. Bu gerekliliğe ilişkin olarak, kararın manevi tazminat konusunu ele alan tek paragrafı olan 425. paragrafında herhangi bir ifadeye yer verilmemiştir. Başvuranın yaşadığı mağduriyet ve endişeye rağmen, Mahkeme'nin takdir yetkisinin neden manevi tazminat için herhangi bir meblağa hükmetmeyecek şekilde kullanılabileceğine dair herhangi bir neden de belirtilmemiştir. Mahkeme bu şartı uygulamak istiyorsa, bunu açıkça belirtmeli ve açıklamalıdır, böylece açıklamalarına şeffaflık, açıklık ve tutarlılık kazandırır. Eğer Mahkeme yargılamanın yeniden baslatılmasını tam bir telafi olarak gördüyse ve bu nedenle manevi tazminat için bir meblağ ödenmesini gerekli görmediyse, yine bunu açıkça belirtmelidir. Ancak, yukarıda açıklandığı üzere, yargılamanın yeniden baslatılması, 41. maddenin ikinci şartı bakımından hiçbir şekilde tam telafi teşkil edemez. Ayrıca, yargılamanın yeniden baslatılması, belirsiz bir tedbir olarak, Mahkeme'nin mevcut davada manevi tazminat için herhangi bir meblağa hükmetmemek için takdir yetkisini kullanmasına olanak tanıyan bir faktör oluşturamaz.

37. Yukarıda da belirttiğim gibi, Sözleşme'nin 6, 7, 8 ve 11. maddeleri kapsamındaki haklarının ihlali nedeniyle başvurana manevi tazminat olarak bir meblağ ödenmemesi, kanaatimce, haklarının korunmasının hayali ve kurgusal hale getirilmesi anlamına gelmektedir. Bu nedenle, Sözleşme'nin 41. maddesi uyarınca adil tazmin yoluyla başvurana manevi tazminat olarak bir miktar ödenmesine karar veriyorum. Ancak, azınlıkta olduğum için, verilmesi gereken meblağı belirlemem gereksizdir.

38. Ben de Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğini tespit ettiğimden ve kararın yürürlükteki hükümlerinin 6. maddesi 8. maddenin ihlali nedeniyle manevi tazminatla ilgili olmadığından (çünkü çoğunluk böyle bir ihlal tespit etmemiştir), yürürlükteki hükümlerin 8. maddesine, yani başvuranın adil tazmin talebinin geri kalanının reddine de karşı oy kullandım. Bunu yaptım çünkü 8. maddenin ihlalini, başvurana manevi tazminat olarak verilecek miktarın belirlenmesinde de önemli bir husus olarak görüyordum. Bu, 8. madde hakkındaki şikayeti incelemeye gerek olmadığına karar veren Hakimler Schembri Orland, Pastor Vilanova ve Šimáčková'nın ayrı görüşlerine katılmamamın bir başka nedenidir ve bu nedenle, 6, 7 ve 11. maddelerin ihlal edildiğini tespit etmenin yanı sıra, 8. maddenin de ihlal edildiğini düşündüğümden, manevi tazminat miktarını belirleme temelleri benimkinden farklı olacaktır.

Sonuç

39. Sonuç olarak, 6. madde kapsamındaki şikâyetlerle ilgili olarak, çoğunluğun aksine, öncelikle bağımsız ve tarafsız bir mahkemenin bulunmadığına ilişkin şikâyetleri inceleyecek ve kabul edilemez bulacaktım. Daha sonra, kuvvetler eşitliği ve çekişmeli yargılama güvencelerinin yokluğu nedeniyle 6 § 1 maddesinin ihlal edildiğini tespit ederdim, ancak çoğunluğun her halükarda var olmadığını tespit ettiği yeterli ve uygun dengeleyici güvencelerin olup olmadığını incelemeye gerek olduğu konusunda çoğunluğa katılmıyorum. Ayrıca, çoğunluk gibi ben de, 6 § 1 maddesinin ihlal edildiği tespit edildiği için, başvuranın 6 § 3 (c) maddesindeki etkili hukuki yardım hakkına ilişkin güvencenin ihlal edildiği yönündeki şikâyetinin incelenmesine gerek olmadığı kanaatindeyim. 8. maddeye ilişkin şikâyetle ilgili olarak, kabul edilebilirliğinin ve esasının incelenmesine gerek olmadığı yönündeki çoğunluk görüşüne katılmıyorum ve bu şikâyeti kabul edilebilir bularak 8. maddenin ihlal edildiği sonucuna varıyorum. Son olarak, ihlal tespitinin kendi başına manevi tazminat için yeterli adil tazmin teşkil ettiği konusunda çoğunluğa katılmıyorum ve azınlıkta olmasaydım, değerli meslektaşlarım Yargıç Schembri Orland, Pastor Vilanova ve Šimáčková ve bu konudaki diğer muhalifler gibi, başvurana bu başlık altında bir meblağ ödenmesine karar verirdim.

YARGIÇLAR RAVARANI, BÅRDSSEN, CHANTURIA, JELIĆ, FELICI VE YÜKSEL'İN ORTAK KISMİ MUHALEFET ŞERHİ

I. ANLAŞMA NOKTALARI

1. Aramızdaki çoğunluk, bu ortak görüşün yazarları, ulusal mahkemelerin (1) başvuranın etkili bir şekilde itiraz etmesini sağlamak için söz konusu kilit delile *ilişkin* uygun güvenceleri yürürlüğe koymadıkları, (2) davanın özünde yatan önemli konuları ele almadıkları ve (3) kararlarını gerekçelendiren nedenler sunmadıkları için Sözleşme'nin 6 § 1 maddesinin ihlal edildiği konusunda Mahkeme'nin vardığı sonuca (bkz. kararın 345. paragrafı) katılmaktadır. Ancak Yargıç Yüksel, bu noktadaki görüşü ve ayrıca aşağıdaki 9, 12 ve 13. paragraflarda ifade edilen hususları paylaşmamaktadır (bkz. kendi ayrı görüşü).

2. Ayrıca, çoğunluğun, bu davada, FETÖ/PDY'nin başvurana atfedilen eylemler sırasında bir terör örgütü olarak tanınıp tanınmadığına ilişkin olarak Sözleşme'nin 7. maddesinin ihlal edilmediği yönündeki görüşünü paylaşıyoruz (bkz. kararın 253. paragrafı).

3. Ayrıca, ulusal mahkemelerin başvuranı silahlı terör örgütüne (FETÖ/PDY) üye olma suçundan mahkum ederken, başvuranın Aktif Eğitim-Sen ve Kayseri Gönüllü Eğitimciler Derneği'ne üye olduğu gerçeğini destekleyici delil olarak dikkate alması nedeniyle Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlal edildiği konusunda çoğunluğa katılıyoruz (bkz. kararın 396. paragrafı).

II. ÇOĞUNLUĞA KATILMADIĞIMIZ YERLER

4. Çoğunluk, başvuranın silahlı terör örgütü üyeliğinden mahkumiyetinin belirleyici ölçüde ByLock uygulamasını kullandığı iddiasına dayandırılması ve bu nedenle ulusal mahkemelerin iç hukukun geniş ve öngörülemez bir yorumuyla ByLock kullanıcılarına objektif sorumluluk yüklemesi nedeniyle 7. maddenin gerekliliklerine aykırı olması nedeniyle Sözleşme'nin 7. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır (bkz. kararın 214-72. paragrafları). Aşağıdaki nedenlerden dolayı bu yaklaşıma katılmıyoruz.

5. İlk olarak, ulusal mahkemeler ByLock kullanımının Ceza Kanunu'nun 314. maddesinde tanımlanan silahlı terör örgütüne üye olma suçunun *fili unsuru* olmadığını açıkça ortaya koymuştur. Kanunda tanımlanan suçun hem objektif hem de sübjektif tüm kurucu unsurları, yerleşik yargı uygulamasına uygun olarak kanıtlanmalıdır.

6. İkinci olarak, karardan, başvuranın, Aktif Eğitim-Sen sendikasına ve Kayseri Gönüllü Eğitimciler Derneği'ne üye olması ve FETÖ/PDY'nin talimatıyla Bank Asya'daki bir hesaba geliriyle orantılı meblağlar yatırması gibi dava dosyasındaki diğer delillerle birlikte ByLock uygulamasını

kullanmasına dayanılarak mahkum edildiği anlaşılmaktadır (bkz. kararın 68, 70, 88, 94 ve 384. paragrafları). ulusal mahkemelerin bu diğer delillere dayanmasının uygunluğuna katılmamak mümkündür. Ancak yine de, ulusal mahkemelerin uğraştığı şeyin delil ve olguların tespiti meseleleri olduğuna şüphe yoktur. Gerçekten de, yerel yargılamalardaki ana sorulardan biri, başvuranın davasında ve daha genel olarak, ByLock- ile ilgili kanıtların delil değerini belirlemektir.

7. Üçüncü olarak, Mahkeme'nin 7. maddeye ilişkin geniş içtihadı, bu hükmün amacının, bir kişinin bir eylem veya ihmalinin suç teşkil edip etmediğini makul bir şekilde öngörebilmesini sağlamak, böylece davranışın hukuki sonuçlarını öngörülebilir kılmak ve keyfi kovuşturmayaya karşı korumak olduğunu göstermektedir (bkz. kararın 238-39. paragrafları). *Delillere ilişkin sorular* - özellikle delillerin değerlendirilmesi ve delillerden makul olarak ne çıkarılabileceğine ilişkin - bir fiil veya ihmalin hukuki sonuçlarının öngörülebilirliği ile değil, bu fiil veya ihmalden dolayı mahkum edilme olasılığı ile ilgilidir (bkz. örneğin, *Del Río Prada/İspanya* [BD], No. 42750/09, AİHM 2013; *Khodorkovskiy ve Lebedev/Rusya*, No. 11082/06 ve 13772/05, 25 Temmuz 2013; *Vasiliauskas/Litvanya* [BD], No. 35343/05, AİHM 2015; *Žaja/Hırvatistan*, No. 37462/09, 4 Ekim 2016; ve *Pantolon/Hırvatistan*, No. 2953/14, 19 Kasım 2020). Ayrıca, *Korbely/Macaristan* ([BD], No. 9174/02, AİHM 2008) ve *Navalnyye/Rusya* (No. 101/15, 17 Ekim 2017), çoğunluğun, Sözleşme'nin 7. maddesi kapsamında yapılan bir değerlendirmenin ayrılmaz bir parçası olarak, "ilgili kurucu unsurların ve özellikle de öznel veya zihinsel unsurun, iç hukukun gerekliliklerine uygun olarak başvuran açısından usulüne uygun olarak tesis edilip edilmediğini doğrulamanın Mahkeme'ye düştüğü" yönündeki önerisine (bkz. kararın 260. paragrafı) çok az destek sağlamaktadır.

8. Dördüncü olarak ve sonuç olarak, çoğunluğun alışılmadık yaklaşımı, Mahkeme'nin 7. maddenin yerleşik mantığından ve kapsamından uzaklaştığı izlenimini yaratabilir ve böylece hukuk ile olgu arasındaki doğal ayrımı yapısal olarak bulanıklaştırabilir.

III. ULUSAL MAHKEMELERİN 6 § 1 MADDESİNİN GEREKLERİNİ GÖZ ÖNÜNDE BULUNDURARAK BAŞVURANIN BYLOCK KULLANIMINA GÜVENMESİ

9. Çoğunluğun, ulusal mahkemenin ByLock kullanımına güvenmesi nedeniyle başvuranın Sözleşme kapsamındaki haklarının ihlal edildiği yönündeki değerlendirmesini paylaşıyoruz. Bununla birlikte, bize göre, daha organik, tutarlı ve güvenli yol, Mahkeme tarafından Sözleşme'nin 6 § 1 maddesi uyarınca delillerin değerlendirilmesine ilişkin asgari gereklilikler hakkında halihazırda izlenen yol, yani ulusal mahkemeler tarafından delillerin değerlendirilmesinin keyfi veya açıkça mantıksız olması durumunda Mahkeme'nin müdahale etmesi gerektiği hükmü olurdu (bkz. diğer makamlar arasında, *Moreira Ferreira / Portekiz (no. 2)* [BD], no. 19867/12, § 85, 11 Temmuz 2017).

10. Anayasa Mahkemesi'nin 15 Nisan 2021 tarihli kararında açıkladığı üzere (bkz. kararın 184. paragrafı), silahlı terör örgütü üyeliğinden mahkumiyet ancak mahkemelerin sanığın örgütle "organik" bağını (faaliyetlerinin sürekliliği, çeşitliliği ve yoğunluğuna dayanarak) tespit edebilmesi ve örgütün hiyerarşik yapısı içinde bilerek ve isteyerek hareket ettiğini gösterebilmesi halinde söz konusu olacaktır.

11. Bu bağlamda, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun (bkz. kararın 160. paragrafı), bir kişinin FETÖ/PDY'nin talimatıyla ByLock ağına katıldığının ve gizliliği sağlamak için ByLock kullandığının makul şüphenin ötesinde tespit edildiği durumlarda, böyle bir bulgunun sanık ile örgüt arasında bir tür bağlantı olduğuna dair kanıt teşkil edeceği yönündeki görüşünü kabul etmeye hazırız.

12. Ancak, böyle bir bulgudan, ulusal mahkemelerin başvuranın davasında vardığı ve yalnızca bazı standart ifadelerle gerekçelendirilen, Ceza Kanunu'nun 314. maddesinde tanımlanan suçun tüm kurucu unsurlarının, nesnel ve öznel unsurların da mevcut olduğu sonucuna bir sıçrama vardır. Gerçekten de, ulusal mahkemelerin, başvuranın FETÖ/PDY'nin 2016'daki başarısız *darbeyle* ilgili iddia edilen operasyonları ve hedefleri konusunda bilgi ve niyet sahibi olduğunu makul şüphenin ötesinde kanıtladığını hangi kanıta dayanarak tespit ettiği açıklanamamıştır. Burada, bir yandan ulusal mahkemelerin olgusal bulguları ile diğer yandan sunulan delillerden çıkarılabilecekler, özellikle de başvuranın ByLock uygulamasını kullandığı bulgusundan çıkarılabilecekler arasında açık bir delil boşluğu - eksik bir bağlantı - vardır. Bizim görüşümüze göre bu, Sözleşme'nin 6 § 1 maddesinin ayrı ve ek bir ihlali anlamına gelmektedir.

IV. SÖZLEŞME'NİN 46. MADDESİ KAPSAMINDA GENEL TEDBİRLERE İHTİYAÇ DUYULMASI

13. Açıklandığı üzere, Sözleşme'nin 6/1. maddesi yerine 7. maddesinin uygulanması konusunda çoğunluğun görüşünden farklı bir görüşe sahip olsak da, mevcut davanın Türkiye'deki ciddi bir sistemik sorunun bir parçasını oluşturduğu ve davalı Hükümet tarafından, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin rehberliğinde genel tedbirlerin uygulanması yoluyla, somut davanın ötesinde daha geniş bir ölçekte ele alınması gereken bir sorun olduğu yönündeki çoğunluğun değerlendirmesini tamamen paylaştığımızdan şüphe duyulmamalıdır (bkz. -kararın 413418. paragrafları-).

YARGIÇ FELİCİ'NİN KISMEN MUHALEFET ŞERHİ

SÖZLEŞME'NİN 41. MADDESİ KAPSAMINDA ADİL - TAZMİNAT: MANEVİ TAZMİNAT

1. "Sözleşme'nin 7. maddesinin ihlal edildiğine" hükmederek, yürürlükteki hükümlerin 2. maddesine ilişkin karara katılmıyorum. Bu bağlamda, Yargıçlar Ravarani, Bårdsen, Chanturia, Jelić ve Yüksel ile birlikte ortak bir ayrı görüş yazdım. Bu noktaya ek bir anlaşmazlık gerekçesi eklemek istiyorum. ulusal mahkemeler, başvuranın FETÖ/PDY ile bağlantılı örgütlere üyeliğine dayanmıştır. Bu gerçek, çoğunluk kararı tarafından 11. madde kapsamında yapılan analizde kabul edilmiştir (bkz. paragraf 384). Çoğunluğun 268. paragrafta "ByLock kullanımına ilişkin olgusal bulgunun tek başına silahlı terör örgütüne üye olma suçunun kurucu unsurlarını oluşturduğunun düşünüldüğü" sonucuna nasıl vardığını anlamak, mümkün olsa bile, zordur; zira aynı çoğunluk 11. maddeyi de analiz etmekte ve Aktif Eğitim-Sen sendikasına üyeliğinin mahkûmiyetinin olgusal temelinin bir parçasını oluşturduğu gerekçesiyle bu hükmün ihlal edildiğine karar vermektedir. Çoğunluğun mantığı, 7. maddeyi bu davaya uygularken, 11. maddenin ihlal edildiğine dair herhangi bir bulguyu kesin olarak dışlıyor gibi görünmektedir.

2. Şimdi mevcut ayrı görüşün gerekçelerine dönecek olursak, sırasıyla "ihlal tespitinin başvuranın maruz kaldığı manevi zarar için başlı başına yeterli adil tazmin teşkil ettiği" ve "başvuranın adil tazmin talebinin geri kalanının" reddedildiği 6. ve 8. maddelere ilişkin karara katılmadığımı belirtmek isterim.

3. Bu nedenle, benim anlaşmazlığım, başvurana manevi tazminat olarak bir meblağ verilmemesi kararına odaklanmaktadır (bkz. kararın 420-25. paragrafları ve yürürlükteki hükümlerin yukarıdaki noktaları).

4. Başvuran, Sözleşme'nin 6 § 1, 7. ve 11. maddeleri kapsamındaki haklarının ihlal edilmesinden kaynaklanan acı ve sıkıntı için manevi tazminat (50.000 avro) talep etmiştir. Bununla birlikte, 7. maddenin ihlal edildiğine dair çoğunluğa katılmadığım için, kendimi yalnızca başvuranın 6. ve 11. maddeler kapsamındaki talebiyle sınırlandırıyorum. Çoğunluğun aksine, başvuranın, prosedürdeki adaletsizliğin kendisinde mağduriyete ve sıkıntıya neden olduğu iddiasını kabul ediyorum.

5. Benim görüşüme göre, mevcut davada adil tazmin kararı verilebilmesi için 41. maddenin tüm gereklilikleri yerine getirilmiştir: Sözleşme'nin bir hükmü, özellikle de 6. maddesi "ihlal edilmiştir"; ilgili Yüksek Sözleşme Tarafı hiç tazminata izin vermemekte ya da "sadece kısmi tazminata" izin vermektedir; ve mağduriyet ve sıkıntı yaşayan başvuran için adil bir tazminata hükmedilmesi "gereklidir".

6. Benim görüşüme göre, Sözleşme'nin 41. Maddesi, ifade edildiği şekliyle, "bir Sözleşme hükmünün ihlal edildiğinin tespit edilmesinin" kendi

başına "zarar gören taraf için yeterli adil tazmin" oluşturabileceği şeklinde yorumlanamaz. Çünkü "ihlalin tespiti", "adil tazmin sağlanması" için gerekli ön koşullardan biridir ve Mahkeme bunları eşit olarak değerlendiremez (bkz. benzer şekilde, *Grzęda/Polonya* [BD] davasında Yargıç Serghides ile birlikte yazdığım Ortak Kısmi Muhalefet Görüşünün 7. paragrafı, No. 43572/18, 15 Mart 2022).

7. Bu davada Mahkeme, bu tür bir zarar için herhangi bir meblağa hükmetmemeye karar vermiş ve kararının 425. paragrafında yaklaşımını özellikle şu şekilde açıklamıştır:

"Manevi tazminatla ilgili olarak, Mahkeme, başvuranın tespit edilen ihlaller nedeniyle bazı sıkıntı ve endişelere maruz kalmış olabileceğini kabul etmektedir. Bununla birlikte, 46. madde kapsamındaki bulguları çerçevesinde belirtildiği üzere, başvuranın CMK'nın 311 § 1 (f) maddesi uyarınca, mevcut kararın verilmesinin ardından iç hukuktaki yargılamaların yeniden başlatılması imkânına sahip olduğunu ve talep etmesi halinde, mevcut davada söz konusu olan Sözleşme hükümlerinin gerekliliklerine uygun olarak yargılamaların yeniden başlatılmasının ilke olarak en uygun telafi şeklini oluşturacağını da not etmektedir."

8. Yukarıda atıfta bulunulan ayrı görüşte yer alan değerlendirmeleri aynen yineliyorum. Bir önceki paragrafta belirtilen belirli yaklaşımla ilgili olarak - yani kararın 425. paragrafında Mahkeme'nin, "[başvuranın] talep etmesi halinde, yargılamanın yeniden açılmasının ilke olarak en uygun telafi şeklini oluşturacağını" belirtmesi - yargılamanın yeniden açılmasının belirsiz bir tedbir olduğunun altını çizmek isterim (burada kullanılan "olasılık" terimine bakınız); Mevcut davada, Mahkeme hem esas hem de manevi tazminat konusunda karar verdiğinden, ulusal düzeyde yargılamaların olası yeniden açılmasının sonucunu denetleme imkanı olmayacaktır; ayrıca, yeniden açılma uygun veya tam bir telafi sağlayıcı olarak görülemez.

9. Başvuranın 6. ve 11. madde haklarının ihlali nedeniyle manevi tazminat olarak bir meblağa hükmedilmemesi, kanaatimce, haklarının korunmasının hayali ve kurgusal hale getirilmesi anlamına gelmektedir. Bu durum, Sözleşme'nin doğasında bulunan etkililik ilkesinin gerektirdiği gibi, insan haklarının korunmasının teorik ve hayali değil, pratik ve etkili olması gerektiği yönündeki Mahkeme içtihadına aykırıdır (bkz. *Artico/İtalya*, 13 Mayıs 1980, §§ 33, 47-48, Seri A no. 37).

10. Bu nedenle, Sözleşme'nin 41. maddesi uyarınca adil tazmin yoluyla başvurana manevi tazminat ödenmesine karar veriyorum.

YARGIÇ YÜKSEL'İN KISMEN MUHALİF, KISMEN MUTABIK GÖRÜŞÜ

A. SÖZLEŞME'NİN 6. MADDESİNE İLİŞKİN OLARAK

Çoğunluğun aldığı, bu davada Sözleşme'nin 6 § 1 maddesinin ihlal edildiği sonucuna katılmam mümkün değildir. Bu anlaşmazlığın üç ana nedeni vardır. İlk olarak, ulusal mahkemelerin kararlarının analizi Mahkeme'nin içtihadıyla tutarlı görünmemektedir. İkinci olarak, çoğunluğun yeni bir konu olan elektronik delil ve bunun başvuranın davasındaki rolünü yeterince dikkate aldığına ikna olmadım. Üçüncü olarak, Türkiye'nin 15. madde kapsamındaki askıya almasının Sözleşme'nin 6 § 1 maddesi kapsamındaki analizi nasıl etkilediğinin yeterince dikkate alınmadığına inanıyorum.

- 1 -

İlk olarak, çoğunluğun ulusal mahkemelerin kararlarına ilişkin analizinin Mahkeme'nin içtihadıyla tutarlı olduğuna ikna olmadım. Mahkeme içtihadına göre, "Sözleşme'nin ihlal edilip edilmediğine karar vermeden önce Mahkeme, 'yargılamaları bir bütün olarak' dikkate alır" (bkz. *Mirilashvili/Rusya*, No. 6293/04, § 164, 11 Aralık 2008, ve *Edwards/Birleşik Krallık*, 16 Aralık 1992, § 34, Seri A no. 247-B). Ancak çoğunluk, yargılamaları bir bütün olarak değerlendirmeksizin, yalnızca beş münferit eksiklik iddiasına odaklanmış görünmektedir (bkz. -331341. paragraflar). İddia edilen bu eksikliklerin, tek tek veya toplu olarak, bu davada bir ihlal olduğu sonucuna varmak için yeterli olduğuna ikna olmadım.

(a) İddia edilen ilk eksiklikle, yani ulusal makamların ham verileri neden veremediklerini açıklamadıklarıyla ilgili olarak (bkz. 331. paragraf), çoğunluğun ham verilerin başvuranın davasında oynadığı rolü göz ardı ettiği görülmektedir. (i) Çoğunluğun "mevcut davada ham verilerin başvuranla paylaşılmamasının meşru sebepleri olabileceğini kabul etmesi" ve "genel bir kural olarak önlerindeki delilleri değerlendirmek ulusal mahkemelere ait olduğundan, bu tür bir ifşanın kesinlikle gerekli olup olmadığına karar vermenin bu Mahkemenin görevi olmadığını" belirtmesi dikkat çekicidir (bkz. paragraf 329; ayrıca bkz. *Rowe ve Davis / Birleşik Krallık* [BD], No. 28901/95, § 62, AIHM 2000-II). Bir yandan ilgili elektronik delillerin başvuranla paylaşılmasının mümkün olmayabileceğini kabul ederken, diğer yandan ulusal makamların ham verilerin paylaşılmasına ilişkin iddia edilen muhakeme eksikliğine önemli bir vurgu yapmak biraz tutarsız görünmektedir. (ii) 22 Mayıs 2020'de hazırlanan ek rapordan, ham verilerin önce işlenmeden kullanıcı kimliği bazında tasnif edilmesinin mümkün olmadığı ve ham verilerin başka birçok şüpheliye ilişkin bilgiler de içerdiğinden, ham verileri bütünüyle herhangi bir şüpheliye paylaşmanın başka türlü mümkün olmadığı anlaşılmaktadır (bkz. paragraf 121). Söz konusu elektronik delillerin karmaşıklığı göz önüne alındığında, bu raporun

ve başvuranın ham verilere erişiminin neden sağlanamadığına ilişkin açıklamanın daha önce yapılmamış olmasına çok fazla ağırlık verilmesi gerektiğinden emin değilim. (iii) Çoğunluk, ham ByLock verilerinin başvuranın davası için kritik öneme sahip olduğunu düşünüyor gibi görünmektedir. Bu durum, ham verilere ilişkin gerekçelerin sunulması gerekliliğine yapılan vurguyu haklı çıkarıyor gibi görünmektedir. Ancak, bu aynı zamanda ulusal mahkemelerin başvuranın bu davada ByLock kullandığı sonucuna nasıl ulaştığını yeterince dikkate almadığını ve ceza yargılamalarında elektronik delillerin gerçekte nasıl kullanıldığınıyla ilgilenmediğini göstermektedir. ulusal mahkemeler, başvuranın mahkûmiyetinde ham ByLock verilerine dayanmamıştır. Bunun yerine, Kayseri Ağır Ceza Mahkemesi, soruşturma aşamasında Kayseri Emniyet Müdürlüğü tarafından hazırlanan ByLock raporuna ve yargılama aşamasında KOM tarafından hazırlanan rapora dayanmıştır (bkz. 68. paragraf). Ankara Bölge Adliye Mahkemesi, az önce atıfta bulunulan raporlara ek olarak, KOM tarafından 3 Haziran 2017 tarihinde hazırlanan "ByLock Tespit Raporu "na ve BTK iletişim kayıtlarına (bkz. 78-79. paragraflar) ve dava dosyasındaki tüm bilgilere dayanarak bir dijital adli tıp uzmanı tarafından hazırlanan bilirkişi raporuna dayanmıştır (bkz. 80 ve 88. paragraflar). Bu bilirkişi raporu, "[BTK] ve [KOM] tarafından başvuran tarafından kullanıldığı belirtilen GSM numarasına ilişkin elde edilen kayıtları ve dava dosyasının tüm içeriğini incelemiştir; 29 Haziran 2017 tarihinde sunulan bu rapor, BTK tarafından sunulan HTS kayıtları, KOM tarafından sunulan ByLock değerlendirme ve tespit raporları ve dava dosyasının içeriği ile tutarlı [ve] ayrıntılı, karşılaştırmalı ve incelenebilir niteliği göz önünde bulundurularak [mahkemenin] kararına esas alınmıştır" (bkz. 88. paragraf). Kararın 121. paragrafındaki açıklamalardan, ham verilerin işlenmeden tasnif edilmesinin mümkün olmadığı ve bir kullanıcı arayüzü geliştirilmesi gerektiği de anlaşılmaktadır. Sonuç olarak, çoğunluğun ham verilerin başvuranın davasında oynadığı rolü göz ardı ettiğine ve bu verilerin neden paylaşamadığına ilişkin iddia edilen muhakeme eksikliğini ulusal mahkemeler açısından bir eksiklik olarak tanımlamanın yanlış olduğuna inanıyorum.

Çoğunluk, ham verilere vurgu yapmakta ve bunların "kritik öneme" sahip olduğunu öne sürerken, iddia edilen bir dizi başka eksiklik de tespit etmektedir: (i) ulusal mahkemelerin, başvuranın verilerin bağımsız bir şekilde incelenmesi talebine yanıt vermemesi; (ii) ulusal mahkemelerin, özellikle ByLock kanıtlarının güvenilirliğine ilişkin olmak üzere, başvuranın diğer bazı argümanlarına yanıt vermemesi; (iii) ulusal mahkemelerin içeriğin deşifre edilmesini beklemeden karar vermesi; ve (iv) ulusal mahkemelerin gerekçelerinde "bariz boşluklar" olduğu (bkz. 332-340. paragraflar). Çoğunluğun bu iddia edilen eksikliklere ilişkin analizinde güçlük çekiyorum, çünkü Mahkeme'nin içtihadındaki bir dizi temel ilkeyi yeterince dikkate almadıklarına inanıyorum. Örneğin, "6. maddenin, ulusal mahkemelere,

sadece bir tarafça talep edildiği için bir bilirkişi raporunun hazırlanmasını veya başka bir soruşturma tedbirinin alınmasını emretme yükümlülüğü getirmediğini" belirtmek isterim (bkz. *Mirilashvili*, yukarıda anılan, § 189). Bu noktada, Mahkeme'nin içtihadı ve ulusal mahkemeler tarafından halihazırda yürütülen kapsamlı veri incelemesi dikkate alındığında, bunun önerilen sonuç için bir temel olarak kullanılabileninden emin değilim. Benzer şekilde, çoğunluk, özellikle şifrelenmiş ve/veya hacim veya kapsam bakımından çok büyük veriler söz konusu olduğunda, elektronik delillerin ele alınmasının, kolluk kuvvetleri ve adli makamları hem soruşturma hem de yargılama aşamalarında ciddi pratik ve usuli zorluklarla karşı karşıya bırakabileceğini kabul etse de (bkz. 312. paragraf), bunun bu davadaki analizleri üzerinde nasıl bir etkisi olduğunu göremiyorum.

(b) Yukarıdakiler göz önünde bulundurulduğunda, çoğunluk tarafından tespit edilen iddia edilen tüm eksikliklerin, esasen, ulusal makamların muhakeme eksikliği olduğu şeklindeki tek bir konuya indirildiği görülmektedir. Bu bağlamda, ulusal mahkemelerin gerekçelendirmesine ilişkin olarak Mahkeme içtihadında yer alan standartları dikkate almak önemlidir. Mahkemeler, ileri sürülen her argümana ayrıntılı bir cevap vermek zorunda olmamakla birlikte, davanın temel meselelerinin ele alındığı karardan açıkça anlaşılmalıdır (bkz. *Taxquet/Belçika* [BD], No. 926/05, § 91, AİHM 2010). ulusal mahkemelerin kararlarında başvuran tarafından dile getirilen temel meseleleri ele aldıkları görülmektedir. Başvuranın ulusal mahkemeler önünde ileri sürdüğü temel endişeler, (i) ByLock kullandığı iddia edilen tarihte FETÖ/PDY'nin bir terör örgütü olarak tanımlanmadığı ve FETÖ/PDY ile bağlantılı örgütlerin bir üyesi olduğu (71. paragraf); (ii) ByLock verilerinin hukuka aykırı olarak elde edildiği (73. paragraf) ve (iii) verilerin uzmanlar tarafından yeterince incelenmediği (75. paragraf) şeklinde görülmektedir. (i) Ankara Bölge Adliye Mahkemesi, Türk hukukuna göre, FETÖ/PDY'yi terör örgütü olarak tanımlayan bir yargı kararının bulunmamasının, terör örgütü üyeliğinden cezai sorumluluğu engellemediğini belirtmiştir (bkz. 84. paragraf). (ii) Ulusal mahkemeler de verilerin Türk hukuku kapsamında yasal olarak toplandığını belirtmiştir (bkz. 85. paragraf). (iii) Yukarıda açıklandığı üzere, ulusal mahkemeler verilerin doğrulanması ve incelenmesi konularını da ele almışlardır (76-80 ve 88. paragraflar). Buna göre, temyiz mahkemeleri de dahil olmak üzere ulusal mahkemelerin (bkz. 83-88 ve 98. paragraflar), eylemleri ve gerekçeleriyle, başvuranın davasındaki temel meseleleri ele aldıkları görülmektedir.

Sonuç olarak, yukarıdakilerin ışığında, çoğunluğun, Mahkeme içtihadındaki standartlara atıfta bulunarak, "başvuranın aleyhindeki delillere itiraz etmek ve savunmasını yapmak için gerçek bir fırsata sahip olmasını sağlamak için yeterli güvencelerin bulunmadığını" tespit edemediği görülmektedir (bkz. 341. paragraf). Yargılama bir bütün olarak ele alındığında, dosyada görüldüğü üzere, ulusal mahkemeler başvuranı mahkum etmek için kullanılan bilgileri paylaşmış ve başvurana bu bilgilere itiraz etmesi için

yeterli fırsatı vermiştir. Ulusal mahkemeler, başvuranın dava dosyasındaki bilgilerin yeterliliğine ilişkin endişelerini dikkate almış görünmekte ve bu doğrultuda ek doğrulama talep etmişlerdir. Bu durumun, Mahkeme'nin yukarıda belirtilen içtihadı ışığında, ulusal mahkemelerin başvuranın adil yargılanma hakkını korumak için yeterli güvenceleri uygulamaya koyduğuna inanıyorum.

- 2 -

İkinci olarak, çoğunluğun bu davanın ortaya çıkardığı önemli ve yeni konulardan biri olan ceza yargılamalarında elektronik delillerin kullanımına değinmemiş olmasından duyduğum üzüntüyü ifade etmek isterim. Büyük Daire, 6/1 madde analizinin bu özel bağlamda nasıl geliştirilmesi gerektiğini değerlendirmeliydi. Dava, "bir bireyin, bir terör örgütü tarafından iç haberleşme amacıyla tasarlandığı iddia edilen şifreli bir mesajlaşma sistemini kullandığını gösteren elektronik deliller" ile ilgili olduğu için bu özellikle böyledir (bkz. 344. paragraf). Bu bağlamda, Mahkeme'nin "6. maddenin, polis makamlarının terörle veya diğer ciddi suçlarla mücadelede etkili tedbirler almasını orantısız bir şekilde zorlaştıracak şekilde uygulanmaması gerektiği" yönündeki içtihadına işaret etmek isterim (bkz. *Ibrahim ve Diğerleri / Birleşik Krallık* [BD], No. 50541/08 ve diğerleri, § 252, 13 Eylül 2016). Elektronik delillerin yeni bir konu olduğu göz önünde bulundurulduğunda, Mahkeme ayrıca temel ikincilik ilkesini de gözden kaçırmamalıdır. Bu bağlamda, belirli bir delilin kabul edilebilirliği ve kanıt değerinin değerlendirilmesinin yanı sıra, suçun somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesinin öncelikle ulusal mahkemelerin görevi olduğu unutulmamalıdır (bkz. *Bochan / Ukrayna (no. 2)* [BD], No. 22251/08, § 61, AİHM 2015, ve *Moreira Ferreira/Portekiz (no. 2)* [BD], No. 19867/12, § 83, 11 Temmuz 2017; ayrıca bkz. *Correia de Matos/Portekiz* [BD], No. 56402/12, § 116, 4 Nisan 2018). Sonuç olarak, Mahkeme'nin 6 § 1 maddesindeki güvencelerin bu dava bağlamında nasıl uygulanacağı ile meşgul olması yetersiz görünmektedir.

- 3 -

Çoğunluk, terörle mücadelede yeni bir konu olan elektronik delillerle yeterince ilgilenmediği gibi, Sözleşme'nin 6 § 1 ve 15. maddeleri arasındaki etkileşimle de ilgilenmemiştir. Başvuranın mahkumiyetine yol açan temel soruşturma ve adli işlemler, Türkiye'ye ilişkin olarak 15. madde kapsamında bir askıya almanın yürürlükte olduğu bir zamanda gerçekleştirilmiştir. Bu istisna, Temmuz 2016'daki darbe girişiminin doğrudan bir sonucu olarak yürürlüğe girmiştir (bkz. 10-15. paragraflar). Darbe girişimi sırasında, azmettiricilerin kontrolü altındaki askeri personel, Meclis binası ve Cumhurbaşkanlığı yerleşkesi de dahil olmak üzere birçok stratejik devlet binasını bombalamış, Cumhurbaşkanı'nın kaldığı otele saldırmış, Genelkurmay Başkanı'nı rehin almış, televizyon stüdyolarını işgal etmiş ve

göstericilere ateş açmıştır. Başvurulara göre, söz konusu gece aralarında sivillerin de bulunduğu 250'den fazla kişi öldürülmüş ve 2.000'den fazla kişi yaralanmıştır (bkz. 11. paragraf). Bu istisnai koşullara rağmen, çoğunluk, Türkiye'nin 15. madde kapsamındaki istisnasının 6/1. madde kapsamındaki analizi nasıl etkilediğine ilişkin esaslı bir analiz yapmamaktadır.

Bu bağlamda, ilk olarak, çoğunluğun Sözleşme'nin 6 § 3 (c) maddesine ilişkin olarak Hükümet'in argümanlarına dayanmasına katılmıyorum. 354. paragrafta çoğunluk, Hükümet'in Sözleşme'nin 6 § 3 (c) maddesi kapsamındaki görüşlerinin bir parçası olarak yaptığı "olağanüstü halin yargı makamlarının kararlarında belirleyici olmadığı ve yargısal faaliyetlerin kendi ilke ve kurallarına göre yürütüldüğü" şeklindeki açıklamasına dikkat çekmektedir. Çoğunluk, bu ifadenin "sınırlı önemini" kabul etmekle birlikte, yine de "Hükümet'in, ceza yargılamalarının ulusal mahkemeler tarafından başvuranın usuli haklarına uygun bir şekilde yürütüldüğüne dair gözlemleriyle" tutarlı olduğunu ileri sürmektedir (354. paragraf). Bu gerekçeyle ilgili zorluk yaşıyorum çünkü zımnen, Hükümet'in olağanüstü halin bu davayla ilgisi hakkında görüş bildirmediyini öne sürmektedir. Dava dosyasından da anlaşılacağı üzere, bu yanıltıcı olabilir. Çoğunluğun dayandığı cümle, daha geniş bir argümanın bir parçasını oluşturmaktadır ve bağlamından koparılmıştır. Ayrıca, 6 § 3 (c) maddesine ilişkin argümanlar, 6 § 1 maddesine ilişkin argümanlardan tamamen ayrıdır. Sonuç olarak, çoğunluğun 6 § 1 maddesine ilişkin analizleri için 6 § 3 (c) maddesi kapsamında yapılan beyanlardan faydalanması gerektiğini düşünmüyorum.

İkinci olarak, çoğunluğun 6/1. madde ile 15. madde arasındaki etkileşime girmemek için öne sürdüğü temel gerekçe, başvuranın davasında alınan tedbirlerin olağanüstü hal tarafından nasıl gerekli kılındığına ilişkin "Hükümet'in herhangi bir ayrıntılı gerekçe sunmamış olması" gibi görünmektedir (bkz. 355. paragraf). (i) Bunun, 6 § 1 ve 15. maddelerin nasıl etkileşim içinde olduğu sorusuyla ilgilenmemek için yeterli bir gerekçe olduğuna ikna olmadım. Bu, Mahkeme'nin bu bağlamda ilk kez ele aldığı bir ilke sorunudur; dolayısıyla, Mahkeme'nin analizini ulusal makamların argümanlarıyla sınırlandırması tatmin edici değildir. (ii) Her halükarda, çoğunluğun olağanüstü halin uygunluğuna ilişkin argümanlarla yeterince ilgilendiğini düşünmüyorum. Dava dosyasından ve ulusal yargı da dahil olmak üzere ulusal makamların argümanlarından, olağanüstü halin bu davanın altında yatan temel bağlam olduğu açıktır. Bu bağlamda, "söz konusu 'münhasırlık' argümanının olağanüstü halin özel koşulları nedeniyle geliştirildiğine dair herhangi bir gösterge bulunmadığı" yönündeki iddiaya katılmıyorum (bkz. paragraf 353). Benim görüşüme göre, Yargıtay'ın ByLock'un münhasıran FETÖ/PDY tarafından kullanıldığı yönündeki tespiti (bkz. 158-160. paragraflar), olağanüstü halin ilan edilme amacı ve FETÖ/PDY tarafından ortaya konan meydan okumanın karmaşıklığı göz önünde bulundurulduğunda, darbe sonrası koşullardan ayrı tutulamaz. Ayrıca, Sözleşme'nin 15. maddesini yorumlarken ve uygularken, askıya alma

bağlamını ve 15 Temmuz 2016 askeri darbe girişimi sonrasında Türkiye'nin karşılaştığı zorlukları dikkate almak Mahkeme içtihadında bir yenilik değildir (*Baş/Türkiye*, No. 66448/17, § 221, 3 Mart 2020). Gerçekten de, içtihat incelendiğinde, 15. maddenin farklı bağlamlarda uygulandığı görülmektedir: birincisi, ulusun yaşamını tehdit ettiği anlaşılan nispeten münferit bir olayın olduğu durumlarda (örneğin, *A. ve Diğerleri / Birleşik Krallık* [BD], No. 3455/05 ve diğerleri, 19 Şubat 2009); ve ikincisi, "[bir Sözleşmeci Devletin] toprak bütünlüğüne, [Devletin] kurumlarına ve eyalet sakinlerinin yaşamlarına yönelik özellikle geniş kapsamlı ve ciddi bir tehlike" söz konusu olduğunda (*İrlanda/Birleşik Krallık*, 18 Ocak 1978, § 212, Seri A no. 25). Acaba, bu farklı türdeki kamusal acil durumlarda, 15. madde, ulusun yaşamına yönelik tehdidin özel bağlamına uygun bir şekilde yorumlanıp uygulanabilir mi? İchtihatta görüldüğü üzere, bir askıya almanın nispeten münferit bir olayın aksine "çok- kapsamlı ve akut bir tehlike" tarafından tetiklendiği durumlarda, durumun gerekliliklerine ilişkin olarak tedbirlerin gerekli olup olmadığı değerlendirilirken bu genel bağlamın daha fazla dikkate alınması gerekebilir. Sonuç olarak, olağanüstü halin devletin kurumsal aygıtı üzerindeki geniş kapsamlı etkisi (bkz. 10-16. paragraflar) ve ulusal yargının "bir terör örgütü tarafından iç haberleşme amacıyla tasarlandığı iddia edilen şifreli bir mesajlaşma sisteminin kullanımı" (bkz. 344. paragraf) ile uğraştığı gerçeği göz önüne alındığında, çoğunluğun mevcut davada askıya almanın bağlamının analizi nasıl etkilemesi gerektiği konusunda yeterli değerlendirme yaptığına inanmıyorum.

Yukarıda belirtilenler ve Mahkeme'nin içtihadı ışığında, çoğunluğun gerekçesinin bu davada 6 § 1 maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmak için yeterli unsurları sağlamadığına inanıyorum. Mahkeme'nin içtihadında belirlenen standartlar uyarınca, ulusal mahkemeler kararlarında davanın temel meselelerinin ele alındığını açıkça belirtmelidir (*Taxquet*, yukarıda anılan, § 91) ve Mahkeme yargılamanın adilliğini bir bütün olarak değerlendirmelidir (*Mirilashvili*, yukarıda anılan, § 164, ve *Edwards*, yukarıda anılan, § 34). Ulusal mahkemelerin kararlarından bir bütün olarak anlaşılan, başvuranın davasındaki temel meseleleri ele aldıklarıdır. Sonuç olarak, ulusal mahkemelerin gerekçeleri, elektronik delillerin rolü ve özellikleri ve olağanüstü hal göz önünde bulundurulduğunda, bu davanın koşullarında 6 § 1 maddesinin ihlal edildiği sonucuna katılmam mümkün değildir.

B. SÖZLEŞME'NİN 11. VE 46. MADDELERİNE İLİŞKİN OLARAK

Başvuranın Sözleşme'nin 11. maddesi kapsamındaki şikâyetiyle ilgili olarak, mevcut davanın özel koşullarında bir ihlal olduğu sonucuna katılmakla birlikte, çoğunluğun gerekçesinin tamamına katılmıyorum. Kararda belirtilen konularda ulusal mahkemeler tarafından açıklama yapılmaması nedeniyle bu hükmün ihlal edildiğine katılıyorum. Ancak, çoğunluk *Selahattin Demirtaş / Türkiye (no. 2)* (No. 14305/17, 22 Aralık 2020) kararına dayandığından ve bu davada ifade ettiğim hukuki görüşümü koruduğumdan, "hukuka uygunluk" konusundaki gerekçeye katılmıyorum.

Mevcut davada 6/1 sayılı maddenin ya da 7. maddenin ihlal edilmediği yönündeki görüşümü göz önünde bulundurarak, kararda 46. maddeye atıfta bulunulmasını da destekleyemiyorum.