

**AİHM YALÇINKAYA/TÜRKİYE KARARI: ADİL YARGILANMA HAKKI İHLALLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ**

**Dr. Gökhan GÜNEŞ**



**HAKKIMIZDA**

Türk hukukçular tarafından Hollanda merkezli kurulan Stichting Justice Square temel insan hakları ve yaşanan hak ihlalleri konularında farkındalık oluşturmak ve bu alanda mücadele etmek amaçlı kurulmuş bir sivil toplum kuruluşudur.

www.justicesquare.org

# ÖNSÖZ

15-20 Temmuz sürecinin ardından en çok konuşulan konulardan biri hiç şüphesiz Bylock olmuştur. Bir haberleşme programını bu kadar önemli hale getiren husus, bu programı kullandığı iddia edilen 100 binden fazla kişinin silahlı örgüt üyeliği gibi ağır bir suçtan cezalandırılmasına gerekçe yapılmasıdır.

Yargılama aşamasında ileri sürülen hukuka aykırılık iddiaları hiç dikkate alınmamış ve Yargıtay ve AYM’nin yerleşik içtihatlarına rağmen, MİT’in istihbari çalışmayla elde ettiği istihbari bir delil ceza yarılamalarının en önemli ve hatta ana suçlayıcı delili haline gelmiştir. Hükümet, AİHM’e sunduğu beyanlarında bu hususu açıkça dile getirmiş ve Bylock dışındaki Bank Asya’da hesap hareketleri ve dernek-üyeliği gibi hususların cezalandırma için yeterli olmayıp ancak yan delil olabileceklerini söylemiştir.

Ulusal mahkemelerin savunmalarda ileri sürülen hususları dikkate alamamalarının aksine AİHM, konuyu incelediği Yüksel Yalçınkaya/Türkiye başvurusunda, başvuranın iddialarının tamamını incelememiş ve adil yargılanma hakkının ihlaline karar vermiştir. AİHM, her ne kadar Bylock’un elde ediliş yönteminin hukukiliğiyle ilgili bir değerlendirme yapmasa da Sözleşme’nin 6. maddesi kapsamında verdiği ihlal kararında ortaya koyduğu ilkelerle artık Bylock’un delil olarak kullanılmasını imkansız hale getirmiştir.

Özellikle, Bylock verilerinin MİT’in elinde uzunca bir süre kaldıktan sonra adli mercilere teslimi ve bu dönemde veri güvenliğinin nasıl sağlandığına ilişkin hiçbir bilginin olmaması ve bu sürecin baştan sonra CMK’ya aykırı olarak işletilmesi AİHM’in dikkatinden kaçmamıştır. Bylock’un elde edilme sürecinin cezai bir soruşturmaya yerine istihbari çalışmaya dayandığını bilen yargı mercilerinin, Bylock’la ilgili hukuki süreci verilerin savcılığa tesliminden sonra başlattıklarını belirten AİHM, bu husususun verilerin güvenliği açısından çok sıkıntılı olduğunu belirtmiştir.

Bu aşamadan sonra Bylock’un elde edilme süreciyle hukuka aykırılıkların giderilebilmesi ve *“geçmişe dönük olarak”* hukuka uygun hale getirilebilmesi mümkün değildir. Bu konuda aldırılacak sadece bir bilirkişi raporuyla verilerin yapısının bozuk olduğu ve delil olarak kullanılamayacağı ortaya çıkacaktır. Tıpkı, Ankara C. Başsavcılığının aldırıp tüm mahkemelerden sakladığı bilirkişi raporunda belirtildiği gibi.

Çalışmada, AİHM’in adil yargılanma hakkı kapsamında verdiği ihlal kararına ilişkin değerlendirmelerine ve ihlal gerekçelerine sade bir anlatımla yer verilmiştir.

Vakfımız bünyesinde hazırlanan bu çalışmanın faydalı olmasını dileriz

**Kasım-2023**

**Amsterdam**

# İÇİNDEKİLER

[ÖNSÖZ 3](#_Toc151927088)

[İÇİNDEKİLER 4](#_Toc151927089)

[A. GENEL OLARAK 1](#_Toc151927090)

[B. TARAFLARIN BEYANLARI 1](#_Toc151927091)

[1. Başvuranın Beyanları 1](#_Toc151927092)

[2. Hükümetin Beyanları 2](#_Toc151927093)

[C. AİHM’İN DEĞERLENDİRMESİ VE İHLAL GEREKÇELERİ 3](#_Toc151927094)

[1. AİHM’in Delil Değerlendirme Yetkisi 3](#_Toc151927095)

[2. Delilin Karmaşıklığı 6. Madde Gereklerine Aykırılık Bahanesi Olamaz 4](#_Toc151927096)

[3. Bylock Verilerinin Bütünlüğüne İlişkin Şüphe Sebepleri 4](#_Toc151927097)

[a. MİT Kanunu, CMK’nın Öngördüğü Usuli Güvenceleri Sağlamamaktadır 5](#_Toc151927098)

[b. MİT’in Veri Toplama Faaliyeti Yargısal Denetim İçermemektedir 6](#_Toc151927099)

[c. Verilerin Tesliminden Önce Veri Bütünlüklerin Nasıl Sağlandığı Belli Değildir 6](#_Toc151927100)

[d. Verilerin Adli Mercilere Tesliminden Sonraki Süreçte CMK’ya Aykırıdır 7](#_Toc151927101)

[e. MİT’in Yasal Yetkisi Dahilinde Elde Ettiği Her Bilgi ve Belge Delil Olabilir mi? 8](#_Toc151927102)

[4. Başvuranın Aleyhindeki Delillere İtiraz Etme, Etkili Savunma ve Davanın Esasına İlişkin Hususları İleri Sürebilme Haklarına İlişkin Değerlendirme ve İhlal Sebepleri 9](#_Toc151927103)

[a. Bylock Raporlarına Ulaşılması Ham Verilere Erişim Hakkını Engellemez 9](#_Toc151927104)

[b. HTS-CGNAT Uyumuna İlişkin Tespit Ham Verilere Ulaşma Hakkını Kaldırmaz 9](#_Toc151927105)

[c. Başvuranın, Aleyhine Olan Delillere İtiraz Ederken Yaşadığı Zorluklar 10](#_Toc151927106)

[d. Başvuranın Verilerin Bütünlüklerinin İncelenmesinde Menfaati Vardır 10](#_Toc151927107)

[e. Mahkemenin Yaptırdığı İnceleme Ham Verileri Kapsamamaktadır 11](#_Toc151927108)

[f. Verilerin Güvenirliliğine İlişkin Endişeler Cevapsız Bırakılmıştır 11](#_Toc151927109)

[g. Verilerin En Azından Başvurucuyla İlgili Kısımlarının Paylaşılması Gerekirdi 12](#_Toc151927110)

[h. Yargıtay Yalnızca Ceza Yarılamasının Sonucuyla İlgilenmektedir 12](#_Toc151927111)

[i. Verileri Öğrenme Fırsatı Tanınması Savunma Hakkının Korunması İçin Önemlidir 12](#_Toc151927112)

[j. Başvuranın Tüm Bylock Materyallerine Ulaşması Gerekirdi 12](#_Toc151927113)

[5. Münhasırlık İddiasına İlişkin Değerlendirme 13](#_Toc151927114)

[a. Bylock’un Örgütsel Amaçla Kullanıldığı (Münhasırlık) İddiası Maddi Bulgulara Dayanmamaktadır 13](#_Toc151927115)

[b. Bylock İki Yıl Boyunca Uygulama Mağazalarından İndirilebilen Bir Uygulamadır 13](#_Toc151927116)

[c. Bylock Münhasır Bir Uygulama Değildir 14](#_Toc151927117)

[d. Talimatla Ağa dahil Olma Şartına İlişkin Gerekli Değerlendirme Yapılmamıştır 15](#_Toc151927118)

[e. Münhasırlık ve Örgütsel Kullanım Argümanına İlişkin Bariz Boşluklar Vardır 16](#_Toc151927119)

[6. Savunma Hakkının Etkin Kullanımı ve Yargılamanın Adil Olması İçin Gerekli Önlemlerin Varlığına İlişkin Değerlendirme 17](#_Toc151927120)

[a. Başvuran Savunma Hakkını Etkin Bir Şekilde Kullanamamıştır 17](#_Toc151927121)

[b. Mahkemeler Yargılamanın Adil Olması İçin Gerekli Önlemleri Almamışlardır 17](#_Toc151927122)

[D. BİLİRKİŞİ RAPORUYLA DOĞRULANAN ŞÜPHE SEBEPLERİ 18](#_Toc151927123)

[1. 13 GB Veri Üzerinde 26/10/2016’da Değişiklik Yapılmıştır 18](#_Toc151927124)

[2. Üzerinde Çalışılan Verilerden İsim Listesi Çıkarılmıştır 19](#_Toc151927125)

[3. Bilirkişilere Teslim Edilmeden Önce Verilerde Değişiklik Yapılmıştır 20](#_Toc151927126)

[4. Bylock Verilerinin Yapısı Bozuktur ve Kurtarma İşlemine Tabi Tutulmuştur 20](#_Toc151927127)

[5. Bilirkişi Raporunun Önemi 21](#_Toc151927128)

[SONUÇ 22](#_Toc151927129)

**AİHM YALÇINKAYA/TÜRKİYE KARARI:**

**ADİL YARGILANMA HAKKI KAPSAMINDAKİ İHLALLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ**

# GENEL OLARAK

Bu çalışmada; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin (AİHM) Yalçınkaya/Türkiye kararında[[1]](#footnote-1) adil yargılanma hakkının ihlaline gerekçe yaptığı hususlar olan; verilerin bütünlüğü, başvuranın aleyhindeki delillere itiraz etme, etkili savunma ve davanın esasına ilişkin hususları ileri sürebilme haklarına ilişkin değerlendirmelerine yer verilmiştir.

# TARAFLARIN BEYANLARI

## 1. Başvuranın Beyanları

AİHM, Başvuranın, konuyla ilgili şu hususları iler sürdüğünü not etmiştir (§ 286):

* Mahkûmiyeti için belirleyici delil olmasına rağmen, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun (CMK) 134/4. maddesinde öngörülen koşula aykırı olarak, söz konusu uygulamayı kullandığı iddiasına ilişkin ByLock verilerinin bir kopyası kendisine verilmemiş ve bu veriler yerel mahkemeler tarafından bağımsız bir bilirkişi incelemesine tabi tutulmamıştır.
* Başvuran bu nedenle söz konusu verilerin güvenilirliğini teyit edememiş, Milli İstihbarat Teşkilatı (MİT) tarafından ileri sürülen iddiaları çürütememiş ve ayrıca bu veriler arasından suçsuzluğunu ortaya koyma potansiyeline sahip olanlara erişememiş ve "münhasır kullanıma” itiraz edememiştir.
* Kendisine sunulan ByLock raporları, mevki veya görevleri belirtilmeyen yetkililer tarafından bir araya getirilen çok genel, dolaylı ve doğrulanabilir olmayan bilgiler içermektedir. Zira bu raporlar ayrıca örtülü ifadeler barındırmakta, bilgilerin teknik açıdan nasıl bir araya getirildiğine ilişkin bir açıklama içermemekte ve bu durum itirazı imkânsız hale getirmiştir.
* Ankara Bölge Adliye Mahkemesi tarafından hazırlatılan ek bilirkişi raporunda, sadece dava dosyasında hâlihazırda mevcut olan bulgular özetlenmiş ve ham verilerin bağımsız bir şekilde incelenmesine ilişkin talebi reddedilmiştir. Bu koşullar altında, iddia makamı karşısında oldukça dezavantajlı bir duruma düşürülmüş ve bu durum Sözleşme’nin 6. maddesiyle güvence altına alınan çekişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerini ihlal etmiştir.
* Başvurana göre, savcılığın elindeki verilerin tamamının paylaşılmaması sebebiyle 6/1. maddesi kapsamındaki adil yargılama hakkının koşullarının ihlal edilmediğine karar verilen *Rook/Almanya* (no. 1586/15, 25 Temmuz 2019) davası, kendi davasının koşullarının, elektronik verilerin kullanımının söz konusu olduğu yukarıdaki dava gibi diğer davalardan farklıdır. Anılan davanın aksine, aleyhinde kullanılan deliller bağımsız denetime tabi olan bir adli usul çerçevesinde toplanmamıştır ve bu nedenle doğası gereği güvenilir değildir.
* Başvuran ayrıca, ByLock’un münhasıran Gülen Hareketi tarafından kullanıldığına ilişkin bulgunun, mahkûmiyetinde bu karinenin merkezi bir öneme sahip olmasına rağmen, tatmin edici bir gerekçelendirmeye sahip olmadığını vurgulamıştır (§ 287)

## 2. Hükümetin Beyanları

Başvurucunun bu iddialarına karşın Hükümet şu beyanlarda bulunmuştur (§§ 292-293);

* MİT, ham verileri - bir açık kaynaklı ilişkisel veri tabanı yönetim sistemi olan - MySQL yazılımının, kişi müdahalesi olmaksızın, kendiliğinden oluşturduğu bir dosya biçiminde ByLock sunucusundan elde etmiştir.
* Veri bütünlüğünün sağlanması amacıyla, adli makamlara teslim edilmesi öncesinde dosyanın hash değeri hesaplanmıştır. Akabinde dosyanın adli makamlara ulaşması üzerine, ham ByLock verilerini içeren sabit disk CMK’nın 134. maddesi uyarınca incelemeye tabi tutulmuştur.
* Bu doğrultuda, **görevlendirilen iki bilirkişi tarafından verilerin iki kopyası adli bilişim standartlarına uygun olarak, bir hâkim huzurunda ve kamera kaydı yapılmak suretiyle alınmış;** bir kopya Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele Daire Başkanlığı’na (KOM) gönderilmiş, diğer kopya ise kilitli bir kasada muhafaza altına alınmıştır. Bu nedenle, ByLock verilerinin bütünlüğü ve güvenilirliğini teminen yeterli tedbirler alınmıştır. Ayrıca, adli makamlar ellerindeki verileri test etme ve bunların gerçekliği ve güvenilirliği hakkında değerlendirme yapma yetkisine sahiptir.
* MİT ve akabinde KOM tarafından gerçekleştirilen işlemler – MySQL tarafından otomatik olarak oluşturulan ham veri dosyasının bir arayüz programı yardımı olmadan okunabilir olmaması nedeniyle - ham verileri anlamlı bilgi çekmeye elverişli kılmak için anlaşılır hale getirmekle sınırlıdır ve verilerin içeriğinde herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.
* MİT’in bu hususta gerçekleştirdiği analiz **istihbarat faaliyetleri alanına girmektedir ve bu nedenle herhangi bir adli izne veya yargısal denetime tabi değildir;** fakat MİT ve KOM tarafından ayrı ayrı elde edilen nihai ürünün eşleşiyor olması, ham veriler üzerinde hiçbir şekilde tahrifat yapılmadığının kanıtıdır.
* Ayrıca, daha sonra yürütülen soruşturmalarda kullanıcı adları, şifreler ve roster bilgilerine ilişkin olarak verilen sanık ifadelerinin MİT ve adli makamlar tarafından elde edilen ByLock verileriyle eşleştiğini gözlemlenmiştir.

Başvuranın orijinal veya ham ByLock verilerinin bir kopyasını alamadığı iddiasına ilişkin olarak da Hükümet şunları söylemiştir (§ 296);

* CMK’nın 134. maddesinde düzenlenen dijital materyallere el konulması usulünün el konulan materyallerin kopyalarının şüpheliyle paylaşılmasını gerektirmesine rağmen, bu gerekliliğin ancak şüphelinin verilerin ele geçirildiği bilgisayarın, bilgisayar programının veya bilgisayar kütüğünün sahibi olması halinde geçerlidir. Ancak, mevcut davaya konu olan verilerin başvurana ait olmayıp, ByLock sunucusundan elde edilmiştir.
* MİT tarafından edinilen ByLock verileri yüz binden fazla kullanıcıyla ilgili milyonlarca veri öğesi içermektedir ve elde edildiği haliyle bu veriler anlamlandırılabilir değildir. Kullanıcı bilgilerinin bir arada değil, farklı tablolarda yer almaktadır. Bu, tekil kullanıcılara dair ham verilerin çekilmesini imkânsız kıldığından, yetkili makamlar her bir kullanıcıyla ilgili verileri anlamlandırmak üzere bir arayüz programı geliştirmelerini gerektirmiştir.
* Bu koşullar altında ham verilerin tamamının başvurana açıklanması tüm kullanıcılarla ilgili verilerin paylaşılmasına yol açacak ve diğer kullanıcıların mahremiyet haklarına yönelik bir müdahale teşkil etmenin yanı sıra bir güvenlik riski oluşturacak ve soruşturmalara halel gelebilecektir.
* Ham verilerin anlamlandırılabilmesi için özel yazılım kullanılması gerekmiştir. Başvuran, ham verilerin tamamının bir kopyasını edinememesinin kendisini ne şekilde dezavantajlı bir konuma düşürdüğü ve söz konusu verilerin kendisi hakkında verilecek kararı nasıl etkileyeceğini açıklamamıştır.

# AİHM’İN DEĞERLENDİRMESİ VE İHLAL GEREKÇELERİ

## 1. AİHM’in Delil Değerlendirme Yetkisi

AİHM, bir delilin geçerliliğini belirleme ya da ulusal mahkemeler tarafından yapılan değerlendirmeyi gözden geçirme konusunda **sınırlı bir role sahip olduğunu** ve bu nedenle, ulusal mahkemelerin değerlendirmelerini ve **delilin yasal olarak elde edilip edilmediğini belirlemeye gerek duymadığını belirtmiştir.** Mahkeme, temel görevinin delillerin nasıl elde edildiği ve kullanıldığı ile delillere ilişkin itirazların nasıl karşılandığı dahil olmak üzere **yargılamanın genel olarak adil olup olmadığı olduğunu söylemiştir** (§ 310).

## 2. Delilin Karmaşıklığı 6. Madde Gereklerine Aykırılık Bahanesi Olamaz

AİHM’e göre; dijital deliller toplanması, güvence altına alınması, işlenmesi ve analizi için özel teknolojiler gerekmesi de dâhil olmak üzere, geleneksel delil türlerinden birçok farklılık göstermektedir. En önemlisi de bu delillerin doğaları gereği tahribata, hasara, değiştirilmeye veya manipüle edilmeye daha yatkın olmaları nedeniyle farklı güvenilirlik sorunları ortaya çıkabilir.

Mahkeme ayrıca, ceza yargılamalarında test edilmemiş elektronik delillerin kullanılmasının, bu tür delillerin toplanmasında uygulanan prosedür ve teknolojinin doğası gereği karmaşık olması ve bu nedenle ulusal hakimlerin bu delillerin gerçekliğini, doğruluğunu ve bütünlüğünü tespit etme kabiliyetini azaltması nedeniyle yargı için birtakım zorluklar içerebileceğini yinelemiştir. Aynı şekilde, dijital delillerin ele alınması, özellikle şifrelenmiş ve/veya hacim veya kapsam bakımından çok büyük veriler söz konusu olduğunda, kolluk kuvvetleri ve adli makamları hem soruşturma hem de yargılama aşamalarında uygulamaya ve usule ilişkin ciddi zorluklarla karşı karşıya bırakabilir (§ 312). **Ancak, bu faktörlerin hiç biri soyut olarak, 6 § 1 maddesi kapsamındaki güvencelerin daha katı veya daha yumuşak olarak farklı bir şekilde uygulanmasını gerektirmez** (§ 312).

## 3. Bylock Verilerinin Bütünlüğüne İlişkin Şüphe Sebepleri

Bilgisayar ve kütüklerinden elde edilecek delillerle ilgili genel aramadan farklı olarak CMK’nın 134. maddesinde özel bir düzenlemeye yer yerilmiştir. Dijital delillin en baştan itibaren 134. maddeye uygun elde edilmesi gerekir. Ancak, bu çok önemli usul kuralı Bylock’ta devre dışı bırakılmış ve bu uygulamayla ilgili süreç, verilerin **savcılığa teslimine kadar** ve **teslimden sonra** olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Yargıtay ve AYM’de böyle bir şey nasıl olabilir demek bir yana, verilerin CMK yerine 2937 sayılı MİT Kanunu’na göre elde edilmesine ve savcılığa tesliminden sonra yapılan işlemlerin CMK’nın 134. maddesine uydurulmaya çalışılmasına sadece göz yummamış, bizzat destek olmuşlardır. Yani, **ceza yargılamasında kullanılan ve yüz binden fazla kişinin cezalandırılmasına gerekçe yapılan bir delil, emsali görülmedik şekilde CMK yerine MİT Kanunu’na göre ve istihbari yöntemlerle elde edilmiştir.**

Anayasa Mahkemesi (AYM) ve Yargıtay, MİT’in 2937 sayılı Kanun’un 4 ve 6. maddeleri gereğince yerine getirdiği görevi sırasında rastladığı Bylock verilerini Ankara C. Başsavcılığına teslim ettiğini ve teslim anına kadar olan süreçle ilgili hiçbir hukuka aykırılık olmadığını söylemişlerdir.[[2]](#footnote-2) AYM’ye göre MİT’in Bylock’la ilgili yaptığı bu çalışma, görev alanındaki bir konuyla (terörle mücadele) bağlantılı ve bir yasal temele dayalı olarak öğrenilen **somut bir verinin yetkili adli makamlara bildirilmesinden ibarettir ve bu durum** bir istihbarat birini olan MİT’in *adli kolluk faaliyeti yürütüldüğü* şeklinde yorumlanamaz. Zira MİT delil toplama amacına yönelik bir çalışma sonucun değil, yürüttüğü istihbari çalışmalar sırasında Bylock verilerine rastlamıştır.[[3]](#footnote-3)

### MİT Kanunu, CMK’nın Öngördüğü Usuli Güvenceleri Sağlamamaktadır

AYM ve Yargıtay, CMK’nın 134. maddesindeki delil elde etme yöntemine aykırı olan uygulamayı görmezden gelseler de bunlar AİHM’in gözünden kaçmamış ve bu husus 6. maddeden verilen ihlalin gerekçelerinden birini oluşturmuştur. Zira AİHM, ulusal mahkemeler ve Hükûmet tarafından MİT’in yaptığı çalışmanın yasal dayanağı gösterilen 2937 sayılı MİT Kanunu’nun 4 (1) ve 6 (1) maddelerinin, **bağımsız izin veya denetim de dahil olmak üzere, elektronik delillerin toplanmasıyla ilgili olarak CMK’nın 134. maddesinde belirtilenlere benzer usuli güvenceler barındırmadığını söylemiştir (**§ **317).**

Diğer bir ifadeyle, yasal dayanak bulunsa da 2937 sayılı Yasa kapsamında CMK’nın 134. maddesinin aradığı şartlarda ve gereksinimlerde bir delilin elde edilebilmesi mümkün değildir. Zira bu Yasa, **CMK’nın 134. maddesindeki güvencelerin hiç birini sağlamamaktadır.** Dijital delillerin sıhhati için CMK’nın 134. maddesinin aradığı ve son derece önemli olan **izin, denetim ve güvencelerin bulunması şarttır ve bunlar olmadan elde edilen delilin güvenilir olduğundan bahsedilemez.**

**Peki bu aşamadan sonra bu eksiklik giderilebilir mi?** Hayır! Hem bu aşamaya gelene kadar süreç, hem de AİHM’in ihlal kararındaki ihlal gerekçesi birlikte değerlendirildiğinde, **Bylock ancak istihbari bir delildir ve böyle bir delilin ceza yargılamasında kullanılabilmesi mümkün değildir.**[[4]](#footnote-4)Bylock kullanımını gösterdiği iddia edilen yazıların sonuna;*“ByLock modülü içerisindeki bilgiler PVSK EK-7. madde kapsamında ve istihbari mahiyette olduğundan hukuki delil niteliği taşımamaktadır. Bu nedenle haricen delillendirilmedikçe yapılacak adli ve idari işlemlere bizzat gerekçe teşkil etmez”* uyarısı eklenmesinin sebebi de budur.

### MİT’in Veri Toplama Faaliyeti Yargısal Denetim İçermemektedir

AİHM’in üzerinde durduğu ve ihlal gerekçesi yaptığı bir diğer husus, AYM ve Yargıtay’ın Bylock verilerinin teslimine kadar olan sürece hiç değinmeyip; sanki bu veriler üzerinde aylarca çalışmamış, isim listeleri oluşturulmamış ve elde edildiğinin **ertesi günü savcılığa teslim edilmiş gibi** çizilen pembe tablodur. Zira AYM ve Yargıtay, **TESLİMİNDEN SONRA** veriler üzerinde CMK’nın 134. maddesi gereğince *“arama, inceleme, kopyalama ve çözümleme”* yapıldığını ve bunun hukuka uygun olduğunu söylemiştir.

AİHM’de haklı olarak, teslimden önceki aşamayı sormuş ve dava dosyasındaki hiçbir şeyin Ankara 4. Sulh Ceza Hâkimliğinin ByLock verilerinin CMK’nın 134. maddesi uyarınca incelenmesine yönelik **sonradan verdiği kararın,** MİT’in veri toplama faaliyetinin olay sonrası yargısal denetimi içermediğini belirtmiştir. Ayrıca **AİHM, MİT’in Bylock verilerini adli makamlara teslim etmeden önce aylarca tuttuğu göz önüne alındığında,** başvuranın Bylock verilerinin güvenilirliğine ilişkin şüphelerinin soyut veya temelsiz olarak kolayca göz ardı edilebileceği konusunda Hükûmet ile aynı fikirde olmadığını söylemiştir (§ 317). Tam da AİHM’in belirttiği gibi verilerin tesliminden önce **MİT’in veriler üzerinde aylarca çalışıp bütünlüklerini bozduğu iddiaları hiçbir yargılamada dikkate alınmamış** ve sanki böyle bir şey olamamış gibi Bylock hukuka uygun delil kabul edilip en önemli ve hatta tek cezalandırma gerekçesi yapılmıştır.

### Verilerin Tesliminden Önce Veri Bütünlüklerin Nasıl Sağlandığı Belli Değildir

Aynı şekilde AİHM; ulusal mahkemelerin, sunucudan elde edilen verilerin bütünlüğünün özellikle 09/12/2016’da **savcılığa tesliminden önceki dönemde nasıl sağlandığı konusuna değinmediklerini ve bu konunun ele alındığı başka herhangi bir karara veya prosedüre de atıfta bulunulmadığını** da söylemiştir.

Ayrıca mahkemeler, ByLock verilerinin MİT tarafından toplanması ile sulh ceza hâkimliğinin bunların incelenmesine yönelik müteakip kararı arasında, **ByLock verilerinin zaten üzerinde çalışılmış 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.** Benzer şekilde, MİT’in ceza yargılamalarında delil olarak kullanılmak üzere **veri toplama yetkisinin bulunmadığı ve 09/12/2016’da verilen mahkeme kararının bu şekilde toplanan delilleri geriye dönük olarak "hukuka uygun" ve güvenilir kılamayacağı** yönündeki iddiaları ne istinaf ne de Yargıtay tarafından incelenmemiştir (§ 334).

Başka bir ifadeyle, Bylock verilerinin 09/12/2016’da savcılığa **teslimi sırasında ve daha sonra bütünlüklerinin doğrulanması amacıyla incelemeye tabi tutulduklarını gösteren somut bir bilgi olmadığı gibi; verilerin MİT tarafından tesliminden sonra adli makamlar tarafından alınan tedbirlere ilişkin açıklamalar, başvuranın endişesinin özü olan verilerin savcılığa teslimden önce bütünlüğünün bozulup bozulmadığına ilişkin bir değerlendirmeyi de içermemektedir.** Zira bu tedbirler sadece verilerin tesliminden sonraki sürece ilişkindir (§ 333). Yani, Verilerin **tesliminden önceki süreçle ve veri bütünlüğünün nasıl sağlandığıyla ilgili hiçbir bilgi yoktur** ve bu bile aslında dijital bir delilin **hukuka aykırı hale geldiğinin kabulü için yeterlidir.** AİHM’in, savcılığa tesliminden önce **aylarca MİT’in elinde kaldığını ve bu süreçte** sadece istihbari amaçla değil **suç delili olarak da kullanıldığını belirttiği bir delilin,** bu saatten sonra **hukuka uygunmuş gibi kabul edilip cezalandırmaya gerekçe yapılabilmesi mümkün değildir.**

### Verilerin Adli Mercilere Tesliminden Sonraki Süreçte CMK’ya Aykırıdır

AİHM’in bu ihlal gerekçesi ile AYM ve Yargıtay başta olmak üzere tüm mahkemelerin yaptıkları çok önemli bir algı boşa düşmüştür. Zira yargı mercileri, sanki Bylock’un elde edilişinden savcılığa teslime kadar geçen bir yıllık sürede yapılan her şey hukuka uygunmuş gibi bu zaman dilimiyle ilgili bir değerlendirmede bulunmamış ve **sadece Bylock verilerinin tesliminden sonraki süreci dikkate almışlardır.**

Ancak bu ifadeden, verilerin savcılığa tesliminden sonraki sürecin CMK’ya uygun olarak işletildiği anlamı çıkmamalıdır. **Zira verilerin bütünlüğü gibi delilin elde ediliş yöntemi de bozulmuştur.** Şöyle ki, dijital bir delilin CMK’nın 134. maddesine uygun elde edilebilmesi için bu deliller üzerinde arama, el koyma ve kopyalama (imaj alma) işlemi gerçekleştirilmeden önce **bu işlemlere izin veren bir mahkeme kararının varlığı ve bu işlemlerin adli kolluk görevlileri tarafından gerçekleştirilmesi gerekir.** Fakat, Bylock verilerini ele geçiren **MİT’in adli kolluk görevi olmadığı gibi** bu verilere el koyması ya da savcılığa tesliminden önce aylarca üzerinde çalışmasına **izin veren bir mahkeme kararı da yoktur.** Kaldı ki, CMK’ya göre MİT’e böyle bir yetki ve izin verilmesi mümkün de değildir.

### MİT’in Yasal Yetkisi Dahilinde Elde Ettiği Her Bilgi ve Belge Delil Olabilir mi?

MİT, istihbarat amaçlı kişilerin bilgilerine başvurabilir. Buna yasal olarak yetkilidir. Bu bağlamda, MİT görevlilerince yurtdışında ifadesi alınan bir kişinin bu beyanı istihbarı bilgi olarak kullanılabilir. **Ancak, bu ifade CMK anlamında *“tanık beyanı”* olarak kabul edilemez.** Zira kimlerin tanık olabileceği ve ifadelerinin nasıl alınacağı CMK’nın 43 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olup bu yasal düzenlemeye uygun olmayan hiçbir ifade ki, **MİT bunu kendi yasasına uygun yapsa dahi mahkemeler için tanık ifadesi olarak kabul edilemez.**

Ayrıca, MİT'in yasal yetkisi çerçevesinde yaptığı bazı işlemler **CMK bağlamında delil olarak kabul edilmemektedir.** Örneğin, MİT’in 2937 sayılı Kanunun 6. maddesine göre iletişimin tespiti (önleme dinlemesi) yapma yetkisi bulunmaktadır. **Ancak, MİT’in hukuka uygun olarak elde ettiği bu veriler *“delil”* olarak kullanılamaz. Bu husus yasada açıkça belirtilmiştir.** MİT’in temin ettiği tanık beyanı veya önleme dinleme bilgilerinin *“delil”* olarak kullanılamadığı bir yerde dijital verilerin **delil olarak kullanılması mümkün değildir.**

Kısaca, bir devlet kurumunun hukuka uygun olarak elde ettiği her bilgi CMK anlamında yasal delil değildir. Bilgisayar, program veya kütüklerindeki arama ve el koyma da CMK’nın 134. maddesine uygun yapıldığı takdirde yasal delil olabilir. MİT’in, CMK’nın 134/2. maddesindeki *“el koyma”* işlemini hakim (savcı) kararı olmadan yapması hukuka aykırıdır. Hukuka aykırı şekilde *“el konulan”* bu hard disk ve flash bellekteki veriler üzerinde **sonradan verilen hakim kararı ile *“arama”* yapılması mümkün değildir ve sonradan verilen bu karar, işlemi hukuka uygun hale getirmez. Çünkü arama ve el koyma tedbiri bir bütündür ve bölünemez.**

Bu hukuka aykırılık çok iyi bilen AYM ve Yargıtay, Bylock’la ilgili hukuki süreci verilerin savcılığa **tesliminden sonra başlatmışlar** ve CMK’nın 134. maddesinde katı şartlara bağlanmış hukuki süreci geçmişe dönük olarak uygulamaya çalışmışlardır*.* Hatta bu hukuksuzluğa nasıl kılıf uyduracağını şaşıran Ceza Genel Kurulu; *“MİT'in yasal yetkisi çerçevesinde temin ettiği ByLock veri tabanı üzerinde CMK'nun 134. maddesi gereğince* ***geçmişe dönük olarak uygulanan arama tedbirinin;*** *“demokratik bir ülkede gereklilik” ve “orantılılık” ilkelerine uygun olduğu kuşkusuzdur”* demiştir.[[5]](#footnote-5) Oysa ki, **arama tedbiri geçmişe değil, ancak geleceğe dönük uygulanabilir** ve ceza yargılamasında kullanılabilecek bir delil ancak ve **ancak CMK’ya uygun elde edilebilir.** CMK’da ne geçmişe dönük arama, ne de delilin MİT Kanununa göre elde edildikten sonra üzerinde arama yapılmasına ve imaj alınmasına izin veren bir düzenleme vardır.

**Acaba bu saatten sonra bu ihlal sebebi giderilip Bylock’un hukuka uygun bir delil haline getirilebilmesi mümkün müdür?** Hayır! Çünkü bir delil en baştan itibaren CMK’da öngörülen usul kurallarına göre elde edilmelidir. Yamalı bohçaya dönen ve zaten CMK’ya uygun da elde edilmeyen Bylock’un bu saatten sonra hukuka uygun hale getirilebilmesi ve yargılamalarda delil olarak kullanılabilmesi Yalçınkaya kararında yapılan tespitlerden sonra mümkün değildir.

## 4. Başvuranın Aleyhindeki Delillere İtiraz Etme, Etkili Savunma ve Davanın Esasına İlişkin Hususları İleri Sürebilme Haklarına İlişkin Değerlendirme ve İhlal Sebepleri

### Bylock Raporlarına Ulaşılması Ham Verilere Erişim Hakkını Engellemez

AİHM**, başvuranın,** mahkemelerden dahi sır gibi saklanan, **Bylock veri tabanına ulaşma hakkı ve menfaati olduğunu söylemiştir.** Mahkemeye göre, çelişmeli yargılama hakkının bir unsuru olan sanık lehine veya aleyhine olan *"her türlü maddi delilin"* savunma makamına açıklanması gerekliliğine dair dar bir yorum yapılamaz ve bu açıdan savcılık tarafından ilgili olduğu düşünülen delillerle de sınırlandırılamaz. Aksine, savcılık tarafından hiç dikkate alınmamış veya ilgili olarak değerlendirilmiş olsa bile yetkililerin elinde bulunan ve savunma ile ilgili olabilecek tüm materyalleri kapsar. Dolayısıyla, **başvuranın dava dosyasında yer alan tüm ByLock raporlarına erişebiliyor olması, bu raporların oluşturulduğu verilere erişim talep etme hakkının veya menfaatinin olmadığı anlamına gelmez** (§ 327). Yani AİHM, Hükümetin bu konudaki beyanlarına itibar etmemiş ve başvuranın bu konudaki menfaatine vurgu yapmıştır.

### HTS-CGNAT Uyumuna İlişkin Tespit Ham Verilere Ulaşma Hakkını Kaldırmaz

AİHM; ulusal mahkemelerin, başvurana ait Bylock verilerinin, bir uzman tarafından doğrulanan başka bir veri setiyle (HTS-CGNAT eşleştirmesi) uyumlu olduğunu tespit etmeleri halinde bile, bu durumun başvuranın bu eski verilerle, **yani Bylock’a ilişkin ham verilerle ilgili usuli haklarını ortadan kaldırmayacağını belirtmiştir.** Mahkemeye göre, Bylock verileri başvuranın davasında kritik öneme sahiptir ve bu veriler başvuran aleyhindeki ceza yargılamasına yol açmıştır.

Ayrıca, bu veriler yalnızca başvuranın Bylock kullandığı iddiasına ilişkin bireyselleştirilmiş bilgilerin toplanması amacıyla kullanılmamış; **aynı zamanda ByLock’un münhasıran örgütsel bir iletişim aracı olarak nitelendirilmesi için de temel oluşturmuş ve doğrudan başvuranın mahkûmiyetine yol açmıştır.** Aynı şekilde, **Bylock verilerinin potansiyel olarak başvuranın kendini temize çıkarmasına veya bu materyalin kabul edilebilirliğine, güvenilirliğine, bütünlüğüne ya da delil değerine itiraz etmesine olanak tanıyabilecek unsurlar içerdiği de göz ardı edilemez** (§ 328).

### Başvuranın, Aleyhine Olan Delillere İtiraz Ederken Yaşadığı Zorluklar

AİHM, yaptığı değerlendirmede başvurucunun aleyhine olan delillere itiraz ederken yaşadığı zorlukları sıralamış ve **bunların ceza yargılamaları sırasında başka bir şekilde telafi edilip edilmediğini veya daha da ağırlaşıp ağırlaşmadığını da incelemiştir.** Mahkemeye göre başvuranın karşılaştığı zorluklar şunlar olmuştur (§ 331);

* Verilerin başvurana verilmemesini haklı gösteren sebeplere ne Yargıtay’ın önceki kararlarında ne de başvuranın davasında yerel mahkemeler tarafından **hiçbir şekilde yer verilmemiş ve başvuranın verilerin dava dosyasına girmesi yönündeki talebi cevapsız bırakılmıştır.**
* Hükümetin Mahkemeye sunduğu ve **Bylock kullanıcı listelerinin nasıl oluşturulduğu,** bireysel Bylock kullanıcılarına ilişkin **ham verilerin neden ayrıştırılamadığı** ve ilgili **kullanıcılarla paylaşılamadığı** konusunda daha fazla bilgi sunan tamamlayıcı **analiz raporu da başvurana verilmemiştir.** Dolayısıyla, yerel mahkemeler tarafından ham verilerin ve özellikle de **kendisini ilgilendiren kısımların neden ve kimin kararıyla verilmediğine ilişkin hiçbir açıklama yoktur.** Bu sebeple başvuran, söz konusu gerekçelerin geçerliliğine **itiraz etmek** ya da çatışan menfaatler arasında **adil bir denge kurmak** ve **savunma haklarını güvence altına almak** için çaba gösterildiğine itiraz etmek gibi herhangi bir karşı argüman sunma imkanından mahrum bırakılmıştır.
* AİHM’e göre, yetkili mahkemenin değerlendirmesi kapsamında delillerin açıklanmasına ilişkin **ihtiyacın sürdürülmesi,** savunmanın gerektiği şekilde **bilgilendirilmesi,** sanığın **beyanda bulunması** ve karar alma sürecine mümkün olduğunca **katılmasına izin verilmesi** önemli güvencelerdir.

### Başvuranın Verilerin Bütünlüklerinin İncelenmesinde Menfaati Vardır

AİHM’e göre başvuranın karşılaştığı zorluklardan bir diğeri, ham verilerin içerik ve bütünlük bakımından doğrulanması için **bağımsız bir incelemeye tabi tutulması talebinin de yerel mahkemeler tarafından dikkate alınmamasıdır** (§ 332).

Mahkeme, söz konusu verilerin 09/12/2016’da adli makamlara sunulduğu sırada veya daha sonra herhangi bir noktada bütünlüklerinin doğrulanması için **incelemeye tabi tutulduğunu gösteren somut bir bilgi bulunmadığını göz önüne alarak, başvuranın bağımsız uzmanlar tarafından incelenmesini istemekte meşru bir menfaati olduğu ve mahkemelerin kendisine uygun şekilde yanıt verme görevi bulunduğunu söylemiştir** (§ 333).

Yine Mahkeme göre, başvuranın bu uygulamayı kişisel olarak kullanması sorununun ötesinde, Bylock verilerinin başvuranın **davası için kritik öneme haizdir** ve **ulusal mahkemelerin başvuranın bu tür bir bağımsız inceleme talebine cevap vermemesi,** sadece neden böyle bir bağımsız incelemenin gerekli görülmediğini açıklamak için **olsa bile sorunludur** (§ 333).

### Mahkemenin Yaptırdığı İnceleme Ham Verileri Kapsamamaktadır

AİHM, güncel yargılamaların tamamında da geçerli olan ve başvuranın dosyasında karşılaştığını belirttiği diğer bir zorluk, ilk derece mahkemesindeki yargılama sırasında aldırılmayıp, dosyaya istinaf aşamasında dahil edilen bilirkişi incelemesiyle ilgili yaptığı değerlendirmedir. AİHM, **HST kayıtları dikkate alınarak yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu hazırlanan bu raporda, başvuranın GSM hattından ByLock’a erişim sağladığının tespitine yer verildiğini** ancak, **başvuranın talep ettiği gibi MİT tarafından elde edilen ham verilerin incelenmesini içermediğini,** kapsamının dava dosyasında halihazırda mevcut olan çeşitli rapor ve kayıtların değerlendirilmesiyle sınırlı olduğunu vurgulamıştır (§ 333). Bu tespit çok önemli olup güncel yargılamalar kapsamındaki hiçbir dosyada **AİHM’in belirttiği şekilde bir bilirkişi incelemesi yapılmadığının ispatı olmuştur.**

### Verilerin Güvenirliliğine İlişkin Endişeler Cevapsız Bırakılmıştır

AİHM’in başvuranın karşılaştığı zorluk olarak kabul ettiği diğer bir husus, Bylock verilerinin güvenilirliğine ilişkin **başvuranın ileri sürdüğü bir dizi argümanın da ulusal mahkemeler tarafından cevapsız bırakılmasıdır.** Örneğin, MİT tarafından yayınlanan farklı Bylock kullanıcı listeleri arasındaki tutarsızlığın yanı sıra tespit edilen ve nihayetinde kovuşturulan kullanıcı sayısı ile indirme sayısı arasındaki tutarsızlık bunlardan biridir.

Mahkeme, ilke olarak, savunmanın delillere doğrudan erişememesinin ve delillerin doğruluğunu ve güvenilirliğini ilk elden test edememesinin, **yerel mahkemelere bu konuları kapsamlı incelemeye tabi tutma konusunda daha fazla sorumluluk yüklediğini belirtmiştir.** Başvuran; yerel mahkemeler önünde sürekli olarak verilerin doğruluğunu ve bütünlüğünü sağlamak için çeşitli güvenceler öngören CMK’nın 134. maddesine uygun olarak Bylock verilerinin toplanmadığını veya kendisiyle paylaşılmadığını ileri sürmüş ve **bu delillerin yalnızca yasallığına değil aynı zamanda güvenilirliğine de itiraz etmiştir.**

Ancak, ulusal mahkemeler **sadece veri toplama usulünün hukuka uygunluğunu teyit etmekle ve başvuranın Bylock sunucusuyla bağlantı kurduğunu doğrulamakla yetinmişlerdir.** Fakat, sunucudan elde edilen verilerin bütünlüğünün her bakımdan ve özellikle 09/12/2016’da adli makamlara **iletilmesinden önceki dönemde** **nasıl sağlandığına hiç değinmemişler ve ayrıca, bu konunun ele alındığı başka herhangi bir karar veya usule de atıf yapmamışlardır** (§ 334).

Bylock’la ilgili en karanlık nokta ve aslında en başta hukuka aykırı delil olduğunun ispatı bu tespitlerdir. Ulusal mahkemelerin bu konuyla ilgili diyebilecekleri ya da uydurabilecekleri bir gerekçe yoktur. Zira **MİT’in adli kolluk görevi olmadığı gibi hakim kararı olmadan adli kolluk bile bir dijital delili elde edip üzerinde aylarca çalıştıktan sonra savcılığa teslim edemez.** MİT’in verileri elde etmesinden, savcılığa teslimine kadar geçen 1 yıllık sürede tüm süreç CMK’nın 134. maddesine aykırı işletilmiştir. Bu durumun farkında olan yargı, AİHM’in dikkat çektiği ***“teslimden önceki”*** hukuksuzlukları görmemek adına o dönemle ilgili hususları MİT’in yasal yetkisi kapsamında diyerek geçiştirmiş ve hukuki sürecin, verilerin savcılığa teslimiyle başladığını söylemişlerdir. Ancak, CMK’ya göre bu mümkün olmadığı gibi, bu şekilde şaibeli hale gelmiş bir delilin yargılamada kullanılabilmesi de mümkün değildir. Yani, Bylock MİT’in ***“murdar”*** ettiği hukuka aykırı bir delildir.

### Verilerin En Azından Başvurucuyla İlgili Kısımlarının Paylaşılması Gerekirdi

AİHM, Hükümetin iddia ettiği gibi ham verilerin tamamının başvuranla paylaşılması mümkün olmasa da, taraflar arasındaki *“adil denge”* şartı gereğince, **en azından kendisiyle ilgili deşifre edilen materyalin tamamı hakkında yorum yapmasına olanak tanıyacak şekilde başvurana verilmesi gerektiğini belirtmiştir.** Ayrıca Mahkeme, Ankara Bölge Adliye Mahkemesinin KOM’dan başvuranın Bylock üzerinden yaptığı yazışmaların içeriğini ve iletişim kurduğu kişilerle ilgili bilgileri talep etmesine rağmen, başvuranın mahkûmiyetinin kesinleşmesinden sonra dosyaya giren bu verilerin sunulmasını beklemeden kararını verdiğini vurgulamıştır (§ 335).

### Yargıtay Yalnızca Ceza Yarılamasının Sonucuyla İlgilenmektedir

AİHM, başvuranın bu verilerin mevcut olmadığına ilişkin itirazlarının Yargıtay tarafından da reddedildiğini ve Yargıtay’ın tespit ve değerlendirme tutanağının bulunmamasının ceza davasının sonucuna etki etmediğini söylediğini belirtmiştir (§ 335). **AİHM’e göre bu durum** **Yargıtay’ın, yargılama usulünün adilliğini incelemek yerine, sadece ceza davasının sonucuyla ilgilendiğini göstermektedir** (§ 336).

Bu ifadeler, Bylock’un 7. madde ihlalinde yer verildiği üzere, **Bylock’un otomatik bir cezalandırma aracı olarak kullanıldığının delilidir.** Zira Yargıtay uygulaması gereğince bir kişi hakkında Bylock kullanım iddiası vara o **kişi cezalandırmayı hak etmiştir ve ayrıntılı kullanım raporu ve diğer bilgilerin olmasına da gerek yoktur.** Bunlar sonucu etkileyecek ve hele de başvuran lehine sonuç doğurabilecek hususlar değildir. Çünkü bu zamana kadar hiçbir örneği görülmemiştir!

### Verileri Öğrenme Fırsatı Tanınması Savunma Hakkının Korunması İçin Önemlidir

AİHM’e göre, başvurana şifresi çözülmüş ve kendisiyle ilgili Bylock materyalleri hakkında bilgi edinme fırsatı vermek, **savunma haklarının korunması açısından önem taşımaktadır.** Zira bu sayede **savunma, Bylock kullanımından çıkarılan sonuçların geçerliliğine itiraz edebilecek ve argümanlarını esaslı şekilde güçlendirebilecektir.** Özellikle, ByLock’un başvuranın mahkûmiyetinde ağırlıklı rol oynadığı dikkate alındığında, bu durum daha da önemli hale gelmektedir (§ 336). **Ancak, başvurana kendisiyle ilgili hususlar bile verilmemiş ve sır gibi saklanmıştır.**

### Başvuranın Tüm Bylock Materyallerine Ulaşması Gerekirdi

AİHM, yukarıda belirtilen eksiklikler nedeniyle **savunmanın maruz kaldığı zararın, yerel mahkemelerin ByLock deliline ilişkin gerekçelerindeki eksikliklerle daha da arttığı kanaatindedir.** Mahkemeye göre, başvuranın hakkında ileri sürülen iddiaların doğruluğuna itiraz edebilmesi ve özellikle de Bylock’un *“münhasıran”* Gülen Hareketi mensuplarınca veya *“örgütsel”* amaçlarla kullanıldığı iddiasını **çürütmek için tüm Bylock materyallerine ulaşabilmesi önemlidir.** Bu şartlar altında, başvuranın yalnızca savcılığın elinde bulunan Bylock verilerine dayanarak bu iddialara doğrudan itiraz edemediği düşünüldüğünde, ulusal mahkemelerin bunları yeterli ve ilgili gerekçelerle desteklemesi ve başvuranın bunların doğruluğuna ilişkin itirazlarını ele almaları çok önemliyken **mahkemeler bunu yapmamışlardır** (§ 337). Zira mahkemelere göre Bylock adeta ***“kutsal”*** bir delildir ve doğruluğu sorgulanamaz. Bu sebeple de tıpkı başvuran gibi on binlerce kişinin itirazları hiçbir mahkeme tarafından kabul edilmemiştir.

## 5. Münhasırlık İddiasına İlişkin Değerlendirme

### Bylock’un Örgütsel Amaçla Kullanıldığı (Münhasırlık) İddiası Maddi Bulgulara Dayanmamaktadır

AİHM, yargı mercileri tarafından Bylock’un örgütsel amaçla kullanıldığı iddiası ve bu kullanımın otomatik suçun maddi ve manevi unsurlarına karşılık geldiğine ilişkin gerekçelerini de boşa düşürmüş ve başvuranın Bylock’u örgütsel amaçla kullandığı iddiasının, suç niteliğindeki ByLock içeriği veya hiyerarşik bir bağlantıyı gösteren diğer bilgiler gibi herhangi bir özel maddi bulguya değil; başlangıçta **MİT tarafından ortaya atılan** ve daha sonra Yargıtay tarafından da kabul edilen **ByLock’un *"münhasıran"* Gülen Hareketi mensupları tarafından kullanıldığı tezine dayandığını belirtmiştir** (§ 338).

Başka bir ifadeyle, on binlerce kişinin örgütsel amaçla kullandığı belirtilerek cezalandırılmasına gerekçe yapılan **Bylock’la ilgili bu iddiayı doğrulayabilecek maddi hiçbir bulgu yoktur.** Bu husus da MİT tarafından uydurulup yargı mercilerinin sorgusuz sualsiz kabul ettikleri münhasırlık iddiasına dayandırılmıştır. Yani, adeta **MİT’in elinde oyuncak olan yargı, MİT’in bir argümanıyla insanları cezalandırmıştır.** Ancak, AİHM münhasırlık iddiasını kabul etmemiş ve yargının Bylock’la ve dolayısıyla insanların otomatik cezalandırma gerekçesi münhasırlıkla ilgili iddiaları da boşa düşmüştür.

### Bylock İki Yıl Boyunca Uygulama Mağazalarından İndirilebilen Bir Uygulamadır

Bylock’un münhasır olarak Gülen Hareketi mensuplarınca kullanıldığı iddiasını Hükümet; şifreli yapısı, diğer kullanıcılarla iletişime geçmek için gereken özel düzenlemeler, VPN kullanma zorunluluğu ve içeriğin otomatik olarak silinmesi gibi uygulamanın teknik özellikleri ve bunlarla birlikte çözülen kullanıcı profilleri ve içerikleri gibi hususlarla desteklemeye çalışmıştır. Ancak AİHM, başvuranın yargılama sırasında ByLock uygulamasının 2016 yılının başlarına kadar, yani yaklaşık iki yıl boyunca herhangi bir kontrol mekanizması olmaksızın halka açık uygulama mağazalarından veya sitelerinden indirilebildiğine ve **bunun münhasırlık argümanını zayıflattığına dikkat çekmiştir.** Ayrıca Mahkeme, iddia edildiği gibi Bylock’un *"örgütsel amaçlar"* için kullanılıp kullanılmadığını anlayabilmek için her kullanıcı açısından bu uygulama üzerinden gerçekleştirilen belirli faaliyetlerin incelenmesi gerektirdiğini de belirtmiştir (§ 338).

Bu ifadeden, AİHM’in içerik incelemesi yapılmasını istediği ve dolayısıyla Bylock’u hukuka uygun bir delil kabul ettiği gibi bir anlam çıkarılmamalıdır. Zira bunun olabilmesi ve Bylock içeriklerine bakılarak neticeye gidilebilmesi için yukarıda sayılan **şüphe sebeplerinin tamamı giderilmeli ve Bylock’un hukuka uygun elde edildiği her türlü şüpheden uzak şekilde ortaya konulmalıdır.** Ancak, gelinen durum itibariyle bunun yapılabilmesi mümkün değildir. Bylock ele geçirildiği andan başlamak üzere baştan sonra hukuka aykırı bir delildir. Yargı mercilerinin bu saatten sonra *“geriye dönük olarak”* Bylock’u hukuka uygun hale getirmeleri mümkün değildir.

Ayrıca, örgütsel amaçlar için kullanıldığına ilişkin bir delil elde edilebilmesi de mümkün değildir. Zira, bahsedilen **örgütsel amaçtan kasıt, cebir ve şiddet içeren yazışmalar ve bu yazışmaların dış dünyaya yansımalarıdır.** Böyle bir yazışma bu zamana kadar elde edilemediği gibi Hükümetin ve yargı mercilerinin kabul ve iddia ettikleri şekliyle dış dünyaya yansıyan tek eylem 15 Temmuz hadisesidir ve Bylock bu olaydan aylar önce kullanıma kapanmıştır.

Başka bir ifadeyle, Bylock içeriklerinin örgütsel kabul edilip cezalandırmaya gerekçe yapılabilmesi için **bu aşamada yapılabilecek bir şey yoktur.** İnsanların günlük hayata ilişkin ya da dini saiklerle yaptıkları paylaşımları ve bir adım daha ileriye giderek, varsa suç içeren yazışmaları **cebir ve şiddet içeren bir olayla desteklenmediği sürece silahlı örgüt üyeliğinin delili olamaz.** Bu yazışmalar, en fazla insanların Gülen Hareketiyle irtibatını gösterebilir ki, bir cemaate mensup ya da sempatizan olmak suç değildir.

Ayrıca, Bylock kullanmak tek başına hiçbir şekilde silahlı örgüt üyeliği suçunun maddi unsuru olan hiyerarşik yapıya dahil olunduğunu da göstermez. Zira hiyerarşik yapıya dahil olma örgütsel faaliyetlerle ortaya konulabilir ve AİHM’in de atıf yaptığı yerleşik Yargıtay içtihatları gereğince, **örgütsel kabul edilebilecek faaliyetler sürekli, çeşitli ve yoğun olmalıdır.** Ancak, güncel yarılamalarda insanların **sadece Bylock kullandıkları için cezalandırıldıkları düşünüldüğünde, bu yargı pratiğinin yanlışlığı ve örgütsel faaliyetlerin niteliğiyle bağdaşmadığı anlaşılacaktır. Yani, Bylock kullanımıyla bu şartların karşılandığının söylenebilmesi mümkün değildir.** Bunu bilen yargı da Bylock’u bir delil gibi değil, suçun unsuru kabul edip o şekilde uygulama geliştirmiştir.

### Bylock Münhasır Bir Uygulama Değildir

AİHM, başvuran tarafından sunulan ve Hükümet tarafından reddedilmeyen uzman görüşünü de dikkate alarak; Bylock’un indirilmesinin ardından, diğer kullanıcılarla iletişim kurmak için gerekli hususların ve münhasırlık argümanını desteklemek için Hükümetin ileri sürdüğü bir çok teknik özelliğinin**, münhasırlık iddiasını karşılayacak nitelikte olmadığını ve Bylock’ta bulunan özelliklerin aslında yaygın olarak kullanılan birçok uygulamada bulunduğunu belirtmiştir (§ 339).**

Mahkeme, bu hususu desteklemek adına; güncel yargılamalardaki bazı şüphelilerin Bylock’u *“cemaatteki arkadaşlarından”* duyduktan sonra uygulama mağazalarından nasıl indirdiklerini ve kullanımının cemaat içinde nasıl yaygınlaştığını açıklayan ve Bylock’un iddia edilen katı bir örgütsel hiyerarşi dışında da indirilmiş ve kullanılmış olabileceğini gösteren Anayasa Mahkemesinin *Ferhat Kara* kararında yer verilen ifadelere de atıfta bulunmuştur (§ 339). Yani AİHM’e göre **Bylock, salt Hükümetin iddia ettiği gibi münhasır ve örgüt içi bir haberleşme aracı değildir.** Kaldı ki, iki yıl boyunca milyonlarca kişinin uygulamayı indirdiği mağazalarda kullanımda kalan bir uygulamanın münhasır olduğunu iddia etmek hayatın olağan akışına da aykırıdır. Bylock’un münhasır bir uygulama olmadığını ispatlayan pek çok teknik husus ve daha önemlisi konuyla ilgili yazılan ve AİHM’in de atıf yaptığı uzman görüşü vardır.[[6]](#footnote-6)

### Talimatla Ağa dahil Olma Şartına İlişkin Gerekli Değerlendirme Yapılmamıştır

AİHM, Yargıtayın emsal kararlarında, bir kişinin *“örgütün talimatıyla ağa katıldığının”* tespit edilmesi halinde ByLock kullanımının Gülen Hareketiyle bağlantısını gösteren kanıt teşkil edeceğinin belirtildiğini, ancak Yargıtayın veya başvuranın dosyasına bakan mahkemelerin bu yönde ayrıca değerlendirme yapmadıklarını ve neden böyle bir değerlendirmeye gerek görmediklerine ilişkin herhangi bir açıklama da bulunmadıklarını belirtmiştir (§ 339).

Bahse konu Yargıtay Ceza Genel Kurulunun kararının ilgili kısmı şöyledir; *“ByLock iletişim sisteminde bağlantı tarihinin, bağlantıyı yapan IP adresinin, hangi tarihler arasında kaç kez bağlantı yapıldığının, haberleşmelerin kimlerle gerçekleştirildiğinin ve içeriğinin tespiti mümkündür. Bu kapsamda, bağlantı tarihi ve bağlantıyı yapan IP adresi ile hangi tarihler arasında kaç kez bağlantı yapıldığının belirlenmesi durumunda,* ***somut olayın koşullarına göre kişinin bu özel iletişim sisteminin bir parçası olduğu kabul edilecek, ayrıca bu ağa dahil olan kişilerin ağ içinde başka kişi ya da kişilerle yaptıkları görüşme içeriklerinin olması da aranmayacaktır. Haberleşmelerin kimlerle yapıldığının ve içeriklerinin tespiti ise, kişinin terör örgütü içindeki hiyerarşik konumunun (örgüt yöneticisi/örgüt üyesi) belirlenmesinde yol gösterici olacaktır.***

*ByLock iletişim sisteminin FETÖ/PDY silahlı terör örgütü mensuplarının kullanmaları amacıyla oluşturulan ve münhasıran bu terör örgütünün bir kısım mensupları tarafından kullanılan bir ağ olması nedeniyle; örgüt talimatı ile bu ağa dahil olunduğunun ve gizliliği sağlamak için haberleşme amacıyla kullanıldığının, her türlü şüpheden uzak, kesin kanaate ulaştıracak teknik verilerle tespiti, kişinin örgütle bağlantısını gösteren bir delil olacaktır.”*[[7]](#footnote-7)

Aslında bu kararda yer verilen hususlar, tam da AİHM’in 7. maddeden verdiği ihlal kararına karşılık gelmektedir. Zira karar gereğince, **suçun unsurlarının varlığı hiç araştırılmadan Bylock kullandığı iddia ve Bylock sunucusuna bağlantı yaptığı kabul edilen herkes otomatik olarak örgüt üyesi kabul edilecektir.**

Bu ifadelerden, *“örgüt!”* talimatıyla ağa dahil olunduğunun örneğin bir tanık beyanıyla desteklenmesi halinde başka hiçbir hususa bakılmadan cezalandırma yapılabileceği şeklinde bir anlam çıkarılmamalıdır. Zira Ceza Genel Kurulu kararında da belirtildiği şekliylebu hususun***“her türlü şüpheden uzak ve kesin kanaate ulaştıracak teknik verilerle tespiti”***gerekmektedir.Ancak, yukarıda yer verildiği üzere, Bylock’la ilgili çok sayıda şüphe sebebi vardır ve AİHM bunları teker teker sıralamıştır. Ayrıca, teknik olarak da bu hususların tespiti mümkün değildir. Böyle bir tespit için orijinal ham veriler üzerinde hakim kararıyla inceleme yapılması gerekir ki, **adli kolluk yetkisi olmayan MİT yaptığı çalışmayla artık bunun da yapılabilmesini imkansız hale getirmiştir.**

Bu şüphe sebepleri giderilmeden bir tanığın verdiği beyanın hukuken hiçbir değeri olmayacaktır ve Bylock açısından şimdiki durum tam da budur. **Ankara C. Başsavcılığının aldırıp tüm mahkemelerden sakladığı ve verilerin yapısının bozuk olduğuna ilişkin bilirkişi raporu gibi bir raporun alınmasıyla bile Hükümetin ve yargı mercilerinin tüm argümanları çökecektir.** Bu nedenle, hiçbir şekilde böyle bir incelemeye yanaşmamaktadırlar ve HTS kayıtları ve dosyadaki başka hususlarla ilgili bilirkişi raporu almakta ve ham veriler üzerinde yapılması talep edilen incelemeyi görmezden gelmektedirler.

### Münhasırlık ve Örgütsel Kullanım Argümanına İlişkin Bariz Boşluklar Vardır

AİHM, yukarıda yer verilen hususların *“münhasırlık”* ve *“örgütsel kullanım”* argümanında bazı **bariz boşluklar bulunduğuna işaret ettiğini** ve bu durumun, TCK’nın 314/2. maddesi kapsamında Bylock’un Gülen Hareketine mensup olmayan kişilerce kullanılmadığının ve kullanılamayacağının nasıl tespit edildiği hususunda ulusal mahkemelerin daha fazla açıklama yapmasını gerektiğini belirtmiştir (§ 340).

Ancak, mahkemelerin ne teknik olarak ne de hukuken bunun aksini ispat etmeleri mümkün değildir. Yargıtay kararına da konu olmuş[[8]](#footnote-8) bir çok olayda da görüleceği üzere, iki yıl App Store ve Google Play uygulama mağazalarından indirilebilen bir uygulama ne münhasırdır, ne de örgütsel bir kullanıma gerekçe yapılabilir. **Böyle bir kabul, ancak mutlak doğru kabul edilip sorgulamadan verilecek otomatik cezalandırma halinde söz konusu olabilir ki, yedi yıldır ülkede olan budur.**

AİHM, tam da bu nokta böyle bir kabulün sebebini ve mahkemelerin neden bu konuyu incelemediklerini çok güzel özetlemiştir. AİHM’e göre, Yargıtayın emsal kararları da dahil olmak üzere, yerel mahkemeler, Bylock uygulamasının münhasır ve örgütsel olduğu iddiasına ilişkin olarak öncelikle **MİT’in yargı dışı bir bağlamda, yani istihbari nitelikli, tespitlerini kabul etmişler ve bu tespitleri ayrıntılı bir şekilde incelememişlerdir** (§ 340). Bu ifadelerle, bir kez daha Bylock’un bir MİT projesi olduğu ve yargı mercilerince araştırılıp ortaya konulması gereken bir hususun, bir kez daha MİT tarafından yapıldığı ve yargı mercilerinin adeta MİT’in elinde oyuncak haline geldikleri ortaya konulmuştur.

## 6. Savunma Hakkının Etkin Kullanımı ve Yargılamanın Adil Olması İçin Gerekli Önlemlerin Varlığına İlişkin Değerlendirme

### Başvuran Savunma Hakkını Etkin Bir Şekilde Kullanamamıştır

Yukarıda belirtilen hususlar ışığında AİHM, başvuranın **aleyhindeki delillere itiraz etmeye ve savunmasını etkili ve iddia makamıyla eşit şartlarda yapmaya ilişkin gerçek bir imkana sahip olması adına yeterli güvencelerinin bulunmadığını belirtmiştir.**

Ayrıca, mahkemelerin başvuranın özel ve önemli taleplerine ve itirazlarına cevap vermemeleri, savunma argümanlarına karşı kayıtsız kaldıkları ve başvuranın gerçekten ***“dinlenmediği”*** konusunda meşru bir şüphe uyandırmıştır. Yine, ulusal mahkemelerin davanın esasına ilişkin önemli konularda sessiz kalmaları; başvuranın, mahkemelerin tespitlerine ve ceza yargılamasının ***"sadece şeklen"*** yürütüldüğüne ilişkin haklı endişeler duymasına neden olmuştur (§ 341).

AİHM, bu ifadelerle güncel yargılamaların adeta resmini çekmiş ve yargıyla ilgili acı tabloyu ortaya koymuştur. **Zira güncel yargılamalarda yaşanan durum tam da budur.** Mahkemeler, savunma tarafının dile getirdiği hususları hiç araştırmamakta, otomatik cezalandırma gerekçesi yaptıkları hususların varlığı halinde sadece şeklen bir yargılama yaparak ve **daha vahimi varsayımlarla karar vermektedirler.** Oysa ki, adaletin adil bir şekilde yerine getirilmesi hakkı, demokratik bir toplumda, amaca uygunluk uğruna feda edilemeyecek kadar önemli bir yere sahiptir ve elde edilen deliller, elektronik olsun ya da olmasın, ulusal mahkemeler tarafından adil yargılamanın temel ilkelerini zedeleyecek şekilde kullanılamaz (§ 344).

### Mahkemeler Yargılamanın Adil Olması İçin Gerekli Önlemleri Almamışlardır

AİHM’e göre söz konusu ceza yargılamalarının özel niteliklerine rağmen, hem yürütüldükleri bağlam hem de diğer binlerce kişiyle ilgili yüksek miktarda şifrelenmiş elektronik veri içeren ana delillerin niteliği ve kapsamı birlikte değerlendirildiğinde; **ulusal mahkemelerin, başvuran hakkındaki yargılamanın adil olmasını sağlamak için yeterli önlemleri almaları gerekirken bunu yapmamışlardır.**

Ulusal mahkemelerin; **başvuranın delillere etkili şekilde itiraz etmesini sağlamak, davanın esasına ilişkin önemli hususları ele almak ve argümanlarını gerekçelendirmek için söz konusu delillere ilişkin uygun güvenceleri sağlamamış olmaları, başvuranın 6/1. maddesi kapsamındaki usule ilişkin haklarının özüyle bağdaşmamaktadır.** Bu eksiklikler, demokratik bir toplumda mahkemelerin kamuoyunda uyandırması gereken güveni zedeleyici bir etki doğurmuş ve **yargılamaların adil bir şekilde yürütülmesini engellemiştir** (§ 345).

 Mahkemeye göre, yukarıda ifade edilen hususlar, başvuran aleyhindeki ceza yargılamalarında, AİHS’in 6/1. maddesine aykırı olarak, adil yargılamanın gerekliliklerinin yerine getirilmediği sonucuna varmak için yeterlidir (§ 346).

# BİLİRKİŞİ RAPORUYLA DOĞRULANAN ŞÜPHE SEBEPLERİ

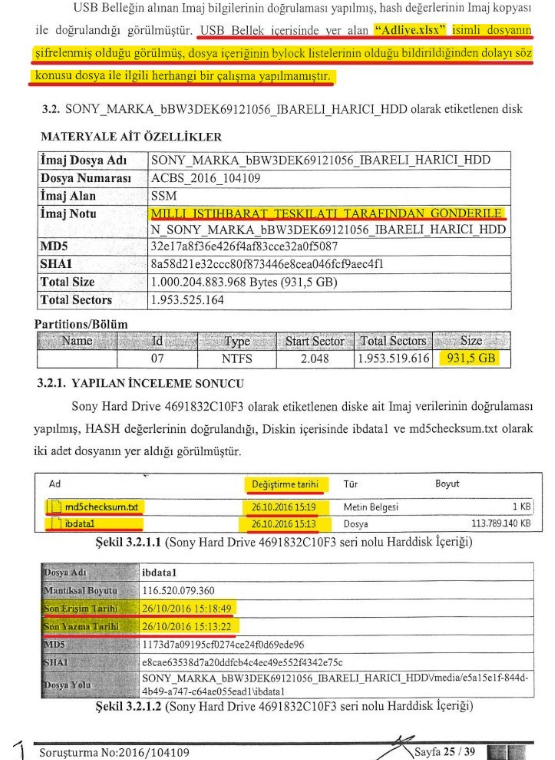
Hükümet, savunmasında dikkat çeken bir hususa yer verilmiştir. Buna göre, dosyanın adli makamlara ulaşması üzerine, ham ByLock verilerini içeren sabit disk CMK’nın 134. maddesi uyarınca incelemeye tabi tutulmuş ve bu doğrultuda, görevlendirilen **iki bilirkişi tarafından** verilerin iki kopyası adli bilişim standartlarına uygun olarak, bir hâkim huzurunda ve kamera kaydı yapılmak suretiyle alınmıştır (§ 292). Yani, **hiçbir mahkemeye gönderilmese de Bylock verileriyle ilgili aldırılmış bir bilirkişi raporu vardır. Peki bu bilirkişi raporu nerededir ve raporda hangi hususlara yer verilmiştir?**

Ankara C. Başsavcılığı tarafından Bylock’un dâhil edildiği 2016/104109 numaralı soruşturma dosyasına iki kişiden oluşan bilirkişi heyeti atamış ve bilirkişilerden Bylock veri tabanına ait imaj kopyasının bulunduğu diskin incelenip dosya içeriklerinin raporlanmasını ve Bylock programıyla ilgili açık kaynaklardan araştırma yapılarak bu programın ne olduğunun, kimler tarafından kullanıldığının, halen kullanımda olup olmadığının ve kriptolu iletişim yapılmasına olanak sağlayıp sağlamadığının araştırılmasını istemiş ve Bylock verilerinin yer aldığı sabit diski 13/12/2016 tarihinde bilirkişilere teslim etmiştir. Bilirkişilerce 12/07/2017 tarihinde 39 sayfadan oluşan rapor Ankara C. Başsavcılığına teslim edilmiştir.

Raporda, Bylock verilerinin hukuka aykırı delil olduğuna ve yargılamaları temelden sarsacak tespit ve değerlendirmelere yer verilmiştir. Şöyle ki;

## ****13 GB Veri Üzerinde 26/10/2016’da Değişiklik Yapılmıştır****

**Raporun 25. sayfasında, incelenmesi yapılan 113 GB verinin yer aldığı dosyanın 26/10/2016 tarihinde değiştirildiği belirtilmiştir.** Yani, Bylock verilerinin imajının alınmasına ilişkin -sonradan verilen- 09/12/2016 tarihli hakim kararından ve verilerin bilirkişilere tesliminden **1,5 ay önce dijital materyal üzerinde değişiklik yapılmış ve veriler orijinalliğini kaybetmiştir.**

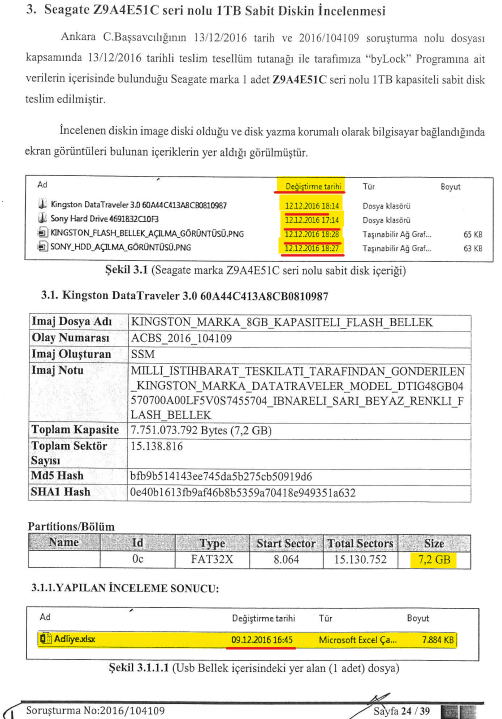


## ****Üzerinde Çalışılan Verilerden İsim Listesi Çıkarılmıştır****

Yine, Raporun 25. sayfada; **“Adliye.xl.xs” isimli dosyanın şifrelenmiş olduğu görülmüş, dosya içeriğinin Bylock listelerinin olduğu bildirildiğinden dolayı söz konusu dosya ile ilgili her hangi bir çalışma yapılmamıştır”** denilmek suretiyle, **veriler üzerinde aylarca çalışıldığı ve hatta listeler oluşturulduğu itiraf edilmiştir.** Başka bir ifadeyle, **Bylock verileri üzerinde uzun süre çalışanlar, “Adliye.xl.xs” isimli ve içinde Bylock kullanıcı listelerinin olduğu excel tablosu oluşturmuşlar, bu dosyayı** **şifrelemişler ve dosyada “isim listesi” olduğunu bilirkişilere söylemeyi de ihmal etmemişlerdir!** Bilirkişiler de, bu hususları olduğu gibi rapora geçirerek adeta Bylock verilerini **“çöpe”** atmışlardır.

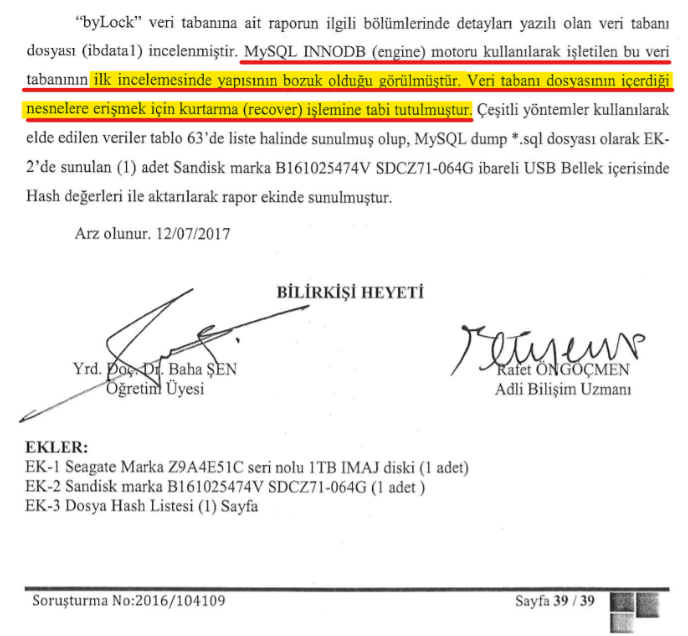
## ****3. Bilirkişilere Teslim Edilmeden Önce Verilerde Değişiklik Yapılmıştır****

Rapordaki tek skandal bu da değildir. Zira raporun 24. sayfasında, 13/12/2016’da bilirkişilere teslim edilen 7,2 GB’lık sabit disk içindeki veriler üzerinde, bu **veriler teslim edilmeden 1 gün önce değişiklik yapıldığı da belirtilmiştir.**



## ****4. Bylock Verilerinin Yapısı Bozuktur ve Kurtarma İşlemine Tabi Tutulmuştur****

Yine, bilirkişiler raporun **“sonuç ve değerlendirme kısmı”**nda; **Bylock verilerinin bozuk olduğunu ve dosya içeriğindeki nesnelere erişmek için kurtarma işlemine başvurduklarını belirtmişler** ve bu suretle Bylock’un hukuka aykırılığını açıkça ortaya koymuşlardır.



## ****5. Bilirkişi Raporunun Önemi****

Ankara C. Başsavcılığının elindeki Bylock verileriyle ilgili bu zamana kadar aldırılan **“ilk ve tek resmi bilirkişi raporu”**  özelliği taşıyan bu belge, Bylock verilerine Yargıtay’ın **“milat”** kabul ettiği **09/12/2016 tarihinden önce müdahale edildiğinin en açık ve somut örneğidir.[5]** İşte bu nedenle, Ankara savcılığı ve diğer savcılıklar CMK’nın 160/2. maddesine aykırı olarak bu raporu başka hiçbir dosyaya sunmamakta, aynı hukuksuzluğun başka bilirkişilerce tespitinden çekinen mahkemeler de, tüm taleplere rağmen silahların eşitliği ve çekişmeli yargılama ilkelerine aykırı olarak, Bylock verilerini kimseye inceletmemekte ve ilgililerin adil yargılanma haklarını ihlal etmektedirler. [[9]](#footnote-9)

# SONUÇ

AİHM, Yalçınkaya kararında Bylock verilerinin hukuka uygun elde edilip edilmediğiyle ilgili bir değerlendirme yapmasa da; 6. madde kapsamında verdiği ihlal gerekçelerinin tamamı, yapılacak yeniden yargılamalarda Bylock’un hukuka aykırılığını ortaya koyacak hususlardır. Zira AİHM’in ihlal gerekçeleri 7 yıldır on binlerce insanın dile getirdiği ancak AYM’de dahil hiçbir mahkemenin dikkate almadığı hususlarla aynıdır. İhlalin gereklerinden sadece bilirkişi incelemesi yapılması durumunda Ankara C. Başsavcılığının aldırdığı bilirkişi raporuyla aynı sonuç çıkacak ve mahkeme kararı olmadan verilere müdahale edildiği ve daha önemlisi de *“verilerin yapısının bozuk olduğu”* ortaya çıkacaktır. Yapısı bozuk verilerin yargılamada delil olarak kullanılamayacağı izahtan varestedir.

AİHM, Yalçınkaya özelinde ancak bu kararın önündeki 8 bin ve gelmesi beklenen 100 binden fazla dosyada da uygulanmasını istemek suretiyle, Bylock temelli dosyalarda adil yargılama hakkının ağır şekilde ihlal edildiğini de saptamıştır. Çünkü, ulusal mahkemelerde Bylock nedeniyle yapılan yargılamalar ile Yalçınkaya kararına konu yargılama arasından delillerin kabul ediliş ve değerlendirilmesi arasında hiçbir fark yoktur. Türkiye’deki yargı pratiğinin ve sistemik sorunun farkında olan AİHM, tarihinde bir ilk olarak 100 binden fazla dosyada aynı sıkıntıların bulunduğunu ve alınacak genel tedbirlerle bu sorunun çözülmesini istemiştir.

1. Yalçınkaya/Türkiye Büyük Daire, B. No: 15669/20, 26/9/2023, https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-228393 [↑](#footnote-ref-1)
2. ***“MİT tarafından yasal olarak elde edildiği kabul edilen*** *dijital materyaller üzerinde Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının talebi ile CMK 134. maddesi gereğince* ***Ankara 4. Sulh Ceza Hakimliğinden alınan "inceleme kopyalama ve çözümleme" kararına******istinaden bilgisayar, bilgisayar kütüklerindeki iletilerin tespiti işleminde herhangi bir hukuka aykırılık bulunmamaktadır.”*** Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 24/4/2017 T., 2015/3 E., 2017/3 K. sayılı Kararı**;**

   *“Yukarıda izah edildiği üzere* ***ByLock iletişim sisteminin kullanımı sonucunda oluşan verilerin tespiti,*** *CMK'nun 135. maddesinin birinci fıkrası veya 2937 sayılı Kanunun 6. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında olmayıp* ***CMK'nun*** *"bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma" başlıklı* ***134. maddesinin birinci fıkrası kapsamındadır.*** *Bu sebeple MİT tarafından AKSSS'nin 32 ve* ***2937 sayılı Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (i) bendi ile 6. maddesinin birinci fıkrasının (d) ve (g) bentlerine uygun şekilde elde edilen*** *ByLock'a ilişkin dijital materyaller hakkında* ***Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının talebi üzerine CMK'nun 134. maddesi gereğince Ankara 4. Sulh Ceza Hâkimliği tarafından verilen “inceleme, kopyalama ve çözümleme” kararına istinaden bilgisayar ve bilgisayar kütüklerindeki iletilerin tespiti işleminde herhangi bir hukuka aykırılık bulunmamaktadır.”*** Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 26/9/2017 T., 2017/16.MD-956 E., 2017/370 K. sayılı Kararı. [↑](#footnote-ref-2)
3. *“****133.*** *MİT 2937 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddeleri kapsamındaki görevlerini yerine getirirken rastladığı FETÖ/PDY'ye ilişkin bir veriyi adli makamlara/soruşturma mercilerine (Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına) iletmiştir. Kendi görev alanındaki bir konuyla (terörle mücadele) bağlantılı ve bir yasal temele dayalı olarak öğrenilen* ***somut bir verinin yetkili adli makamlara bildirilmesinden ibaret olan bu eylemin*** *bir istihbarat organı olan MİT tarafından adli kolluk faaliyeti yürütüldüğü şeklinde yorumlanması mümkün değildir.”*

   ***135.*** *Adli makamların kendisine teslim edilen verileri test etme; dijital materyallerle ilgili olarak onların gerçekliği veya güvenilirliğine ilişkin gerekli araştırma, inceleme ve değerlendirmede bulunma yetkisi her zaman bulunmaktadır. Nitekim adli makamlar söz konusu* ***veriler kendilerine teslim edildikten sonra -****dijital verilerde* ***arama ve inceleme yapılmasına dair- ilgili usul kanununda yer alan kurallar çerçevesinde*** *ve gerekli olan koruma tedbirine yönelik görevli hâkimlikler tarafından verilen kararlar doğrultusunda yetkili kolluk birimleri marifetiyle veriler üzerinde inceleme ve araştırmalar yaparak soruşturma işlemlerini yürütmüş; bu çerçevede ilgili diğer kurum ve kuruluşlardan da gerekli görülen bilgi, belge ve deliller temin edilmiştir*.” Anayasa Mahkemesinin Ferhat Kara Başvurusu, B.No: 2018/15231, 04/6/2020, § 133-135. [↑](#footnote-ref-3)
4. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 17/05/2011 T., 2011/9-83 E., 2011/95 K. sayılı kararı; Başka bir kararında da, MİT’e verilen iletişimin tespiti kapsamındaki yetki bağlamında bu içtihadını tekrarlamış ve şöyle demiştir; *“… sayılı iletişimin tespiti kararının, 5397 sayılı Yasanın 2. maddesi ile 2803 sayılı Yasaya eklenen Ek 5. madde uyarınca verilen (ve 2937 sayılı Yasanın 6. maddesi uyarınca verilen) önleme dilemesi kararı niteliğinde olması karşısında, bu şekilde ulaşılan bulgular, … ceza yargılamasında delil olarak kullanılamayacağından ve bu bulgulara dayalı hüküm kurulamayacağından, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi sonucunda ulaşılan bulgular dışındaki somut deliller değerlendirilerek sanığın hukuksal durumunun tayin ve takdiri gerekmektedir.”* Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 21.10.2014 T., 2012/1283 E., 2014/430 K. sayılı karar [↑](#footnote-ref-4)
5. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 26/9/2017 T., 2017/16.MD-956 E., 2017/370 K. sayılı Kararı. [↑](#footnote-ref-5)
6. T. Koray Peksayar ve Levent Mazılıgüney tarafından yazılan uzman görüşüne şu linkten ulaşabilirsiniz; https://www.drgokhangunes.com/wp-content/uploads/2021/09/Bylock-Munhasir-mi-TR.pdf [↑](#footnote-ref-6)
7. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun, 26/9/2017 T., 2017/16-956 E., 2017/370 K. sayılı kararı. [↑](#footnote-ref-7)
8. *“…Somut dosyada sanık ...’in kullandığını kabul ettiği 168979 ID numaralı ...’ta sadece diğer sanık ...’ın ekli olması ve* ***yazışma içeriklerinin örgütsel nitelikte olmadığının anlaşılmasına rağmen hatalı değerlendirmeyle sanığın, örgüt talimatı ile bu ağa dahil olunduğunun ve gizliliği sağlamak için haberleşme amacıyla kullanıldığının kabul edilerek yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi,*** *kanuna aykırı, sanık müdafiinin temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde görülmüş olduğundan hükmün bu sebepten dolayı CMK'nın 302/2. maddesi uyarınca BOZULMASINA…”* 16. Ceza Dairesinin 25/6/2020 T., 2019/11650 E., 2020/3039 K. sayılı kararı. [↑](#footnote-ref-8)
9. Raporun tamamına şu linkten ulaşabilirsiniz; https://www.drgokhangunes.com/wp-content/uploads/2021/09/ANKARA-CBS-BILIRKISI-RAPORU.pdf [↑](#footnote-ref-9)