

HUKUKİ MÜTALAA

I. DAYANAK

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

II. OLAY

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

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

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

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

III. ÇÖZÜMÜ GEREKEN SORUN:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B-AİHM'in Yüksel Yalçınkaya Kararı

a) Kanunilik İlkesi Açısından

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

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

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

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

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

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

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

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

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

b) Adil yargılanma açısından

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

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

Başvuran, MİT tarafından hukuka aykırı olarak temin edilmeleri nedeniyle delil olarak kabul edilemeyeceğini, bu verilerin, bütünlükleri ve delil değerlerine ilişkin endişelerin gerektiği gibi ele alınmadığını, buna rağmen silahların eşitliği ve çekişmeli yargılama ilkeleri göz ardı edilerek, mahkûmiyetine ilişkin belirleyici unsur olarak dayanıldığını ileri sürmüştür. AİHM, başvuru konusu olayda başvuranın silahlı terör örgütüne üye olma suçundan mahkûmiyetinin, kesin olarak ByLock uygulamasını kullandığı tespitine, bunun da esas olarak MİT tarafından elde edilen verilere dayandığını, geri kalan kanıtların yalnızca bir doğrulama kaynağı olarak hizmet ettiğini belirlemiş ve bu koşullar altında, bu delillere AİHS m. 6/1'deki güvencelere uygun olarak etkili biçimde karşı koymasının daha da önem kazandığının altını çizmiştir.

AİHM, internet tabanlı bir iletişim uygulamasının sunucusunda depolanan şifrelenmiş elektronik verilere de, AİHS m. 6/1 kapsamındaki güvencelerin uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Hayatın her alanında dijitalleşmenin artmasıyla birlikte elektronik delillerin ceza yargılamalarında her yerde bulunur hale geldiğini kabul etmektedir. Mahkeme, mevcut davada daha sonra yapacağı incelemeden bağımsız olarak, bir bireyin bir suç örgütü için özel olarak tasarlanmış ve münhasıran bu örgütün iç haberleşmesinde kullanılan şifreli bir mesajlaşma sistemini kullandığını kanıtlayan elektronik delillere başvurma, organize suçla mücadelede çok önemli olabileceğini belirtmektedir. Mahkeme ayrıca, elektronik delillerin, niteliği gereği geleneksel delil türlerinden birçok açıdan farklılık gösterdiğini belirtmekte ve değiştirilmeye veya manipüle edilmeye daha yatkın olduğu için farklı güvenilirlik sorunları ortaya çıkardığına işaret etmektedir. Mahkeme ayrıca, ceza yargılamalarında test edilmemiş elektronik delillerin kullanılmasının, bu tür delillerin toplanmasında uygulanan prosedür ve teknolojinin doğası gereği karmaşık olması ve bu nedenle ulusal hâkimlerin bu delillerin gerçekliğini, doğruluğunu ve bütünlüğünü tespit etme kabiliyetini azaltması nedeniyle yargı için özel zorluklar içerebileceğini yinelemektedir. Bununla beraber, özellikle şifrelenmiş ve/veya hacim ya da kapsam bakımından çok büyük veriler söz konusu olduğunda, elektronik delillerin ele alınması, kolluk kuvvetlerini ve adli makamları hem soruşturma hem de yargılama aşamalarında ciddi pratik ve usulü zorluklarla karşı karşıya bırakabilir.

Ancak tüm bu zorluklar, m. 6/1'deki güvencelerin, daha katı veya daha yumuşak olarak farklı bir şekilde uygulanmasını gerektirmez. Başvurana göre, MİT'in ByLock verilerini tam bir gizlilik içinde ve herhangi bir yargı denetimi veya CMK kapsamında öngörülen diğer usul güvenceleri olmaksızın elde etmiş ve işlemiş olması verilerin güvenilirliğini sorgulanır hale getirmiştir. AİHM, ulusal güvenliğe yönelik tehditleri öngörmek, önlemek veya bunlara karşı koymak için bir devletin etkili istihbarat ve güvenlik hizmetlerine ihtiyacı olduğunu ve istihbaratın da devletin terörle mücadelede sahip olduğu ana silahlardan birini oluşturduğunu, bu tür saldırıları önceden önlemede en son teknolojilere başvurmalarının günümüz terörizminin aldığı biçimlerin doğal bir sonucu olduğunu belirtmiştir. Bu amaçla toplanan verilerin ceza muhakemesinde delil olarak kabul edilip edilmeyeceği ve hangi koşullarda kabul edileceği konusunda görüş bildirmek Mahkemenin görevi

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

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

Öte yandan başvuran esas olarak, MİT tarafından ByLock sunucusundan toplanan verilerin kendisiyle paylaşılmaması veya silahların eşitliği ve çekişmeli yargılama ilkelerine uygun olarak ve CMK m. 134/1 uyarınca bağımsız incelemeye sunulmaması nedeniyle ByLock delillerine gerektiği gibi itiraz edemediğini ileri sürmüştür. Başvuran, güvenilirliklerini ve bütünlüklerini doğrulamak, potansiyel olarak aklayıcı bilgilere erişmek ve ulusal mahkemeler tarafından mahkûmiyetini desteklemek için dayanan "münhasır" ve "örgütsel" kullanıma ilişkin argümanların doğruluğuna itiraz etmek için bu verilere erişmesinin gerekli olduğunu iddia etmiştir. AİHM, delillerin açıklanmasının mutlak bir hak olmadığını, ulusal güvenlikle ilgili kaygılar veya başkalarının temel haklarının korunması da dahil olmak üzere, delillerin savunmadan saklanmasını gerektirebilecek çeşitli nedenler olabileceğini, ayrıca delillerin elektronik ortamda yığınla toplanması durumunda, bu bilgilerin tamamının savunmaya açıklanması mümkün olmayabilir, hatta gerekli de olmayabilir. Bununla birlikte, bu koşullarda bile, AİHM, ByLock verilerinin paylaşılmaması nedeniyle başvuranın maruz kaldığı dezavantajlı durumun yeterli usulî güvencelerle dengelenip dengelenmediğini ve AİHS m. 6'nın gerektirdiği biçimde savunmasını hazırlamak için uygun bir fırsat verilip verilmediğini incelemelidir. Bu bağlamda ulusal mahkemelerin kararlarında başvuranın verilerin dava dosyasına kabul edilmesi talebi karşılıksız kalmıştır. Hükûmet tarafından AİHM'e sunulan ve ByLock kullanıcı listelerinin nasıl oluşturulduğu ve bireysel ByLock kullanımlarına ilişkin ham verilerin neden izole edilemediği ve ilgili kullanıcılarla paylaşmadığı konusunda daha fazla bilgi sağlayan tamamlayıcı analiz raporu, benzer biçimde aleyhindeki ceza muhakemesi sırasında başvurana sunulmamıştır. Mahkeme, ilgili verilerin başvuranla paylaşılıp paylaşılmayacağını, ne şekilde ve ne ölçüde paylaşılması gerektiğini belirleyecek konumda olmadığını kabul etmekle birlikte, başvurana ulusal mahkemeler tarafından ham verilerin - özellikle de kendisini ilgilendirdiği ölçüde - neden ve kimin kararıyla kendisinden saklandığına dair hiçbir açıklama yapılmadığının altını çizer. Dolayısıyla başvuran, bu gerekçelerin geçerliliğine itiraz etmek ya da çatışan menfaatler arasında adil bir denge

kurmak ve savunma haklarını güvence altına almak için her türlü çabanın gösterildiğine itiraz etmek gibi herhangi bir karşı argüman sunma fırsatından yoksun bırakılmıştır. İkinci olarak, başvuranın ham verilerin içeriğinin ve bütünlüğünün doğrulanması için bağımsız bir incelemeye sunulması istemi de ulusal mahkemeler tarafından dikkate alınmamıştır. AİHS m. 6 ulusal mahkemelere, sırf taraflardan biri talep ettiği için bilirkişi raporu alınmasını dayatmaz, bunun ilgili ve gerekli olup olmadığına karar vermek öncelikle ulusal mahkemenin görevidir. Mevcut olaylarda, ulusal mahkemelerin, ham verileri doğrudan incelemeye sunmadan, başvuranın suçluluğuna karar verirken MİT ve KOM tarafından sağlanan bilgi ve raporlara münhasıran güvenmeleri, özellikle ByLock verilerini ham haliyle incelemek için gereken teknik yeterlilikler göz önüne alındığında, yargılamaları adil olmayan hale getirmek için tek başına yeterli değildir. Bununla birlikte, söz konusu verilerin Aralık 2016'da adli makamlara sunulduğu sırada veya sonrasında bütünlüklerinin doğrulanması için incelemeye tabi tutulduğunu gösteren somut bir bilgi bulunmadığı göz önüne alındığında, Mahkeme, başvuranın bağımsız uzmanlar tarafından incelenmesini istemekte meşru bir menfaati olduğunu ve mahkemelerin kendisine uygun şekilde yanıt verme görevi olduğunu düşünmektedir. Bu bağlamda MİT'ten verilerin alınması üzerine adli makamlar tarafından alınan tedbirler, başvuranın endişesinin özü olan devir teslimden önce verilerin bütünlüğünün bozulup bozulmadığına ilişkin bir değerlendirme içermemektedir. Bu koşullar altında ve ham ByLock verilerinin başvuranın davası için kritik önemini bir kez daha hatırlatarak, ulusal mahkemelerin başvuranın bu tür bir bağımsız inceleme talebine karşılık vermemesi sorunludur. Ankara BAM tarafından görevlendirilen bilirkişi tarafından yapılan inceleme, halihazırda mevcut olan çeşitli rapor ve kayıtların değerlendirilmesiyle sınırlı olup, başvuranın talep ettiği gibi MİT tarafından elde edilen ham verilerin incelenmesini içermemektedir.

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

bulunmadığı ve 9 Aralık 2016 tarihinde verilen mahkeme kararının bu şekilde toplanan delilleri geriye dönük olarak “hukuka uygun” ve güvenilir kılamayacağı yönündeki iddiaları ne Ankara Bölge Adliye Mahkemesi ne de Yargıtay tarafından incelenmiştir.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

c) Örgütlenme Özgürlüğü Açısından

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

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

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

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

IV. Mevcut Kriterler Işığında Somut Olaya İlişkin Değerlendirmeler:

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

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

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

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

² *Rogge*, EuGRZ 1996, s. 342

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

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

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

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

1. Sanığın ByLock kullanıcısı olması

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

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

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

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

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

2. Tanık beyanları

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

A) Tanık [REDACTED] anlatımları:

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

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

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

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

B) Tanık [REDACTED] anlatımları:

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

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

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

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

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

C) Tanık [REDACTED] anlatımları:

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Bank Asya nezdindeki hesap hareketleri

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

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

4. Üst düzey yöneticilerle İlişkiler

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

5. Dernek ve sendika üyeliği

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

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

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

V. SONUÇ

Yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda sanık [REDACTED] yüklenen ByLock kullanıcısı olmak, Banka Asya'daki hesap hareketleri, üst düzey yöneticilerle ilişkiler ile dernek ve sendika üyeliğinin bu kişiyi FETÖ/PDY adlı silahlı terör örgütüne üye olarak kabul edilmesi için gereken yoğunluk, süreklilik ve çeşitlilik içermediğine ve davaya bakan mahkemenin kararında AİHM kararında ortaya konulan ilkelerin bu karara konu olan olay bakımından da geçerli olduğuna ve bu durumun göz ardı edilerek sanığın TCK m. 314/2'den mahkumiyetine karar verilmesinin ileride AİHS m. 6, 7, ve 11'i ihlal tehlikesi yaratacağına ilişkin görüşümü saygı ile arz ederim. 01.03.2024

Prof. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM

Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi