

BİLİMSEL GÖRÜŞ

Prof. Dr. Sami SELÇUK

(Eski Yargıtay Birinci Başkanı)

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

Özellikle son cümle Yasa yapıcısının yukarıda özetlenen kayısını yansıtmaktadır.

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

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

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

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

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

Günümüzde ise yasaların yorum tekeli, elbette yargıca ait ise de, ceza hukukunda bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunmasının biricik güvencesi ve “suçluğun Magna Carta'sı” olan (S / S-Eser, iletlenenler: Koca / Üzülmez, s. 57) bu “suçların yasallık ilkesi”ne sıkı sıkıya uyulmak gereklidir.

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

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

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

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

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

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

AİHM'ın kararları da bu yöndedir.

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

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

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



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

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

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

AİHM’nin kararları da bu yöndedir.

Elbette bu ilke, yasalarda açık ve seçik olan betimleyici kavramlara yer vermeye gerektirmekte ise de, Beccaria’nın dediklerini tersine yorum yapmayı yasaklamamaktadır. Ancak yine de yasal düzenlemelerde bu konuda özenli olmak; olabildiğince herkesin üzerinde uyuştuğu sözcüklerde yer vermektedir.

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

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

Ancak somut yaşamda bu ilkeye her zaman uyulduğu söylenemez.

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

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

Bu bilgilerin ışığı altında 1991/3713 sayılı “Terörle Mücadele Yasası”nın 2.7.2012 sayılı Yasa ile değiştirilen ilk maddesindeki “**terör tanım**”ıyla ilgili **birinci maddesini** olduğu gibi yazalım ve bu tanımda kullanılan sözde terimlere, kısaca aşağıdaki metinde altı çizilen sözcükler bakalım: “**Terör, cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırmak, sindirmek** veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtlen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasi, hukuki, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlkiye 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 orgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir.”

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

II-AİHM’NİN GÖRÜŞÜ KARŞISINDA “BYLOCK” KULLANILMASI

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

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

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

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

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



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

Bu konuda AİHM, şu noktalara dikkati çekmiştir:

A-Yerel Mahkemeler Açısından

a-Ceza Hukuku Uygulaması

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

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

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

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

b-Ceza Yargılama hukuku Açısından

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

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

aa-Dava dosyasındaki bilgiler, ulusal mahkemeler ve Hükümet tarafından MİT'in faaliyetlerinin yasal dayanağı olarak ileri sürülen İstihbarat Hizmetleri Yasası'nın 4 (1) ve 6 (1) maddelerinin, bağımsız yetkilendirme veya gözetim de dahil olmak üzere, elektronik delillerin toplanmasıyla ilgili olarak CMK'nın 134. maddesinde belirtilenlere benzer yargılama yetkisine ilişkin güvenceler söz konu değildir. Zira Ankara Dördüncü Sulh Ceza Mahkemesinin ByLock verilerinin CMK'nın 134. maddesi uyarınca incelenmesine yönelik kararı, MİT'in veri toplama faaliyetinin *post factum* yargısal denetimini içerdigini göstermemektedir. Zira bu yaklaşım doğrultusunda ve MİT'in ilgili verileri adli makamlara sunmadan önce aylarca tuttuğu göz önüne alındığında, AİHM, başvuranın ByLock verilerinin güvenilirliğine ilişkin kuşkularının soyut ya da temelsiz olarak kolayca göz ardı edilebileceği konusunda Hükümetten ayrı düşündüğü ortaya çıkmaktadır. Dolayısı ile AİHM, MİT ya da yargılama makamları tarafından ortaya çıkan kuşkuları gidermek için bir önlem alınıp alınmadığı konusunu araştırmıştır (§ 317).

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

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

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

B-AİHM Açısından

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

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

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

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



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

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

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

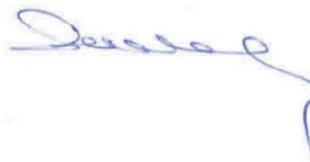
dd-MİT'in ceza yargılamalarında kanıt olarak kullanılmak üzere veri toplama yetkisinin bulunmadığı ve 9 Aralık 2016 tarihinde verilen mahkeme kararının bu şekilde toplanan kanıtları geriye dönük olarak "hukuka uygun" ve güvenilir kılamayacağı yönündeki iddialar, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtay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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

B-SONUÇ

Yukarıda belirtilen hususlar ışığında AİHM aşağıdaki sonuçlara ulaşmıştır:

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

26 Aralık 2023.

Prof. Dr. Sami SELÇUK

(Eski Yargıtay Birinci Başkanı)

(Eski İ. D. Bilkent Ü. Hukuk Fakültesi

Ceza ve Ceza Yargılaması hukukları anabilim dalı başkanı)