

HUKUKİ MÜTALAA

Sayın Av. Mustafa Onur ASLAY,

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

TÜRKİYE CUMHURİYETİ MAHKEMELERİ KARARLARI

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

b) Kayseri Ağır Ceza Mahkemesi Kararı

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

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

c) Ankara Bölge Adliye Mahkemesi Kararı

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

d) Ankara Bölge Adliye Mahkemesi Kararına Karşı Temyiz Başvurusu

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

e) Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru

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

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

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

f) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kararı

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Örgüt üyesi olmayanların da ByLock kullanabileceklerinin mahkemece yeterince açıklanmadığını;

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

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

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

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

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararına Göre Türk Mahkemelerinin Yapması Gerekenler

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

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

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

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

Türk Mahkemelerinin Vermesi Gerekli Kararlar

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine uygunluk uygulaması üç şekilde yapılabilir;

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

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

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

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararının Uygulanması

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

SONUÇ: Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında;

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

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

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

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

