



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

İKİNCİ BÖLÜM

AKGÜN v. TÜRKİYE

(Başvuru no. 19699/18)

KARAR

5 § 1 (c) maddesi • Kullanımı bir terör örgütüne münhasır olmayan şifreli bir mesajlaşma sisteminin aktif olarak kullanılmasına ilişkin ve bu örgüte mensubiyete dair makul şüpheyi haklı çıkarmak için yetersiz iddialar
5 § 3 maddesi • şüphelenmek için makul sebeplerin yokluğu, tutukluluk kararının gerekçesiz olması
5 § 4 maddesi • Tutukluluğun yasallığının incelenmesi • Tutukluluğa itiraz için hayati önem arz eden, suçlamanın münhasır unsurunun içeriğinin yeterince bilinmemesi (mesajlaşma uygulamasının kullanıcılarının listesi)

STRAZBURG

20 Temmuz 2021

İşbu karar, Sözleşme'nin 44 § 2 maddesinde öngörülen koşullar çerçevesinde kesinleşecektir. Bazı şekli değişikliklere tabi tutulabilir.

Akgün v. Türkiye davasında,

Jon Fridrik Kjølbro, *Başkan*

Hakimler

Marko Bošnjak,

Valeriu Grițco,

Egidijus Kūris,

Branko Lubarda,

Carlo Ranzoni,

Saadet Yüksel

ve *Bölüm Yazı İşleri Müdürü* Stanley Naismith'in katılımıyla bölüm olarak toplanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi,

Türkiye Cumhuriyeti aleyhine yapılan başvuru (no.19699/18) Türkiye cumhuriyeti vatandaşı, Bay Tekin Akgün ("başvurucu") tarafından, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin ("Sözleşme") 34. maddesi uyarınca Mahkeme huzurunda, 16 Nisan 2018 tarihinde açılan davada,

Başvurucunun bir suç işlediğine dair şüpheye yer veren makul sebeplerin bulunmadığına, soruşturma dosyasına erişimin kısıtlandığına ve Sulh Ceza Hakimliklerinin bağımsızlık ve tarafsızlıklarına ilişkin şikâyetleri Türk Hükümeti'nin ("Hükümet") dikkatine sunup, geri kalan şikâyetleri kabul edilemez ilan ederek,

Tarafların görüşlerini göz önünde bulundurmuş,

15 Temmuz 2021 tarihinde yapılan kapalı müzakere sonrasında,

Aynı tarihte aşağıdaki kararı vermiştir:

GİRİŞ

1. Mevcut dava, başvuruçunun Türk makamları tarafından "FETÖ/PDY" ("Fethullahçı Terör Örgütü/Paralel Devlet Yapılanması") olarak adlandırılan bir örgüte üye olduğundan şüphelenildiği gerekçesiyle tutuklanmasına ilişkindir.

TEMEL OLGULAR

I. MEVCUT OLAYIN ŞARTLARI

2. Başvurucu 1979 doğumludur. Ankara'da avukatlık yapan Av. A. Kaplan tarafından temsil edilmektedir. Hükümet, temsilcileri Hacı Ali Açıkgül ve Çağla Pınar Tansu Seçkin tarafından temsil edilmektedir.

A. Davanın başlangıcı

3. 15-16 Temmuz 2016 gecesi, " Yurtta Sulh Konseyi " olarak anılan Türk Silahlı Kuvvetlerine mensup bir grup, Millet Meclisi'ni, demokratik yollarla seçilmiş hükümet ve Cumhurbaşkanı, devirmek için askeri darbe girişiminde bulunmuştur.

4. Darbe girişimi esnasında darbeciler, savaş uçakları ve helikopterlerden faydalanmak suretiyle, Türkiye Büyük Millet Meclisi, Cumhurbaşkanlığı yerleşkesi, Polis özel hareket başkanlığı ile istihbarat birimlerinin binaları da dahil olmak üzere birçok stratejik devlet binasını bombalamış, Cumhurbaşkanının bulunduğu otele saldırmış, Genelkurmay Başkanı'nı rehin almış, başta TÜRKSAT şirketi (Ankara'daki Türk telekomünikasyon uyduları operatörü) olmak üzere birçok kuruma ve televizyon istasyonlarına saldırmış ve işgal etmişler, Boğaziçi köprülerini ve İstanbul havalimanını bloke edip göstericilere ateş açmışlardır. Şiddetin damgasını vurduğu bu gecede 251 kişi ölmüş ve 2.194 kişi yaralanmıştır.

5. Askeri darbe girişiminin ertesi gününde, ulusal merciler, FETÖ/PDY'nin lideri olarak değerlendirilen Pensilvanya'da (Amerika Birleşik Devletleri) mukim bir Türk vatandaşı olan Fetullah Gülen'in yapılanmasını suçlamışlardır.

6. 16 Temmuz 2016'da Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına bağlı Anayasal düzene karşı işlenen suçlar soruşturma bürosu, ceza soruşturması başlatmıştır. Bu soruşturma çerçevesinde hareket ederek, bölge ve şehir savcılıkları darbe girişimi sırasında ve sonrasında, olaya karıştığından şüphelenilen ve darbe ile doğrudan ilgisi olmayan ancak FETÖ/PDY örgütü ile bağlantılı olduğu iddia edilen kişiler hakkında ceza soruşturmaları başlatmıştır.

7. Hükümet, 20 Temmuz 2016'da 21 Temmuz 2016'dan başlamak üzere üç aylık olağanüstü hal ilan etmiş, bu olağanüstü hal daha sonra Bakanlar Kurulu tarafından üçer aylık dönemlerle uzatılmıştır.

8. 21 Temmuz 2016'da Türk makamları, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne Sözleşme'nin 15. Maddesi uyarınca Sözleşme'nin askıya

alınması bildirimini iletmiştir (bu bildirim için aşağıdaki 106. paragrafa bakınız).

9. 18 Temmuz 2018'de olağanüstü hal kaldırılmıştır.

B. Başvurucunun kişisel durumu

1. Başvurucunun tutuklanması

10. 17 Ekim 2016 tarihinde, eski bir polis memuru olan başvurucunun, FETÖ/PDY üyesi olması şüphesiyle Ankara Cumhuriyet Savcısı tarafından ifadesi alınmıştır. İki avukatının eşliğinde, 19 Ağustos 2016'da açığa alındığını ve bu örgütle sözde bağlantısı nedeniyle 1 Eylül'de görevden ihraç edildiğini ifade etmiştir. Kendisinin polislik kariyeri hakkında bilgi vererek, merkez istihbarat birimlerinin yanı sıra çeşitli bölgesel istihbarat birimlerinde de görevde bulunduğunu belirtmiştir. Darbe girişimi sırasında askeri darbecilerin tutuklanmasında yer aldığını ve 17-25 Aralık 2013¹ operasyonlarıyla FETÖ/PDY'nin amacının devleti kontrol altına almak olduğunu anladığını belirterek, bu örgütle herhangi bir bağının olduğunu reddetmiştir.

11. Duruşma tutanağının ilgili kısımları şöyledir:

“(…)Kendisinin silahlı bir terör örgütüne üye olmakla suçlandığı ve örgüt üyeleri tarafından kullanılan ByLock uygulamasının kullanıcıları olduğuna dair bir tespit olduğu hatırlatıldı”.

(…) “ByLock kullanması hususunda kendisine soruldu : Kesinlikle kullanmadım”.

(…) “Akabinde 29635 ID numaralı (...) telefon numarasının ByLock'un kırmızı listesinde olduğuna dair savcılığımızın raporu kendisine okundu : Söz konusu numara bana ait. Kesinlikle bu uygulamayı kullanmadım. Adımın nasıl kullanıcı olarak kayıtlı olduğunu bilmiyorum. (...) 2015 Ocak ayında, idaremizin bize verdiği Iphone 4S telefonu kullanıyordum. İhraç edilmemden ardından telefonu iade ettim. (...)”

12. Başvurucuyu dinledikten sonra Cumhuriyet savcısı, ilgilinin FETÖ/PDY'nin iletişim sistemi olan ByLock'u kullandığını tespit ettiği

¹ 17 ve 25 Aralık 2013 tarihlerinde yolsuzlukla ilgili soruşturmalar kapsamında büyük bir tutuklama dalgası AKP'nin (2002'den beri iktidarda olan Adalet ve Kalkınma Partisi) yakın çevrelerini etkiledi. Bu kapsamda, üç bakanın oğulları, bir devlet bankası müdürü, üst düzey yetkililer ve kamu yetkilileriyle yakın işbirliği içinde çalışan işadamları da dahil olmak üzere siyasi iktidarın en yakın çevrelerinden sayılan önemli isimler gözaltına alınmıştır. Hükümet, bu girişimin sorumluluğunu Fetullahçı yapılanmaya bağlı polis ve hakimlere atfederek, soruşturmayı bir komplo ve yürütmeye karşı bir "yargısal darbe girişimi" olarak nitelendirmiştir. Bu olay, Fetullahçı yapılanmanın AKP ile ilk açık çatışmalarından biridir. Bu olaydan itibaren hükümet, Fetullah Gülen'in örgütünü ilk olarak "paralel devlet yapılanması" ve daha sonra terör örgütü olarak adlandırmıştır.

gerekçesiyle, başvuru tutuklanması talebiyle Sulh Ceza Hakimliği'ne sevk etmiştir.

13. Aynı gün başvuru, yine iki avukatının eşliğinde, Ankara 9. Sulh Ceza Hakimliği huzuruna çıkarılmıştır. Duruşma tutanağının ilgili kısımları şöyledir:

"(...) Ankara Cumhuriyet Savcısı tarafından yapılan tutuklama talebi okundu"

(...) "Şüpheli: Haklarımı öğrendim, avukatlarımla savunmamı yapacağım"

(...) "Şüpheli savunmasında: Polise bu konuyla ilgili ayrıntılı ifade verdim. İfademin okunmasını rica ediyorum.

Zanlının polis tarafından alınan ifadesi okundu: Okunan ifade benimdir, doğrudur, savunmam olarak ifademi olduğu gibi yineliyorum.

Devam etti: Ben herhangi bir suç işlemedim. Telefon, [polis] istihbarat dairesinin bize verdiği telefon. Ocak 2015'te iPhone'dan başka telefon kullanmadım. Toplanan veriler Ocak ayına ait. Ben suçsuzum, salıverilmemi talep ediyorum" dedi.

(...) "Dosyada bulunan bilgi, belge ve tutanak ve sağlık raporları tek tek okundu ve kendisinden soruldu : Aleyhime olanları reddediyorum."

14. Başvurucunun ByLock kullandığına dair rapor, bilgisayarlı bir sistemden alındığı anlaşılan, aşağıdaki bilgileri içeren tek bir sayfa biçimindedir: ByLock kullanıcı numarası (ID29635), bu kullanıcı numarasıyla ilişkili cep telefonu numarası (başvurucunun ifadesinde kendisine ait olduğunu kabul ettiği), başvuru TC kimlik numarası, başvuru kimliği ve uyuşu, gerçek bir kişi olduğu bilgisi ve son olarak, renk kutusunda, başka herhangi bir belirti olmaksızın "kırmızı" ifadesi geçmektedir. Belgeye tarih atılmamıştır. Hükümet'e göre, belge savcılık tarafından Ankara'daki 9. Sulh Ceza Hakimliği'ne iletilmiştir, bu belgeye başvuru tarafından itiraz edilmemiştir.

15. Başvurucunun avukatları, müvekkillerinin sabit bir ikametgahı olduğuna, kaçma veya delilleri karartma riskinin bulunmadığına ve kendi isteğiyle teslim olduğuna dikkatleri çekmiştir. Ayrıca, başvuru tutuksuz yargılanmasını ve gerekirse bir adli kontrol tedbiri uygulanmasını talep etmişlerdir.

16. Sulh ceza hakimi şu şekilde hükmetmiştir :

"Dosya incelendi.

Şüphelinin silahlı terör örgütüne üye olma suçunu işlediğine dair kuvvetli şüphelerin varlığını gösteren somut delillerin mevcudiyeti, kaçma ve delilleri karartma riskinin bulunduğu göz önüne alındığında, adli kontrol kararının yetersiz olacağına; Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 100. maddesi ve Sözleşme'nin 5. ve ilgili maddelerince öngörülen tutukluluk rejimi kapsamında, CMK'nın 101. maddesi uyarınca şüphelinin, yöneltilen suçla orantılı bir şekilde, tutuklanmasına karar verildi(...)"

17. 25 Ekim 2016'da Ankara 1. Sulh Ceza Hakimliği, başvuruçunun tutukluluk kararına itirazını, bu kararda herhangi bir hata tespit edilmediği gerekçesiyle reddetmiştir.

18. 15 Kasım 2016 tarihinde, Ankara 1. Sulh Ceza Hakimliği, CMK 108. maddesi uyarınca savcılık tarafından yapılan tutukluluğun incelenmesi ve devamı talebi hususunda karar vermiştir. İlgilinin söz konusu suçu işlediğine dair güçlü şüphelerin mevcudiyetini koruduğu gerekçesiyle tutukluluk halinin devamına karar vermiştir. Ayrıca, iddia edilen suçun niteliğini ve olağanüstü halin uygulanmasına yol açan darbe girişimine ilişkin açık ve yakın bir tehlikenin hâlâ mevcut olduğu gerçeğini de dikkate almıştır. İlâveten mahkeme, kaçma riski şüphesini doğuran somut unsurların bulunduğunu (FETÖ/PDY üyesi olduğundan şüphelenilen kişilerin bir kısmının kaçması), karşı karşıya kalınan cezanın ağırlığını ve iddia edilen suçun Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 100 § 3 maddesinde listelenen "katalog" suçlar arasında yer alması durumlarını göz önünde bulundurmıştır.

2. Başvuruçunun Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurusu

19. 5 Aralık 2016'da başvuruçucu bireysel başvuruda bulunmuştur.

20. Anayasa Mahkemesi, başvuruçuya 21 Aralık 2017 tarihinde tebliğ edilen 15 Aralık 2017 tarihli kararında bu itirazın kabul edilemez olduğuna hükmetmiştir.

21. Anayasa Mahkemesi, iddianameye göre (bakınız aşağıda 26. paragraf), başvuruçunun ByLock mesajlaşma uygulamasını kullandığını kaydetmiştir. Bahse konu uygulamanın özellikleri dikkate alındığında, bunun kullanılmasının soruşturma makamları tarafından FETÖ/PDY ile bir bağlantının varlığının kanıtı olarak değerlendirilmesinin kabul edilebileceği kanaatine varmıştır. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi 20 Haziran 2017'de verdiği *Aydın Yavuz ve diğerleri* kararına atıfta bulunmuştur (bakınız aşağıda 83-85. paragraflar). Neticede, söz konusu mesajlaşma uygulamasının özellikleri dikkate alındığında, soruşturma makamlarının veya (kendilerinden) tutuklamaya karar vermesi istenen mahkemelerin, bu mesajlaşma uygulamasının kullanılmasını, somut olayın şartlarını göz önünde bulundurarak, FETÖ/PDY'ye üye olma suçunun işlendiğine dair "güçlü bir gösterge" olarak değerlendirdiklerinde, temelsiz ve keyfi gerekçe gösterdikleri sonucuna varılamayacağına karar vermiştir. Ayrıca, başvuruçunun tutukluluğuna ilişkin kararlarda yer alan gerekçeler ile tutukluluk kararına karşı yapılan itirazın reddedilmesi kararında yer alan gerekçeleri dikkate alındığında ve özgürlükten yoksun bırakma usulüne hesaba katıldığında, tutuklama gerekçelerinin bulunmadığı ve söz konusu

tedbirin orantısız olduğunun söylenemeyeceği kanaatine varmıştır. Bu açıklamalar ışığında, tutukluluğun usule aykırılığı hususundaki şikâyetin açıkça dayanaktan yoksun olduğu kanaatine varmıştır.

22. Anayasa Mahkemesi, soruşturma dosyasına erişimin kısıtlanmasına ilişkin şikâyetle ilgili olarak duruşma tutanaklarını, tutuklamaya ilişkin kararları, tutukluluğa itirazla ilgili soruşturmaları ve soruşturma dosyasındaki belge ve bilgileri inceleyerek, başvuruçunun, tutukluluğunun dayandırıldığı unsurlar hakkında bilgilendirildiğini, bunların içeriği hakkında yeterli bilgiye sahip olduğunu ve tutukluluğuna itiraz etmesi için kendisine yeterli fırsat verildiğine karar vermiştir. Aynı şekilde bu şikâyeti de açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur.

23. Anayasa Mahkemesi son olarak, başvuruçunun ayrıca sulh ceza hakimliklerinin bağımsız ve tarafsız olmadıklarından ile bu mahkemelere yapılan itirazların aynı yargıçlar tarafından incelenmesinin kendisini, tutukluluğuna karşı etkili hukuk yolundan mahrum bıraktığı hususundaki şikâyetini değerlendirmiştir. Mahkeme, birçok davada bu türden bir şikâyeti inceleyip reddettiğini ve başvuruçunun durumunu göz önünde bulundurulduğunda farklı bir sonuca varmak için hiçbir neden olmadığına hükmetmiştir.

3. Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru sonrası gelişmeler

24. 2 Aralık 2016 tarihinde, başvuruçunun 1 Eylül 2016'da ihraç edildiğine ve FETÖ/PDY üyelerinin ifşa olmamak için birbirleri aralarında kullandığı iletişim uygulamasının, 29635 ID'li ve (...) cep telefonu numaralı ile "kırmızı" kodlu aktif bir kullanıcısı olduğunun tespit edildiğine dair bir tutanak düzenlenmiştir.

25. 23 Aralık 2016 ile 26 Mayıs 2017 arasındaki çeşitli tarihlerde, başvuruçunun tutukluluğu, Ankara'daki çeşitli Sulh Ceza Hakimlikleri tarafından incelenmiş ve bu tedbirin devamına karar verilmiştir.

26. 6 Haziran 2017 tarihinde, başvuruçunun, Ceza Kanunu'nun 314 § 2 maddesi ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 5. maddesi uyarınca terör örgütüne üye olmakla suçlanmıştır.

27. Başvuruçunun davası, yapılan duruşmalar sonucunda ve duruşmalar arasında başvuruçunun tutukluluk halinin devamına karar veren, Ankara 22. Ağır Ceza Mahkemesince görülmeye başlanmıştır.

28. 22. Ağır Ceza Mahkemesi, 11 Ocak 2018 tarihinde gerçekleşen üçüncü duruşma sonunda, delillerin büyük ölçüde toplanmış olduğu, dosyada, içlerinde başvuruçunun da bulunduğu sanıklar tarafından karartılabilecek herhangi bir delil bulunmadığı ve dosyada başvuruçunun kaçabileceğine dair herhangi bir bulgu olmadığı gerekçeleriyle başvuruçunun adli kontrol ile serbest bırakılmasına karar vermiştir.

29. Başvurucunun avukatı ile katıldığı 23 Ocak 2019 tarihli duruşmada, 22. Ağır Ceza Mahkemesi, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'ndan (BTK) gelen cevabının alındığını bildirmiş ve bunu dosyaya eklemiştir. BTK'nın yazısına göre başvuru, 13 Ağustos 2014 ile 4 Nisan 2015 tarihleri arasında, kendi cep telefonu ile ByLock sunucusuna 2.547 kez ve 9 Ekim 2014 ile 28 Mayıs 2015 tarihleri arasında ByLock'a tahsis edilen sunuculara başka bir cep telefonundan 2.346 kez bağlanmıştır.

30. 10 Eylül 2020 tarihi itibarıyla dava 22. Ağır Ceza Mahkemesi'nde hala derdesttir.

II. TARAFLARCA SUNULAN KARAR VE RAPORLAR

A. Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu tarafından verilen 24 ve 31 Ağustos tarihli kararlar

31. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) Genel Kurulu, 24 Ağustos 2016 tarihinde toplanarak, tamamı FETÖ/PDY'ye üye, irtibatlı veya iltisaklı olduğu değerlendirilen 2.847 hâkimi meslekten ihraç etmiştir.

32. HSYK, 61 sayfalık uzun kararında, yargı mensuplarının ihraçlarını hangi unsurlar ışığında incelediği sıralamıştır. HSYK, diğer unsurların yanı sıra şunlara atıfta bulunmuştur:

“örgüt mensuplarının haberleşme için kullandıkları şifreli programlarda yer alan kayıtlar,(...) Ankara Cumhuriyet Başsavcılığından temin edilen bilgi ve belgeler, ilgililer hakkında Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca başlatılan soruşturmanın niteliği ve isnat edilen suçlamalar ile gözaltı ve tutuklama kararları, soruşturmanın kapsamında ifadelerine başvuru hâkim ve Cumhuriyet savcılarının ifade ve sorgu tutanakları, itirafçıların beyanları ile diğer bilgi ve belgeler”

33. HSYK, elindeki belgelere dayanarak ilk olarak örgütün "hususî iletişim ağı kullandığını" belirterek FETÖ/PDY hakkında bilgi vermiştir. HSYK, örgütün kullandığı iletişim araçlarına ayrılan bölümde, örgütün hücreler halinde, kapalı devre düzenlendiğini açıklamıştır. Örgütün yüz yüze iletişime her şeyden öncelik verdiğini ve en yaygın iletişim araçlarının cep telefonları olduğunu söylemiştir. Bu telefonların aboneliklerinin, gerçek kullanıcıya erişimi zorlaştırmak amacıyla farklı isimler veya örgütün kontrolündeki tüzel kişiler adına yapıldığını belirtmiştir. Örgüt üyelerinin de düzenli olarak cep telefonlarını değiştirdiklerini ve bu şekilde yasadışı faaliyetlerini örtbas etmeye çalıştıklarının anlaşıldığını eklemiştir. Örgütün üst düzey yetkililerinin yurt dışında kayıtlı telefon hatlarını veya kiralık abonelikleri kullandığını söylemiştir. Son olarak, Skype, Tango, ByLock, Line, Kakaotalk, WhatsApp gibi uygulamaların, mesajların şifreleme

yoluyla korunmasına izin verdikleri için ayrıcalıklı iletişim araçları olduğunu belirterek bitirmiştir.

34. HSYK'nın kararının ikinci bölümünde, FETÖ/PDY'nin yargı kurumlarında yürüttüğü faaliyetlere ilişkin ayrıntılı bilgiler yer almakta ve örgütün, yargıçların mesleğe kabulü, yükseltilmesi ve terfi edilmesi ile örgüt üyesi olduğu varsayılan hakimler tarafından yürütülen disiplin işlemleri ve cezai işlemler sırasında yapıldığı iddia edilen usulsüzlüklere dikkat çekilmiştir. HSYK, bu bölümde, 2014 yılı Ekim ayında gerçekleşen HSYK üye seçimi bağlamında örgütün icra ettiği faaliyetleri nakledip bu kapsamda "FETÖ/PDY" nin örgüt içi iletişimi ByLock olarak bilinen şifreli iletişim programı ile gerçekleştirildiğini" belirtmiştir.

35. Devamında, özellikle çeşitli soruşturma ve prosedürlerin ayrıntılı bir incelemesine geçmeden önce HSYK, kararında örgütün yargı kurumları bünyesinde yürüttüğü faaliyetleri vurgulamak adına, örnek olarak, itirafçı veya gizli tanık hakimler tarafından verilen ifadelerin pasajlarını aktarmıştır. Söz konusu pasajlar örgüte isnad edilen çeşitli faaliyetlere ilişkindir.

36. HSYK'nın 543 yargı mensubunu görevden aldığı 31 Ağustos 2016 tarihli kararı da aynı tespitleri içermektedir.

B. Meclis Araştırma Komisyonu raporu (Mayıs 2017)

37. Bahse konu komisyon, 15 Temmuz 2016 darbe girişimini ve FETÖ/PDY'nin faaliyetlerini tüm yönleriyle incelemek ve gerekli tedbirleri almak üzere oluşturulmuştur. Raporunun ilk bölümünde FETÖ/PDY'nin doğuşu, gelişimi ve yapısı, ikinci bölümü 15 Temmuz 2016 darbe girişimi (olayların kronolojik sırası) ve son olarak üçüncü bölümü ise FETÖ/PDY benzeri örgütlerin demokrasi ve anayasal düzene yönelik saldırılarının önlenmesi ve gereken tedbirlerin alınmasındaki gözlemlenen eksiklikler ele alınmıştır.

38. Raporda ByLock'un bir iletişim aracı olarak, münhasıran FETÖ/PDY üyeleri tarafından kullanıldığı belirtilmiştir. Rapora göre, ByLock'un, Milli İstihbarat Teşkilatı ("MİT") tarafından deşifre edildiğinin öğrenilmesinin ardından örgüt üyeleri, Ocak 2016 itibarıyla Eagle mesajlaşma uygulamasını kullanmaya başlamışlardır. Raporda aynı zamanda MİT'in ByLock mesajlaşma uygulamasının şifresini Mayıs 2016'da çözdüğü, ancak bu arada Ocak 2016'da FETÖ/PDY'nin zaten Eagle mesajlaşma uygulamasına geçtiği de eklenmiştir. Rapora göre bu zaman aralığı, darbe girişimine ilişkin bilgi eksikliğinin olası açıklamalarından biri olabilir.

C. Milli Güvenlik Kurulu kararları

39. Milli Güvenlik Kurulu'nun 30 Nisan 2014 tarihli toplantısının ardından yapılan basın açıklamasının A maddesi şu şekildedir:

“Toplantı sırasında,

A. Ülkemizin güvenliği, halkımızın huzuru ve kamu düzenini ilgilendiren hususlar ayrıntılı olarak görüşülmüştür. Bu kapsamda, milli güvenliğimizi tehdit eden ve kamu düzenini bozan iç ve dış legal görünüm altında illegal faaliyet yürüten paralel yapılanmalar ve illegal oluşumlar ile yürütülen mücadelenin kararlılıkla sürdürüleceği vurgulanmıştır.”

40. Milli Güvenlik Kurulu'nun 26 Mayıs 2016 tarihli toplantısının ardından yapılan basın açıklamasının 1. maddesi şu şekildedir:

“Toplantı sırasında,

1. Vatandaşlarımızın huzur ve güvenliği ile kamu düzeninin sağlanması amacıyla yürütülen faaliyetler, terör ve teröristle mücadelede gelinen aşama, millî güvenliğimizi tehdit eden ve bir terör örgütü olan paralel devlet yapılanmasına karşı alınan tedbirler görüşülmüştür.”

D. Bylock hakkında uzman raporları

1. MİT tarafından hazırlanan “Bylock Uygulaması Teknik Raporu” (tarih atılmamış)

41. MİT, araştırmaları sonucunda ByLock sunucularındaki veri tabanlarına ulaşmıştır. ByLock uygulamasından elde edilen dijital verilerin analizinden aşağıdaki ByLock Uygulaması Teknik Raporunu (88 sayfa) hazırlamıştır. Raporunda aşağıdaki bulgular ve sonuçlar sunulmuştur.

42. Rapora göre uygulama, gönderilen her mesajın farklı ve güçlü bir şifreleme anahtarı ile şifrelenmesine izin verecek şekilde tasarlanmıştır.

43. Raporunda, uygulamanın geliştiricisinin önceki çalışmalarıyla ilgili herhangi bir profesyonel referansı olmadığı ve uygulamanın herhangi bir ticari tanıtıma konu olmadığı, uygulamanın kullanıcılarının sayısını artırmayı veya ticari bir değer kazandırmayı amaçlamadığı eklenmektedir. Rapora göre, uygulamanın işleyişine ilişkin olarak (sunucu ve IP adresi kiralama gibi) işlemler için ödemenin anonim olarak yapılmış olması, bu şirketin kurumsal ve ticari olmadığını doğrular gerçeklerdir.

44. Rapor, uygulamanın - kaynak kodunun belirli unsurlarının Türkçe ifadeler içerdiği, kullanıcı adlarının, grup adlarının ve şifresi çözülen şifrelerin çoğunun ve şifresi çözülen içeriğin neredeyse tamamının Türkçe olması, Türkiye'den uygulamaya erişen kullanıcılar, kimliklerini ve

iletişimlerini gizlemek için VPN² üzerinden uygulamaya erişmek zorunda bırakılmaları, "Google"da ByLock üzerine yapılan sorguların/araştırmaların neredeyse tamamının Türkiye'deki kullanıcılar tarafından yapılması ve erişimin engellenmesinden sonra "Google"da "ByLock" aramalarının hızla artması, ByLock ile ilgili internet paylaşımlarının, FETÖ/PDY lehine paylaşımlar yapan anonim hesaplardan gerçekleştirilmesi, iki yüz binden fazla kullanıcısı olan bu mesajlaşma uygulamasının darbe girişimi öncesinde ne Türkiye'de ne de yurt dışında kamuoyu tarafından bilinmemesi - bir bütün olarak göz önünde bulundurulduğunda, ByLock'un küresel bir uygulama görünümünde FETÖ/PDY üyeleri için mesajlaşma işlevi gördüğüne işaret etmektedir.

45. Raporunda, uygulamayı kullanabilmek için uygulamanın bir akıllı telefona indirilmesinden sonra bir kullanıcı adı/kullanıcı kodu ve kriptografik şifre oluşturmanın gerekli olduğu ve bu bilgilerin şifreli bir şekilde uygulama sunucusuna iletilmesi gerektiği kaydedilmiştir. Geliştiricinin bu sistemle kullanıcının bilgi ve iletişiminin güvenliğini korumayı amaçladığı not edilmiştir. Raporunda, ByLock kullanıcı hesabı oluşturulurken herhangi bir kişisel bilgi istenmediğini, evrensel benzeri ticari uygulamalar için var olan aksine, herhangi bir kullanıcı hesabı doğrulama sisteminin (SMS, e-posta vb. ile kimlik doğrulama) sağlanmadığını ve böylelikle anonimliği sağlayıp kullanıcılarının tanımlamasını zorlaştırmayı amaçladığı eklenmiştir.

46. Raporunda ayrıca geliştiricinin, bir yetkili tarafından imzalanmış bir SSL sertifikası yerine kendi oluşturduğu bir SSL³ sertifikası kullandığı belirtilmiştir. Rapor, global ve ticari mesajlaşma uygulamalarının, kullanıcı bilgilerinin ve iletişimlerinin güvenliğinin sorumluluğunu bir ücret karşılığında yetkili bir makama bırakmak için genellikle "Yetkili İmzalı SSL Sertifikası" kullandığını kaydetmiştir. Rapor, ByLock uygulamasında ise, geliştiricinin yetkililerin, kullanıcı bilgilerini almasını istemediğinden "yetkili imzalı SSL sertifikası" kullanmamayı tercih ettiğini not etmiştir.

47. Raporunda, sisteme kaydolmanın diğer kayıtlı kullanıcılarla iletişim kurmak için yeterli olmadığı ve tarafların ancak yüz yüze görüşme sırasında veya bir aracı (örneğin, bir haberci veya önceden kayıtlı bir ByLock kullanıcısı) vasıtasıyla elde edilen diğer tarafın kullanıcı adlarını / kodlarını ekledikten sonra iletişime geçebilecekleri belirtilmiştir. Rapor, ek olarak,

² Sanal Özel Ağ, uzak bilgisayarlar arasında doğrudan bağlantı oluşturmaya izin veren bir sistem

³ Bazen dijital sertifikalar olarak da adlandırılan Güvenli Yuva Katmanı (SSL) sertifikaları, çok güçlü şifreleme kullanarak bilgisayar ve sunucu arasındaki bağlantının güvenliğini sağlamaya yardımcı olur.

mesajlaşmanın ancak iki kullanıcı birbirini kontakt olarak ekledikten sonra başlatılabileceğini ve bu nedenle uygulamanın, örgütün "hücre" tipi yapısına uygun iletişime izin verecek şekilde tasarlandığının düşünülmesi gerektiğini ifade etmiştir.

48. Rapor, uygulamanın, sesli arama yapmak, yazılı mesaj ve e-posta göndermek veya almak, uygulama üzerinden dosya aktarmak için başka bir iletişim aracına ihtiyaç duymaksızın kullanıcıların örgütle ilgili haberleşmelerine olanak sağladığını ortaya koymuştur.

49. Raporda, mesajlaşmaların içeriğinin manuel müdahale olmaksızın düzenli aralıklarla cihazdan otomatik olarak silinmesinin, ByLock sisteminin, haberleşmenin güvenliği açısından silinmesi gereken verileri, kullanıcı silmeyi unutsa bile gerekli önlemleri alacak şekilde tasarlandığını gösterdiğini belirtmiştir. Rapora göre, böylelikle, cihaza olası bir soruşturma kapsamında el konulmuş olsa dahi, uygulamada kullanıcı listesine ve uygulama üzerinden geçmiş mesajlara erişim engellenmektedir. Rapor, sunucuya ve haberleşmeye ilişkin verilerin uygulamanın veritabanında şifrelenmiş biçimde saklanması, kullanıcıların kimliğinin tespitini engellemek ve iletişimi güvenli hale getirmek için ek bir önlem olduğunu öngörmektedir.

50. Rapor, ByLock kullanıcılarının kendilerinin de kimliklerini gizlemek için önlemler aldıklarını kaydetmiştir (uzun şifreler kullanmak, uygulamanın Android Store veya App Store yerine manuel olarak indirilmesi, mesajlarda ve kişi listelerinde örgütteki kod adlarının kullanılması).

51. Raporda daha sonra, deşifre edilen içeriklerin neredeyse tamamının örgütün bağlantıları ile FETÖ/PDY'nin üyelerine ve faaliyetlerine ilişkin olduğu ve üyelerin uygulamada örgüte özel jargonu kullandığını belirtilmiştir.

52. Rapor, son olarak, 15 Temmuz 2016 darbe girişiminin ardından ifadeleri alınan bazı şüphelilerin, FETÖ/PDY üyelerinin 2014 yılının başından beri ByLock'u bir iletişim aracı olarak kullandığını belirttiklerini ifade etmiştir.

53. Rapor, yukarıdakilerden hareketle, küresel bir uygulama görünümündeki ByLock'un terör örgütü FETÖ / PDY üyelerinin münhasıran kullanımına yönelik olduğu sonucuna varmaktadır.

2. 2 Nisan 2020 tarihli "Örgüt içi ByLock haberleşme uygulaması analiz raporu"

54. Bu rapor, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının talebi üzerine Emniyet Müdürlüğü birimleri tarafından hazırlanmıştır. Rapor ByLock'un yalnızca

örgüt üyelerinin kullanımına yönelik olarak, kullanıcılarının kimliklerinin saptanmasını önleyecek önlemlerle tasarlanmış, dışarıdan birinin erişemeyeceği ve 'ticari bir amacı olmayan bir iletişim uygulaması olduğu sonucuna varmaktadır.

55. Emniyet müdürlüğü, 22 Mayıs 2020 tarihinde hazırlanan ek raporunda, Cumhuriyet savcısı tarafından sorulan belirli soruları yanıtlamıştır. Raporunda ByLock ile ilgili dijital verilerin korunmasına ilişkin, MİT tarafından sağlanan ham verilerin kopyalarının adli emanette saklandığı belirtilmiştir. İnternet akışlarına (CGNAT) ilişkin verilerle ilgili olarak, bu verilerin uluslararası kayda tabi olması nedeniyle değiştirilemeyeceğini açıklamıştır. Ayrıca rapor, bu noktada herhangi bir bulgu bulunmadığı üzere, hiç kimsenin, yalnızca ByLock'u indirmesi nedeniyle ile ceza soruşturmasına maruz kalmadığını da belirtmiştir.

56. Rapor buna ek olarak, ByLock'tan gelen ham verilerin bir veritabanında ayrı tablolar olarak dosyalandığını açıklamıştır. Rapor bir kullanıcı kimliğiyle ilgili tüm verilerin arayüz üzerinden sistematik olarak elde edildiğini ve soruşturma ve kovuşturma dosyalarına ekli ByLock Sonuçları ve Değerlendirme Raporuna dahil edildiğini söylemektedir. Ham verilerin işlenmeden kullanıcı kimliği bazında kategorileştirilmesinin mümkün görülmediğini ifade etmektedir. (Ayrıştırılmamış) ham verilerin bütünü, ByLock ile bağlantılı diğer şüpheliler hakkında bilgi içerdiğinden, rapor, bir şüpheliye veya avukatına ham verilerin bütünüün verilmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir.

3. 10 Temmuz 2020 tarihli "Bylock uygulaması hakkında uzman görüşü"

57. İstanbul merkezli Adeo Bilişim Danışmanlık Hizmetleri, Türkiye Adalet Bakanlığı tarafından ByLock mesajlaşma uygulaması üzerine teknik uzmanlık sağlamak üzere görevlendirilmiştir. Bu uzman raporu, iki siber güvenlik uzmanı tarafından kaleme alınmıştır ve sonuçları aşağıda ifade edildiği gibidir :

« ... 16. Sonuç ve değerlendirme

ByLock uygulamasına ilişkin yapılan teknik analizler, MİT Raporunda yer alan bilgiler (...), ByLock Analiz Raporunda yer alan bilgiler ve *açık kaynak* istihbarattan elde edilen veriler ışığında elde edilen sonuçlar , aşağıda sunulmuştur.

97. Uygulama mağazalarında yapılan analizler sonucunda ByLock uygulamasının Google Play'de ilk kez 11 Nisan 2014 tarihinde görüldüğü kaydedildi. Bylock uygulamasının v.1.0.8 sürümü 20 Mayıs 2014 tarihinde ortaya çıkmış ve indirme sayısı 5.000'i aşmış, 11 gün sonra (1 Haziran 2014) bu rakamın 10.000'e ulaşmıştır. İndirme sayısının yaklaşık iki buçuk ay sonra (24 Ağustos 2014) 50.000'i aştığı tespit edilmiştir. Son istatistiğin 19 Ocak 2015 tarihli olduğu ve o tarihteki indirme sayısının 100.000'den fazla olduğu kaydedilmiştir. ByLock'un hem Apple IOS platformları için

hem de Google Android platformları için sürümlerinin bulunduğu kaydedilmiştir. Analizler ayrıca belirli bir süre boyunca ByLock'un hem Apple uygulama mağazasında hem de Google Play uygulama mağazasında ücretsiz olarak indirilebileceğini ortaya koymuştur. Ayrıca, ByLock'un Apple ve Google Play mağazalarının yanı sıra diğer web sitelerinden de edinilebileceğini ve Android sürümü için APK paketinin farklı dosya aktarım yöntemleriyle kullanıcılar arasında aktarılabilmesi de göz önünde bulundurulmalıdır. (USB bellek, özel dosya paylaşım siteleri, e-posta gibi vasıtalarla).

98. ByLock uygulaması, Türkiye uygulama mağazası sıralamasında tüm kategorilerdeki uygulamaları kapsayan tüm uygulamalar (genel) listesinde 370. sıraya, kendisinin de ait olduğu sosyal ağlar (social networking) kategori listesinde ise 30. sıraya yükselmeyi başarmıştır. Neredeyse tüm ByLock kullanıcıları Türkiye'den olmuştur. Uygulama mağazalarında bulunduğu dönemde, uygulama normal kullanıcılar tarafından görülmesini sağlayacak bir sıralamaya ulaşamamış, bu nedenle uygulamayı indirmek isteyen bir telefon kullanıcısı tarafından uygulama mağazasının ilk sayfalarında görünmeyen bir uygulamayı indirmek için, uygulamanın adını girerek arama yapması gerekmiştir ve sadece uygulamayı bilen kişiler bunu yapabilmektedir. Buna ek olarak, ByLock'un ortalama bir kullanıcı için diğer mesajlaşma uygulamalarından daha karmaşık bir yapıya sahip olduğu ve açık kaynaklarda uygulamanın kullanma kılavuzunun bulunmadığı tespit edilmiştir. Bu durum, uygulamanın belirli bir kapalı grup tarafından kullanıldığı izlenimini vermiştir.

99. ByLock uygulamasının Apple uygulama mağazasından indirilebildiği süre boyunca App Annie sitesine bırakılan toplam 109 yorumdan bir tanesi Amerika'dan, bir tanesi Almanya'dan ve geri kalan 103 yorumun Türkiye'deki kullanıcılardan geldiği belirtilmektedir. Bu durum kullanıcıların çoğunluğunun Türkiye'den olduğunu göstermiştir.

100. ByLock uygulamasının uygulama mağazasında nasıl yayıldığına dair açıklama ve ekran görüntüsü sensortower.com sitesi vasıtasıyla görüntülenebilir vaziyette olmuştur. Ayrıca aynı site, uygulamanın kullanıcılarının ülkelere göre dağılımını da göstermektedir. Bu dağılım incelendiğinde, uygulama mağazası üzerinden indirilen ByLock uygulamasının kullanıcılarının neredeyse tamamının Türkiye'den olduğu tespit edilmiştir. Aynı şekilde ByLock Analiz Raporu ve MİT Raporu'nda da ByLock'un şifresi çözülen içerikleri incelendikten sonra tüm içeriklerin Türkçe olduğu ve kullanıcıların neredeyse tamamının Türkiye'de olduğu gözlemlenmiştir.

101. (...) Ayrıca, ByLock Analiz Raporu'ndaki şüphelilerin ifadelerinden uygulamanın ağırlıklı olarak Bluetooth üzerinden paylaşıldığı, dağıtıldığı ve telefonlara yüklendiği anlaşılmaktadır. Aynı ifadelerde yer alan bilgiler ışığında, ByLock'un diğer uygulamaların ikonlarını taklit ederek görüntüsünü (ikonununun) değiştirdiği ve Bluetooth aracılığıyla dağıtıldığı da gözlemlenmiştir. Yine zanlıların ifadelerinden ByLock uygulamasının sadece uygulama mağazalarından indirilmediği, Bluetooth üzerinden de yaygın olarak iletildiği ve kullanıldığı kaydedilmiştir.

102. İstatistiksel analizler sırasında uygulamanın kaynak kodları arasında Türkçe ifadeler rastlanmıştır. Bu ifadeler kaynak kodda bulunup uygulama arayüzünde kullanılabilecek dil seçeneklerine ilişkin değildir. Bu, ByLock uygulamasının geliştiricisinin veya geliştiricilerinin Türkçe bildiğini (bildiklerini) göstermektedir.

103. MİT raporunun 52. sayfasındaki "ByLock uygulamasına ilişkin istatistik veriler" başlıklı tablodaki verilere bakıldığında, ByLock kullanıcı sayısını belirlemek için, uygulama kayıtlı kullanıcılara ait 215 092 Kullanıcı ID'si (kullanıcı kimliği) bulunduğu görülmektedir. Bu sayı, uygulamanın kullanıcı sayısını değil, uygulamadaki kayıtlı sayısını temsil etmektedir. (...) Aynı şekilde bir kişi sadece ByLock uygulamasını indirmiş ve kurmuş ancak kullanmamışsa, o kişinin cihazı ByLock sunucusuna bağlanmaz. Bu bilgiler ışığında ByLock kullanıcı sayısının MİT

raporunda belirtilen sayıya yakın olduğu değerlendirilmiştir. ByLock sunucusundan alınan veri tabanı dosyası incelendiğinde, kullanıcıların bu sunucuda oluşturdukları hesaplara ilişkin bilgiler, bu hesapların detayları, gruplar, mesajlaşmalar, erişim logları gibi Bylock'u kullanmış olan kişilerin tespitinde kullanılacak olan birçok veri elde edilmiştir. Bu bağlamda, ByLock kullanıcılarına ilişkin Kullanıcı ID'si değeri, mesajın içeriği ve bu veri tabanından elde edilen ByLock sunucusuna erişim logları ile operatörlerden alınan CGNAT kayıtları eşleştirilerek kullanıcı ID'sinin gerçek kullanıcılarının tespit edilmesi mümkündür.

104. ByLock uygulamasının gelişmiş şifreleme yöntemleri kullandığı ve anonimliği önceleyen bir mesajlaşma uygulaması olduğu bulgusuna erişilmiştir. Tüm mesajların, sunucuda şifreli bir şekilde saklanması, kullanıcıların iletişim kurmak istedikleri kişinin kullanıcı adını bilmeleri ve her iki tarafın da diğerinin kullanıcı adını belirli bir süre içinde bu adrese eklemesinin gerekmesi, iletişim kurmadan önce kullanıcı adlarını ekleme işleminin belirli bir süre içinde gerçekleşmesi zorunluluğu ve telefondaki kişi listesini uygulamaca kullanamama gibi hususlar incelendiğinde bu uygulamanın farklı bir tarzda ve yaygın olarak kullanılan mesajlaşma uygulamalarından farklı amaçlar için tasarlanmış bir uygulama olduğu telakki edilmiştir. Modern ve yaygın olarak kullanılan mesajlaşma uygulamalarının hiçbir kimlik bilgisi olmadan kullanıma izin vermemektedir. Burada bahsedilen kimlik (identity), ilgili uygulamayı kullanması gereken kişiye ait kimliğin (cep telefonu numarası, e-posta vb.) doğrulanması işlemi ile elde edilebilecek bir kimlik anlamına gelmektedir. Ayrıca tüm modern uygulamalar, kullanıcılarının kimliklerinin gizliliğini sağlamak için bir imkân sağlamaktadır. Bu nedenle modern mesajlaşma uygulamalarında kural, bu tür uygulamaların kimliksiz kullanımına izin vermek değil, tarafların rızasına dayalı olarak elde edilen kimlik bilgileri sayesinde ve mesajlaşma uygulamasını kullananların kimliğinin gizliliğini sağlayarak güvenli iletişimin sağlanmasıdır. Bu unsurdan hareketle ByLock'un genel kabul görmüş ilkelerin aksine kimliksiz kullanıma izin verdiği düşünülmektedir. Bu unsur, ByLock'un belirli bir amaç için geliştirildiğini, uygulamanın asıl amacının genel halk için modern bir anlık mesajlaşma uygulaması olmak değil, dijital ayak izi bırakmadan iletişimi sağlayan, deşifre edilmeyi önleyen ve herhangi bir kontrolden ve yargı makamlarından kaçınmaya izin veren bir uygulama olduğunu gösterir.

105. ByLock uygulamasının Türkiye'de ne zaman haberlerde yer aldığını doğrulamak için söz konusu kelimenin [ByLock] Google arama motorundaki arama geçmişi analiz edilmiştir. Bu kapsamda, Türkiye'de 17 Aralık 2013 ile 17 Şubat 2016 tarihleri arasında gerçekleştirilen arama sonuçları, Google'da "ByLock" kelimesinin arama tarih ve sıklıklarına ilişkin istatistiksel veriler edinmek amacıyla Google Trends'ten elde edilmiştir. Edinilen bilgiler ışığında ByLock kelimesine ilişkin Google aramalarının Türkiye'den ilk kez 20 ve 26 Nisan 2014 tarihlerinde yapıldığı, en yüksek arama sıklığının ise 7 ve 13 Eylül 2014 tarihlerinde gerçekleştiği belirlenmiştir. Bu tarihlerden sonra Türkiye'de 17 Şubat 2016 tarihine kadar neredeyse hiç Google araması yapılmadığı gözlemlenmiştir.

106. ByLock sunucusuna erişimi zorlaştırmak için çeşitli telefon uygulamalarında gizli bağlantıların kurulduğu tespit edildi. Yapılan analizler sonucunda "Namaz Vakitleri TR" ve "Kible" adlı iki uygulamanın da ByLock sunucusuyla bağlantı kurduğu tespit edilmiştir. Ayrıca yapılan analizlere göre ByLock'un kullanım akış karakteristiğinin diğer uygulamaların yönlendirme akış özelliğinden farklı olduğu gözlemlenmiştir. CGNAT kayıtları üzerinde yapılacak analizler ile yönlendirme sonucunda hangi kullanıcının istemeden ByLock sunucusuna akış oluşturduğunu belirlemek mümkündür.

107. Ayrıca, ByLock sunucusunun verilerinin elimizde bulunmamasından, Türkiye IP'lerinin yurtdışından VPN ile bağlanmak zorunda bırakmak için Bylock'un geliştiricisi/leri tarafından, sunucuya erişen kişilerin teşhis edilmesini zorlaştırmak

amacıyla bloke edilmesi tezi doğrulanmamıştır. Ancak bu bulguyu güçlendiren MİT Raporu'nun 42. sayfasında yer alan "3.6.2.11" log "tablosu" başlıklı belgeden, sunucuya bağlanan kullanıcıların IP adreslerinin tamamına yakınının Türkiye dışındaki IP adresleri olduğu tespit edilmiştir. Aynı zamanda bu IP adreslerinin çok büyük bir kısmının VPN servis sağlayıcıların kullandığı IP adresleri havuzunda bulunan adresler arasında olduğu gözlemlenmiştir. Ayrıca, uygulamayla ilgili uygulama mağazalarından yapılan kullanıcı yorumları incelendiğinde, uygulamanın kullanımı için belirli bir tarihten itibaren VPN'in zorunlu hale getirildiği tespit edilmiştir. Kullanıcı VPN üzerinden bağlansa dahi, VPN sunucusu ile bağlantısının kesilmesi durumunda sunucuya gerçek IP adresi ile bağlanmaya çalışacak ve bu durumda ByLock sunucusuna bağlanma isteği ilgili İnternet servis sağlayıcısına veya cep telefonu operatörlerinin sistemine kaydedilecektir. Bu nedenle, ByLock'un kullanıcılarını VPN kullanmaya zorladığı tarihten sonra dahi, ByLock sunucularına yapılan bağlantıların kayıtları, ilgili İnternet servis sağlayıcılarının veya mobil operatörlerin sistemlerinde tanımlanabilmekte ve bu kayıtlar ByLock kullanıcılarının kimlik tespiti için kullanılabilir.

108. ByLock uygulamasının geliştiricisi olduğu söylenen "David Keynes" hakkında İnternette bir araştırma yapılmış ancak bu şahısla ilgili herhangi bir bilgiye ulaşılamamıştır. Bu, "David Keynes"ın gerçek bir kişiden ziyade bir takma ad olduğunu gösterir. Hiçbir geliştirici veya ticari kaygısı olan hiçbir uygulama geliştirici ekip, App store'larda bir takma ad altında varlık göstermez. Bu durum alışlagelmiş uygulamaya aykırıdır, ByLock'un ticari amaçla geliştirilmediğini göstermektedir.

(...)

110. Kullanıcı ekleme, mesaj gönderme vb. açıdan, bilinen e-posta programlarından çok farklı isleyen ByLock üzerine kullanıcıların Google'da neredeyse hiç arama yapmamış olması, ByLock uygulamasının belirli bir grup tarafından kullanıldığına ve o grubun uygulamanın nasıl çalıştığına dair ayrıntılı bilgiye sahip olduğuna delalet etmektedir. Ayrıca açık kaynaklarda ByLock'un kullanımına ilişkin ayrıntılı hiçbir bilgi bulunamamakla beraber uygulama geliştiriciler arasında yaygın bir uygulama olan "Sıkça Sorulan Sorular" başlıklı bir belge veya sayfa dahi bulunamamıştır, ne herhangi bir kullanım kılavuzu ne de Türkiye'de en çok kullanıcı etkileşimi olan ve en çok ziyaret edilen sitelerde (ekşi sözlük (<https://eksisozluk.com>), uludağ sözlük (<https://www.uludagsozluk.com>) vb.) 15 Temmuz 2016 tarihinden önce herhangi bir içeriğe ulaşılmıştır. Bu durum ByLock'un belirli bir kapalı grup içerisinde yayıldığını ve o grup tarafından kullanıldığını göstermektedir. "

4. 21 Ağustos 2020 tarihli IntraForensics'in "Teknik raporu"

58. IntraForensics şirketi, Türkiye Adalet Bakanlığı tarafından ByLock mesajlaşma uygulaması hakkında uzmanlık ve teknik rapor sağlamak üzere görevlendirilmiştir. Rapor, IntraForensics şirketinde çalışan bir uzman tarafından hazırlanmıştır. Bu raporda aşağıdaki alanlar incelenmiş ve çalışılmıştır: 1. ByLock'un genel özellikleri; 2. ByLock'u indiren kişilerin menşe ülke analizi, uygulama mağazalarından gelen *kullanıcı yorumları* ve uygulamanın geliştiricisi olarak *gösterilen* kişi hakkında bilgiler; 3. Arama motoru ve cep telefonu *App Store* kayıtlarının analizi ve incelenmesi; 4. ByLock uygulaması ve geliştiricisi hakkında açık kaynaklardaki yorumların ve teknik analizlerin *incelenmesi*; 5. ByLock'un nasıl indirileceği ve kurulacağı hakkında temel bilgiler; 6. ByLock'ta *kaydolma*, arkadaş ekleme ve mesajlaşma işlemlerinin analizi; 7. ByLock kullanılmadığında arka

planda çalışmaya devam ediyor mu? Kullanıcı, diğer mesajlaşma uygulamalarında olduğu gibi uygulamayı açmadan gelen mesajlar ve mesajlar için bildirimleri görebilir mi? ; 8. Uygulamayı VPN olmadan kullanmak mümkün müdür? VPN kullanılacaksa bu işlemin amacı nedir? ; 9. ByLock logosu değiştirilebilir mi? Farklı görünen logonun ByLock'a ait olduğunu uzman görüşü olmadan anlamak mümkün müdür? Bu işlem bir kullanıcı tarafından gerçekleştirilebilir mi?; 10. ByLock'un farklı sürümlerinin kurulumunun analizi ve statik analizlerin performansı; 11. ByLock ve benzeri mesajlaşma uygulamaları arasındaki farklar.

59. IntaForensics, ByLock uygulamasının analizini iki kısımda gerçekleştirmiştir: açık kaynak ve teknik. Açık kaynak analizinden, Türkiye'de bunun en popüler uygulama olduğu ve uygulama geliştiricisinin büyük olasılıkla bir takma ad olan "David Keynes" adını kullandığı sonucuna varmıştır. Şirkete göre, uygulamanın teknik analizi, ByLock ve diğer benzer mesajlaşma uygulamaları arasında işlevsellik, kullanım ve destek açısından birkaç önemli farkı gözler önüne sermektedir.

60. Raporun sonuçları aşağıdaki gibidir:

"5. Sonuçlar

Yapılan analize dayanarak, aşağıdaki sonuçlar çıkarılabilir:

1. ByLock uygulaması dünya çapındaki uygulama mağazalarında yayınlanırken, uygulamaya yönelik ilgi her yönüyle Türkiye ile sınırlıydı.
2. Türkçenin kaynak kodunda mevcut bulunması bu görüşü pekiştirmektedir.
3. Uygulama mağazalarında, ByLock uygulamasının kendisinden ve diğer açık kaynaklardan toplanan bilgiler, ByLock'un geliştiricisinin "David Keynes" olduğunu göstermektedir. Yapılan analize göre, "David Keynes" in bir takma ad olduğu ve uygulamanın geliştiricisinin gerçek kimliği olmadığı çok muhtemeldir.
4. ByLock uygulaması güvenli bir mesajlaşma platformu olarak tanıtılmıştır, ancak güvenliğine öncelik veren diğer uygulamalarla karşılaştırıldığında, dikkate değer farklılıklar gözlemlenmiştir:
 - a. Telefon numarası veya e-posta adresi bilgisi verme hususunda hiçbir zorunluluk yoktur.
 - b. Hiçbir şekilde telefon rehberine erişme veya diğer kullanıcıları arama mümkün değildir, iletişim bilgileri (kullanıcı adı ve diğer bilgiler) başka yollarla paylaşılmak zorundadır.
 - c. Uygulama aktif olarak kullanımda olmadığı sürece uygulama için bildirim gelmemektedir.
5. Uygulamalar işlevsellikleri arasındaki fark göz önünde bulundurulduğunda ByLock için güvenlik kadar anonimliğin de uygulamanın birincil amacı olduğu görülmektedir.
6. Uygulamanın tanıtımının yapılmaması, sitede SSS (sıkça sorulan sorular) sayfası veya kullanım kılavuzu gibi destek hizmetlerinin sunulmaması ve uygulamanın en

çok kullanıldığı bölgedeki (Türkiye) kullanıcılar için VPN kullanımının gerekli olması, uygulamanın ve geliştiricinin ticari bir kaygı gütmeye, yani aktif olarak kullanıcı sayısını artırmayı veya uygulamayı karlı hale getirmeyi amaçlamadıklarını gösterir.

7. Bu nedenle, ByLock uygulamasının diğer anlık mesajlaşma uygulamalarından farklı olarak ticari bir başarı amaçlamadığı sonucuna erişilmiştir. İşlevi kullanıcılarının teşhisini kısıtladığından, açıkça sınırlı bir kullanıcı grubuna hizmet etmek üzere tasarlandığı anlaşılmaktadır. "

III. İLGİLİ YASAL ÇERÇEVE VE YEREL UYGULAMA

A. Ceza Kanunu, Ceza Muhakemesi Kanunu ve Terörle Mücadele Kanunu

61. Terör örgütü üyeliği suçunu cezalandıran Ceza Kanunu'nun 314 §§ 1 ve 2. maddesi şöyledir:

«1. Bu kısmın dördüncü ve beşinci bölümlerinde yer alan suçları işlemek amacıyla, silahlı örgüt kuran veya yöneten kişi, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

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

62. 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 1. maddesi terör eylemini şu şekilde tanımlamaktadır:

« Terör; cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir.(...) »

63. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun ("CMK") tutuklama nedenlerine ilişkin 100. maddesi şu şekildedir:

« 1. Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir. İşin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemez.

2. Aşağıdaki hallerde bir tutuklama nedeni varsayılabilir:

a) Şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olgular varsa.

b) Şüpheli veya sanığın davranışları;

1. Delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme,

2. Tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma (...)»

CMK'nın 100 § 3 maddesinde listelenen belirli suçlar için ("katalog" suçlar olarak adlandırılan), tutuklama nedenlerinin varlığına ilişkin yasal bir karine vardır.

CMK'nın 101. maddesi, soruşturma aşamasında savcının talebi üzerine sulh ceza hakimliği tarafından ve yargılama aşamasında yetkili mahkeme tarafından re'sen veya savcının talebi üzerine tutuklama kararı verilmesini öngörmektedir. Tutukluluk kararı verilmesine ve tutuklamanın devamına ilişkin kararlar, başka bir sulh ceza hakimi veya başka bir mahkeme önünde temyiz edilebilir. Buna ilişkin kararlar hukuken ve fiilen gerekçelendirilmelidir.

64. Tutukluluğun incelenmesine ilişkin CMK'nın 108. maddesi aşağıdaki şekildedir:

« 1. Soruşturma evresinde şüphelinin tutukevinde bulunduğu süre içinde ve en geç otuzar günlük süreler itibarıyla tutukluluk hâlinin devamının gerekip gerekmeyeceği hususunda, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından 100 üncü madde hükümleri göz önünde bulundurularak, şüpheli veya müdafii dinlenilmek suretiyle karar verilir.

2. Tutukluluk durumunun incelenmesi, yukarıdaki fıkrada öngörülen süre içinde şüpheli tarafından da istenebilir.

3. Hâkim veya mahkeme, tutukevinde bulunan sanığın tutukluluk hâlinin devamının gerekip gerekmeyeceğine her oturumda veya koşullar gerektirdiğinde oturumlar arasında ya da birinci fıkrada öngörülen süre içinde de re'sen karar verir. »

65. CMK'nın 141 § 1 maddesinin ilgili bölümleri şu şekildedir:

« a. Kanunlarda belirtilen koşullar dışında yakalanan, tutuklanan veya tutukluluğunun devamına karar verilen,

(...)

d. Kanuna uygun olarak tutuklandığı hâlde makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmayan ve bu süre içinde hakkında hüküm verilmeyen (...) »

B. İlgili yargısal içtihat

1. Yargıtay içtihatı

66. 24 Nisan 2017 (E.2015/3 K.2017/3) tarihli bir öncü kararda, Yargıtay 16. Ceza Dairesi ("16. Ceza Dairesi"), ilk derece mahkemesi olarak iki hakime ilişkin FETÖ/PDY üyeliği ve görevi kötüye kullanma suçlarından iki mahkumiyet kararı vermiştir. Bu karara varmak için, diğer şeylerin yanı

sıra, ilgili kişilerin ByLock mesajlaşma uygulamasını kullanmasına dayanmış ve şunları ifade etmiştir.

67. 16. Ceza Dairesi, 2937 sayılı MİT Kanunu'nun 4 (i) maddesine göre bu teşkilatın terörle mücadele çerçevesinde istihbarat, bilgi ve verileri toplamak, depolamak ve analiz etmek ve bunları ilgili makamlara iletmekten oluşan bir işlev ve idari sorumluluğa sahip olduğunu hatırlatmıştır. MİT'in bu sıfatla ByLock sunucularının verilerini ve IP (İnternet Protokolü) adreslerini aldığını ve daha sonra hazırladığı dijital delilleri ve teknik analiz raporunu Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'na ve Emniyet Genel Müdürlüğü'ne ilettiğini açıklamıştır. Bu unsurların Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'na iletilmesinden sonra, Cumhuriyet savcısı tarafından birtakım soruşturma işlemleri yürütüldüğünü kaydetmiştir: bunun üzerine 9 Aralık 2016'da Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı, Ankara 4.Sulh Ceza Hakimliği'ne CMK'nın 134. maddesi uyarınca, MİT tarafından gönderilen hard disk ve hafıza anahtarı üzerinde analizler yapmak, iki nüshasını çıkarmak ve transkripsiyonunu yapmak için yetkilendirme talebi göndermiştir; aynı şekilde, 16 Aralık 2016'da Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı, Emniyet Genel Müdürlüğü'nden kararlaştırılan soruşturma işlemlerinin yürütülmesini istemiş, bunun üzerine Emniyet Genel Müdürlüğü'nün Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele Dairesi ("KOM") 18 Şubat 2017'de ByLock ile ilgili raporunu hazırlayan kendi bünyesinde uzmanlardan oluşan bir ekip oluşturmuştur.

68. 18 Şubat 2017 tarihli bilirkişi raporu ve MİT de dahil olmak üzere çeşitli kurumlardan ilgili teknik alanlara ilişkin talep edilen bilgi notları ışığında 16. Ceza Dairesi, ByLock'un özelliklerini şöyle açıklamıştır: uygulama anlık mesaj ve e-posta göndermek, haber grupları oluşturmak, sesli arama yapmak ve dosya paylaşmak için şifreli bir mesajlaşma uygulamasıdır; uygulamanın 215.092 kullanıcısı ve 31.886 mesaj grubu vardır ve 17 milyondan fazla mesaj ve 3 milyondan fazla e-posta alışverişi yapılmıştır.

69. Daha sonra i) uygulamanın mahiyetini, (ii) uygulamanın ticari amaçlı olup olmadığının belirlenmesinde uygun gördüğü unsurları, (iii) kullanıcı profili, şifresi çözülen mesajların içeriği ve bu uygulamaya erişim yollarını, (iv) sistemin kullanımına ilişkin kural ve prosedürleri, (v) ve üçüncü şahısların sisteme girme ve kullanma olasılığını açıklamıştır.

70. 16. Ceza Dairesi, ByLock uygulamasının her gönderi için farklı bir şifreleme anahtarı ile güçlü bir şifrelemeye sahip olduğunu ve asimetrik şifreleme algoritmaları (açık ve özel anahtar) kullandığını kaydetmiştir. Yargıtay'a göre, ByLock, yalnızca örgüt üyeleri tarafından kullanılmak üzere özel olarak tasarlanmış ve özel bir şifreleme yöntemi kullanılarak, teşhir riski olmadan birbirleriyle iletişim kurmalarına izin vermiştir.

71. 16. Ceza Dairesi, ByLock uygulamasının, 2014 yılının başından itibaren Google Play veya Apple Store'dan herkes tarafından ücretsiz olarak ve daha sonra bir taşınabilir bellekten veya bir üye tarafından sağlanan bir hafıza kartından veya o üye ile Bluetooth bağlantısı sağlanarak indirilebileceğini kaydetmiştir.

72. 16. Ceza Dairesi, bir kullanıcı hesabı oluştururken yalnızca kullanıcı adı ve şifre gerektiğini kaydetmiştir. Ayrıca ByLock'u kullanmanın özel bir konfigürasyon gerektirdiğini ve uygulamayı indirip tek başına bir hesap oluşturmanın yeni kullanıcının diğer kayıtlı kullanıcılarla iletişim kurmasına izin vermediğini de kaydetmiştir: iletişim kurmak için, başka bir kullanıcıyla iletişim kurmak isteyen kullanıcının kimliğini bu kullanıcıya iletmesi ve bu kullanıcının da diğer kullanıcıya aynı şekilde bilgilerini iletmesi gereklidir.

73. 16. Ceza Dairesi, ByLock üzerinden iletişimin, diğer mesajlaşma uygulamalarından farklı olarak, ancak kullanıcının muhatabına ilişkin bilgileri bilmesi ve muhatabının da kullanıcının bilgilerini bilmesi durumunda gerçekleşebileceğinin altını çizerek, hücre benzeri yapılanması olan terör örgütünün amaçlarına uygun bir şekilde iletişimin kurulmasını sağladığının altını çizmiştir. Ayrıca, muhatabın cep telefonu numarası veya adı ve soyadı aracılığıyla, kişinin irtibatlı kişiler arasına eklenmesine izin verilmediğini, kullanıcı kimliğinin iletmesinin elzem olduğunu; klasik uygulamalarla mümkün olan telefon rehberi listesinin mesajlaşma sistemi ile senkronizasyonunun ByLock'ta olmadığını; ve bu nedenle, bu uygulama herkes tarafından kullanılmayacağını ifade etmiştir.

74. 16. Ceza Dairesi ayrıca, kullanıcıların neredeyse tamamının FETÖ/PDY ile ilgili soruşturma veya kovuşturmaya konu olan kişiler olduğunu ve paylaşımların tamamına yakınının bu örgüte özgü jargonu içerdiğini, örgütün temas ve faaliyetleriyle ilgili olduğunu kaydetmiştir (toplantı yerlerinin değiştirilmesi, polis operasyonlarına ilişkin uyarılar, örgüt mensuplarının saklanabilecekleri yerlerin sağlanması, örgüt mensuplarının yurt dışına sızması organizasyonu, bağış toplama organizasyonu, görevden uzaklaştırılan veya ihraç edilen üyeler yararına bağış yapılması, Fetullah Gülen'in talimat ve görüşlerinin paylaşılması ve övülmesi, örgüt üyelerini motive eden metinlerin paylaşılması, Türkiye'yi terörü destekleyen bir ülke olarak tanıtmayı amaçlayan ve katılım talep eden internet bağlantılarının ve bu sitelerdeki anketlerin VPN aracılığıyla (Sanal Özel Ağ, uzak bilgisayarlar arasında doğrudan bağlantı oluşturmamı sağlayan sistem) paylaşılması, FETÖ/PDY aleyhine yürütülen soruşturma ve kovuşturma çerçevesinde şüpheli veya sanıkların serbest bırakılması amacıyla FETÖ/PDY ile bağlantılı olarak yargılanan kişilerin yargılandığı davalarda görevli hakimlere örgüt liderlerinin verdiği talimat ve bu kişilere avukat bulunması

polis operasyonları tarafından hedef alınan veya maskesi düşürülen örgüt üyeleri hakkında bilgi paylaşımı, polis operasyonları tarafından hedef alınması muhtemel yerlerden kaçınma talimatları, FETÖ/PDY'ye muhalif görüş bildiren veya buna karşı mücadele eden memurların listelenmesi, araştırmaya konu olabilecek yerlerde önemli dijital verilerin temizlenmesine yönelik talimatlar; üyelere dikkatli olmaları, kod adları kullanmaları ve örgütsel faaliyetlerini ByLock dışında herhangi bir ortamda konuşmamaları yönünde tavsiyeler; ByLock'un şifresinin çözülmesinden sonra, kullanımının durdurulması ve iletişimin diğer alternatif mesajlaşma servislerine aktarılması talepleri ve bu amaçla kimlik ve erişim kodlarının paylaşılması, örgüt üyesi bireylerin savunmasında kullanılacak yasal metinlerin hazırlanması).

75. 16. Ceza Dairesi, ByLock mesajlaşmalarındaki paylaşımların belirli bir süre sonra manuel müdahaleye gerek kalmadan otomatik olarak silindiğini, böylece yazışmaların geçmişine dair hiçbir iz tutulmadığını ve bu mesajlaşmanın, bir soruşturma veya ceza yargılaması bağlamında bir cihaza el konulması durumunda, yazışmaların geçmiş verilerine erişimi engellemek için tasarlandığını da kaydetmiştir.

76. 16. Ceza Dairesi, ByLock'un 46.166.160.137 IP adresli sunucuyu kullandığını; sunucu yöneticisinin, kullanıcıları tanımlamayı zorlaştırmak için sekiz IP adresi daha eklediğini; sunucunun Litvanya'da yerleşik "Baltic Servers" şirketinden kiralandığını ve kiranın anonim bir ödeme yöntemi (Paysera) üzerinden ödendiğini ortaya çıkarmıştır.

77. 16. Ceza Dairesi, paylaşımların içeriğinin örgütün gizliliğe verdiği önemi açıkça gösterdiğini ve üyelerinin yurt dışından bir bağlantı gibi görünmek ve onları tanımlamayı imkansız kılmak için IP adreslerini maskelemek için VPN kullandıklarından, mesajlaşma uygulamasının yazılımının bunu doğruladığını ifade etmiştir.

78. 16. Ceza Dairesi, mesajlaşma sisteminin kaynak kodlarının Türkçe kelimeler kullandığını ve kullanıcı adlarının, grup adlarının ve kodların yanı sıra hemen hemen tüm paylaşımların içeriğinin de bu dilde olduğunu; mesaj gruplarının isimleri ve kullanıcı profilleri için FETÖ/PDY jargonunda belirli terimlerin kullanıldığını; internetteki ByLock ile ilgili araştırmaların neredeyse tamamının Türkiye'de yapıldığını ve bu uygulamaya ilişkin internet ortamında yer alan bilgilerin, örgüt lehine yayınlar yapan anonim hesaplardan yayımlandığını gözlemlemiştir.

79. Son olarak 16. Ceza Dairesi, darbe girişimi sonrası tutuklananların ifadelerine göre ByLock'un 2014 yılından bu yana FETÖ/PDY üyeleri tarafından bir iletişim aracı olarak kullanıldığını kaydetmiştir.

80. Bu unsurlar ışığında 16. Ceza Dairesi, aslında ByLock'un, evrensel mesajlaşma kisvesi altında, sadece silahlı terör örgütü FETÖ/PDY

mensuplarının kullanımına yönelik bir mesajlaşma sistemi olduğu kanaatine varmıştır.

81. 16. Ceza Dairesi, iki sanığın ByLock'a sırasıyla 459 ve 405 kez giriş yaptığını tespit ettikten sonra şu sonuca varmıştır:

« ByLock haberleşme sisteminde, bağlantı tarihini, bağlantının kurulduğu IP adresini, belirli bir zaman dilimindeki bağlantı sayısını, iletişimin gerçekleştirildiği kişileri ve iletişimin içeriğini belirlemek mümkündür. Bağlantı tarihi, bağlantı IP adresinin bulunması ve belirli bir zaman dilimindeki bağlantı sayısının kurulması, kişinin özel bir iletişim sisteminin parçası olduğunun tespiti için yeterlidir. İletişimin yapıldığı kişiler ve bu iletişimlerin içeriğinin tespiti, kişinin yapı (terör örgütü) içindeki yerinin belirlenmesinde faydalı olabilecek bilgilerdir. Başka bir deyişle, kişinin örgüt hiyerarşisindeki (örgüt lideri/örgüt üyesi) sıralamasını belirlemeye olanak sağlayan bilgilerdir.

ByLock iletişim sisteminin silahlı terör örgütü FETÖ/PDY mensupları tarafından kullanılmak üzere oluşturulduğu ve sadece bu suç örgütü mensupları tarafından kullanılan bir ağ olduğu somut delillerle sabit olmak kaydıyla, bu ağın üyesi olan sanıkların ağdaki başka bir kişiyle iletişim kurmuş olması gerekli değildir.

ByLock iletişim sisteminin, yukarıda açıklanan somut delillerle de gösterildiği üzere, silahlı terör örgütü FETÖ/PDY mensuplarının kullanımına yönelik tasarlanmış ve sadece bu suç örgütünün belirli üyeleri tarafından kullanılan bir ağ olması, örgütün talimatları üzerine bu ağa üye olur olmaz ve gizliliği koruyarak iletişim kurmak için kullanımı şüphesiz tam bir kanaat uyandırmaya izin veren teknik verilerle kaydedilir, böyle bir gözlem kişinin örgütle bağlantısının kanıtını getirir.

Bu itibarla sanığın, ağın özelliğini bilerek (...) sisteme kod ile erişildiği bir dönemde, çok kez sistemi kullandığı tespit edilmiştir. »

82. Yargıtay Ceza Genel Kurulu ise 26 Eylül 2017 tarihli bir kararla 16. Ceza Dairesi'nin kararını onamıştır.

2. Anayasa Mahkemesi Kararları

a) Aydın Yavuz ve diğerleri kararı (Başvuru no. 2016/22169, 20 Haziran 2017)

83. *Aydın Yavuz ve diğerleri* kararında Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu oybirliğiyle kabul edilemezlik kararı vermiştir. Mahkeme, başvuru sahiplerinin kendilerine isnat edilen suçu işlediklerinden, yani anayasal düzeni yıkmaya çalıştıklarından şüphelenmek için makul gerekçelerin olup olmadığını incelemiştir. ByLock uygulamasının özellikleri dikkate alındığında, bir kişi tarafından uygulamanın kullanılmasının soruşturma makamları tarafından o kişi ile FETÖ/PDY arasında bir bağlantının varlığının bir göstergesi olarak değerlendirilebileceğine karar vermiştir. Bu delilin derecesinin söz konusu kişi tarafından bu uygulamanın fiili kullanımı, kullanım şekli ve sıklığı, irtibatların FETÖ/PDY içindeki yeri ve önemi ve bu uygulama üzerinden atılan mesajların içeriği gibi faktörlere bağlı olarak her durumda değişebileceğini değerlendirmiştir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi'ne göre bu mesajlaşma sisteminin özellikleri göz önüne

alındığında (yukarıda 68-81. paragraflar), soruşturma makamlarının veya tutuklamaya karar veren mahkemelerin, bu uygulamanın kullanılmasının darbe girişimi ve FETÖ/PDY ile bağlantılı olarak yürütülen soruşturmalar kapsamında suçun işlendiğine dair "güçlü delil" olarak değerlendirilebileceğini kabul ettiklerinde, asılsız ve keyfi gerekçe gösterdikleri sonucuna varılamaz.

84. Bu son noktaya ilişkin, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay'ın 24 Nisan 2017 tarihli kararı ile Kayseri Ağır Ceza Mahkemesi'nin 19 Ocak 2017 tarihli kararında yer alan ilgili ifadeyi esas alarak ByLock'un özelliklerini tanımlamıştır. Bu özellikleri şöyle özetlemiştir:

- Uygulama 215.000'den fazla kişi tarafından online iletişim için kullanılmış, binlerce mesaj grubu oluşturulmuş ve milyonlarca mesaj ve e-posta alışverişi yapılmıştır;

- Uygulama, gönderilen her mesaj için farklı bir şifreleme anahtarı ile şifrelemeye izin verecek şekilde tasarlanmış güçlü bir şifreleme sistemine sahiptir;

- Uygulamanın faaliyetiyle ilgili ödemeler (bir sunucunun ve bir IP adresinin kiralanması gibi) anonim olarak gerçekleştirilmiştir; uygulamanın geliştiricisinin önceki faaliyetleriyle ilgili herhangi bir profesyonel referansı yoktur ve uygulamanın ticari tanıtımı yapılmamıştır; bu nedenle, uygulamanın kullanıcı sayısını artırmak veya kendisine ticari değer kazandırmak amacı yoktur; sonuç olarak, bu uygulama kurumsal veya ticari nitelikte değildir;

- Uygulamanın kaynak kodu, Türkçe dilinde belirli ifadeler içermektedir; ayrıca, bu uygulama aracılığıyla gönderilen/alınan mesajların şifresi çözülmüş içeriklerinin neredeyse tamamı ile kullanıcı adlarının, grup adlarının ve şifrelerin çoğu bu dildedir;

- Türkiye'den uygulamaya erişen kullanıcılar, kimliklerini ve iletişimlerini gizlemek için VPN üzerinden uygulamaya erişmek mecburiyetinde kalmışlardır;

- ByLock ile ilgili hemen hemen tüm internet aramaları Türkiye'den yapılmış ve uygulamaya Türkiye IP adreslerinden erişimin engellenmesiyle birlikte aramalarda gözle görülür bir artış gözlemlenmiştir;

- FETÖ/PDY lehine yayınlar yapan anonim hesaplar ByLock'a ilişkin bilgileri internette yaymışlardır;

- çok sayıda kullanıcı tarafından kullanılsa da, ByLock, darbe girişimi öncesinde Türkiye'de ve yurtdışında kamuoyuna mal olmamıştır;

- Uygulamayı bir akıllı telefona indirdikten sonra, bu uygulamayı kullanmak için bir kullanıcı adı/kodu ve güçlü bir kriptografik şifre oluşturmak gerekmektedir; daha sonra, tüm bu bilgilerin, uygulamanın sunucusuna şifreli bir şekilde iletilmesi gerekmektedir; bu uygulama, bu nedenle, kullanıcının bilgi ve iletişim güvenliğinin maksimum düzeyde korunmasını amaçlamıştır;

- Kullanıcıların kimliğinin tespit edilmesini zorlaştırmak için, ByLock kullanıcı hesabı oluşturulurken herhangi bir kişisel bilgi talep edilmemiş ve global ve benzeri ticari uygulamalar için var olanlardan farklı olarak doğrulama sistemi kullanıcı hesabı (SMS, e-posta vb. ile doğrulama) öngörülmemiştir;

- Sadece bir hesap oluşturmak, sistemde kayıtlı diğer kullanıcılarla iletişime izin vermemiş; taraflar ancak yüz yüze görüşme sırasında elde edilen veya bir aracı (örneğin, bir ulak veya halihazırda kayıtlı bir ByLock kullanıcısı) aracılığıyla iletilen diğer tarafın kullanıcı adlarını/kodlarını ekledikten sonra birbirleriyle iletişime geçebilmiş; mesajlaşma ancak her iki kullanıcı da birbirini kişi olarak ekledikten sonra başlatılabilmiş; uygulama, örgütün "hücre" tipi yapısına uyarlanmış iletişime izin verecek şekilde tasarlanmıştır;

- Uygulama üzerinden sesli arama, yazılı mesaj ve e-posta gönderip alma, dosya aktarımları yapılabilmiş, bu sayede kullanıcıların kurumla bağlantılı iletişimlerini başka bir iletişim aracına ihtiyaç duymadan gerçekleştirebilmeleri sağlanmıştır; ByLock aracılığıyla tüm iletişimlerin alışverişi, uygulama yöneticisinin sistemdeki mesaj gruplarını ve içeriğini izlemesine ve kontrol etmesine de izin vermiştir;

- ByLock üzerinden gönderilen/alınan mesajlar belirli bir süre geçtikten sonra kullanımda olan cihazdan manuel müdahaleye gerek kalmadan otomatik olarak silinmiş; ByLock sistemi, iletişim güvenliği için kullanıcı silinmesi gereken verileri silmeyi unutsa bile, gerekli önlemler alınacak şekilde tasarlanmıştır; bu nedenle, cihaz bir soruşturma kapsamında ele geçirilse bile, uygulamanın kullanıcı listesine ve uygulama üzerinden geçmiş mesajlara erişim engellenmiştir;

- Sunucu ve iletişim verileri, kullanıcı kimliğini önlemek ve iletişimi güvence altına almak için ek bir önlem olan uygulama veritabanında şifreli olarak saklanmıştır;

- ByLock kullanıcıları da kimliklerini gizlemek için bazı önlemler almışlar; bunun için mesajlarında ve kişi listelerinde örgüt içindeki kod adlarını, uzun şifreler kullanmışlar;
- Uygulama 2014 yılının başında herkes tarafından indirilebilirken, daha sonra kullanımı ancak kullanıcıların cihazlarına manuel olarak indirildikten sonra kullanılması mümkün hale gelmiştir;
- Bu uygulama aracılığıyla gönderilen/alınan mesajların şifresi çözülmüş içeriklerinin neredeyse tümü, örgütün bağlantıları ve FETÖ/PDY üyelerinin faaliyetleri ile ilgilidir;
- Mesajlaşma gruplarının isimleri, organizasyon tarafından sıklıkla kullanılan organizasyonun spesifik jargonu ve "hücre" tipi yapısı ile tutarlıdır;
- 15 Temmuz 2016 darbe girişiminin ardından ifadesi alınan bazı şüpheliler, ByLock'un 2014 yılı başından itibaren FETÖ/PDY üyeleri tarafından bir iletişim aracı olarak kullanıldığını belirtmiştir.

85. Anayasa Mahkemesi, başvuruçuların tutukluluk halleri sırasında ileri sürülen tutuklama gerekçeleri ve bu tedbirin orantılılığı konusunu ele alarak incelemesine devam etmiştir. İlk olarak, örgütlü suçlarla ilgili soruşturmalara benzer şekilde, yetkililerin terör suçlarıyla ilgili soruşturmaları yürütürken karşılaştıkları zorlukların altını çizmiş ve Sözleşmeciler Devletlerin polis makamlarının örgütlü suçla yeterli tedbirlerle mücadelede özgürlük ve güvenlik hakkının aşırı güçlük çekmesine neden olacak şekilde yorumlanmaması gerektiğini değerlendirmiştir. Davanın genel bağlamı ile ilgili olarak, darbe girişimi sırasında yaşanan ciddi olayların uyandırdığı bir korku hissinin, darbe girişiminin faili olarak nitelendirilen FETÖ/PDY'nin yapısının karmaşıklığının, bu örgütün yarattığı tehdidin, darbe girişimiyle bağlantılı olarak ülke genelinde çok sayıda suçun işlenmiş olmasının ve çoğunluğu üst düzey görevlerde bulunan FETÖ/PDY ile bağlantısı olduğundan şüphelenilen on binlerce memurun derhal soruşturulması ihtiyacının varlığına dikkat çekmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre, bu unsurlar bir bütün olarak değerlendirildiğinde, FETÖ/PDY ile ilgili soruşturmaları güvenle yürütmek ve iyi koşullarda delil toplamak için tutuklama dışındaki tedbirler yetersiz kalabilecektir. Anayasa Mahkemesi ayrıca FETÖ/PDY üyelerinin darbe girişimi sırasında veya sonrasında yaşanan kaostan istifade ederek kaçma ve delilleri karartma riskinin normal zamanlarda işlenen suçlara göre çok daha yüksek olduğuna karar vermiştir. FETÖ/PDY'nin 150'den fazla ülkede faaliyet gösterdiği

hemen hemen tüm kamu kurumlarına entegre olduğunu ve bu sayede üyelerinin yurtdışına kaçmalarını ve orada kalmalarını büyük ölçüde kolaylaştırabileceğini ifade etmiştir. Kararında, bu bağlamda önemli sayıda şüphelinin yurtdışına kaçışına atıfta bulunmuştur. Son olarak, genel bağlamın açıkça otomatik tutuklamayı haklı çıkarmayacağını altını çizmiş ve FETÖ/PDY ile bağlantılı olarak yargılananların yaklaşık üçte biri için yetkililerin tutukluluk tedbirine başvurduğunu gösteren Adalet Bakanlığı tarafından sağlanan verileri doğrulamaya özen göstermiştir.

b) M.T. (başvuru no. 2018/10424) ve Ferhat Kara kararı (başvuru no. 2018/15231), her ikisi de 4 Haziran 2020'de karar verilmiştir

86. 4 Haziran 2020 tarihinde toplanan Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu, oybirliğiyle kabul edilemezlik kararı ve emsal karar vermiştir.

87. M.T. kararına ilişkin dava, esas olarak ByLock şifreli mesajlaşma kullandığı için FETÖ/PDY üyesi olduğundan şüphelenilen davacının tutukluluğuna ilişkindir. Anayasa Mahkemesi, iddia edilen suçu işlediğinden şüphelenmek için makul nedenlerin bulunmadığı gerekçesiyle başvurucu tarafından yapılan şikayetin açıkça dayanaktan yoksun olduğunu tespit etmiştir.

Öncelikle FETÖ'nün faaliyetlerini ve özelliklerini kısaca anlatmıştır. Fetullah Gülen'in kurduğu bir yapı olduğunu ve son yıllara kadar farklı isimlerle anılan dini bir hareket olarak değerlendirildiğini açıklamıştır.

88. Anayasa Mahkemesi, söz konusu yapının özellikle kamu kurumlarında kendi ağını ördüğünü ve aynı zamanda başta eğitim ve dini olmak üzere sosyal, kültürel ve ekonomik alanlarda yasal faaliyetlerde bulunduğunu gözlemlemiştir. Bu faaliyetler çerçevesinde yapının dersane (sınav hazırlık merkezleri), özel eğitim kurumlarının yanı sıra dernekler, vakıflar, birlikler, ticaret odaları, finans kuruluşları, gazeteler, dergiler, televizyon ve radyo kanalları, internet siteleri ve hastaneleri kontrol ettiğini ve işlettiğini ve böylece sivil toplumda önemli bir aktör haline geldiğini sözlerine eklemiştir.

89. Anayasa Mahkemesi, çalışma şekli ve faaliyetleri toplumda tartışma konusu olan bu yapıyla ilgili olarak 2013 yılından sonra çok sayıda soruşturma ve kovuşturma yapıldığını belirtmiştir. Bu çerçevede, bu yapının üyelerinin, bu yapının izlediği hedefler doğrultusunda hareket ederek delillerin yok edilmesi, kamu kurumlarının ve üst düzey yetkililerin telefonlarının dinlenmesi, devlet istihbarat faaliyetlerinin ifşa edilmesi ve kamu hizmeti giriş sınavı sorularını üyelerine dağıtmak gibi eylemlere giriştiklerini kaydetmiştir. Yüzlerce kişinin bu şekilde yakalandığını ve tutuklandığını; daha sonra, diğer şeylerin yanı sıra, silahlı terör örgütü

kuruculuğu, yönetimi veya üyeliği, hükümeti devirmeye teşebbüs etmek ve hükümetin işleyişini bozmak suçlarından kovuşturma açıldığını kaydetmiştir. Söz konusu soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin yürütülmesi sırasında, yetkililer bu yapıyı "Fetullahçı Terör Örgütü" ve/veya "Paralel Devlet Yapısı" olarak nitelendirmiştir.

90. Anayasa Mahkemesi, bu bağlamda, kamuoyunda geniş tartışmalara yol açan çok sayıda soruşturmanın aslında kamu kurumlarını ve özellikle silahlı kuvvetleri, bu yapının üyesi olmayan ajanları ve örgütün sivil toplumdaki çıkarlarına aykırı hareket ettiğinden şüphelenilenleri etkisiz hale getirme amacını taşıdığına iddia edildiğini belirtmiştir. Söz konusu usulsüzlükleri işaret ettiğini ve ihlal kararı verdiğini hatırlatmıştır.

91. Anayasa Mahkemesi, FETÖ/PDY üyesi olduğu iddia edilen polis ve hakimler tarafından, siyasiler, yakınları ve kamuoyunca tanınan iş adamları hakkında yolsuzluk iddiasıyla soruşturma yürütüldüğünü kaydetmiştir. Kamuoyu tarafından bilinen bu operasyonlar (örneğin 17 ve 25 Aralık 2013 tarihli soruşturmalar), yargı makamlarının yanı sıra kamu yetkilileri tarafından FETÖ/PDY'nin hükümeti devirmeyi amaçlayan örgütsel bir soruşturma faaliyeti olarak değerlendirilmiştir.

92. Anayasa Mahkemesi ayrıca 1 ve 19 Ocak 2014 tarihlerinde MİT'e ait tırların FETÖ/PDY üyesi olduğu iddia edilen kolluk kuvvetleri tarafından bu yapıyla bağlantılı olduğu tahmin edilen Cumhuriyet savcılarının verdiği talimat doğrultusunda durdurulup ve arandığını ifade etmiştir. Kamu makamlarının yanı sıra soruşturma ve yargı makamlarının, istihbari araçlara müdahale ve aramayı, hükümet üyelerini yargı önüne çıkarmak amacıyla devletin terör örgütlerine yardım götürdüğü fikrini kamuoyuna yerleştirmeyi amaçlayan örgütsel bir faaliyet olarak gördüklerini de sözlerine eklemiştir.

93. Anayasa Mahkemesi, 6 Haziran 2016'da Ankara Başsavcılığının Fetullah Gülen ve yetmiş iki örgüt liderini silahlı terör örgütü kurmak ve hükümeti devirmeye teşebbüs etmekle suçladığını belirtmiştir. Söz konusu yapının ulusal güvenliğe yönelik oluşturduğu bu tehdidin Milli Güvenlik Kurulu ("MGK") tarafından kaydedildiğini de sözlerine eklemiştir.

94. Anayasa Mahkemesi, 15 Temmuz 2016'da Türkiye'nin askeri darbe girişimiyle karşı karşıya kaldığını ve bunun 19 Temmuz 2018'e kadar sürecektir diye ilanına yol açtığını söylemiştir.

95. Anayasa Mahkemesi, yargısal makamların verdikleri birçok kararda FETÖ/PDY'yi devleti, toplumu ve vatandaşları ideolojisine uygun olarak yeniden şekillendirmek ve ülkeyi oligarşik bir grup üzerinden yönetmek amacıyla devletin anayasal kurumlarını kontrol altına almayı amaçlayan mevcut kurumsal sisteme paralel olarak yapılanmış bir terör örgütü olarak değerlendirdiklerini not etmiştir. Yargı makamlarının bu kararlarda FETÖ/PDY'nin gizlilik, hücre benzeri yapılanma, tüm kamu kurumlarına sızma,

kendini kutsallaştırma gibi birçok özelliğini kaydettiğini, itaat ve özveri ile hareket ettiğini ve bu organizasyonun diğerlerinden çok daha zor ve karmaşık bir yapıya sahip olduğunu sözlerine eklemiştir.

96. Anayasa Mahkemesi, FETÖ/PDY'nin gizliliği korumak için aldığı güvenlik önlemlerinin altını çizerek, bu kapsamda FETÖ/PDY'nin kurucusu ve lideri Fetullah Gülen'in örgüt üyelerine şu talimatı verdiğini belirtmiştir: "Hizmet namaz ise, ihtiyat abdestidir. Tedbirsiz hizmet, abdestsiz namaz gibidir". Kod adların kullanılmasının da örgütün gizliliği sağlamak için kullandığı yöntemlerden biri olduğunu kaydetmiştir. Soruşturma ve kovuşturma makamlarının vardığı sonuçlara göre FETÖ/PDY'nin iletişimde kullandığı başlıca yöntemin yüz yüze iletişim, bunun mümkün olmadığı durumlarda ise şifreli programlar aracılığıyla iletişim olduğu tespit edilmiştir. "Telefonla iletişim kuran herkes hizmete ihanet eder" talimatı nedeniyle üyelerin örgütsel konularda telefonla iletişim kurmasının yasaklandığını da sözlerine eklemiştir. Bu nedenle kurumsal iletişimde kullanılmak üzere güçlü şifreli programlar geliştirildiğini belirtmiştir.

97. Anayasa Mahkemesi, söz konusu mesajlaşmanın, başvuru üzerine atılı şüpheler için belirleyici bir temel oluşturup oluşturamayacağına ilişkin analizinde, ilk olarak ByLock ile ilgili verilerin elde edilme sürecini Yargıtay 16. Ceza Dairesi gibi incelemiştir (bakınız yukarıda 67. paragraf).

98. Anayasa Mahkemesi daha sonra ByLock'u inceleyen yargı mercilerinin sadece sisteme kayıt ve örgütsel iletişim amaçlı kullanımını dikkate aldıklarını belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi, yargısal makamların bulgularına göre, yalın indirme eylemi sebebiyle hiç kimsenin soruşturulmadığını tespit etmiştir.

99. Ardından, ByLock mesajlaşmasının (*Aydın Yavuz ve diğerleri* kararında (bakınız yukarıda 83. paragraf) ve Yargıtay'ın (yukarıda 68-81. paragraflar) yaptığına benzer olarak, indirme yöntemleri, kullanımı ve özellikleri hakkında ayrıntılı bir açıklama yapmış ve diğerleri arasında aşağıdaki özelliklere dikkat çekmiştir:

i. ByLock'un ticari olmayan yapısı; kanıtlar, ByLock'un ticari amaçlar için tasarlanmadığını, bunun yerine sıkı bir anonimlik sağlarken az sayıda kullanıcıyı hedef aldığını göstermiştir; uygulamanın geliştiricisi hakkında hiçbir bilgi bilinmemektedir; kurulum kılavuzu yoktur ve indirme işlemi, uygulama mağazalarından ziyade, birebir görüşmelerde harici bellekler veya Bluetooth üzerinden yapılmıştır.

ii. Kullanıcıların anonimliğini ve iletişim içeriğini korumak için gelişmiş yöntemler: son derece kapalı ve şifreli bir devrede mesaj alışverişi; kullanıcının gerçek kimliği hakkında bilgi talebinde bulunulamaması; güçlü

bir şifreleme yöntemiyle çevrimiçi iletişimi sağlamak için her mesajın farklı bir şifreleme anahtarı kullanılarak şifrelenmesi; yurtdışında (Litvanya'da) kurulu sunucu için birkaç IP adresinin kiralanması; mesajların düzenli şekilde otomatik olarak silinmesi; ayrıca sunucu ve iletişimle ilgili verilerin şifreli kaydı; ve Türkiye'den kullanıcıların VPN üzerinden erişme zorunluluğu.

iii. ByLock'un coğrafi olarak sınırlı kullanımı: Küresel bir uygulama değildir, kullanıcıların büyük çoğunluğu Türkiye'de ikamet etmektedir; kaynak kodları Türkçe'deki bazı ifadeleri içermektedir; kullanıcı adlarının, grup adlarının ve şifrelerin çoğu ile şifresi çözülen mesajların neredeyse tamamı Türkçedir.

iv. ByLock'un 2014 yılı başından bu yana münhasıran FETÖ/PDY üyeleri tarafından iletişim aracı olarak kullanıldığına ilişkin söz konusu örgüte mensup olmakla suçlananların ifadeleri (Anayasa Mahkemesi'nin *Ferhat Kara* kararında yaptığı ayrıntılı açıklamalara yapılan atıf mevcuttur).

v. Şifresi çözülen mesajların içeriği: Şifresi çözülen mesajların tamamına yakını günlük yaşamla ilgili konuları değil, örgütsel iletişim ve FETÖ/PDY'nin faaliyetlerine ilişkindir.

100. Bu unsurlar göz önüne alındığında, Anayasa Mahkemesi, evrensel bir mesajlaşma sistemi kisvesi altında, ByLock'un aslında sadece FETÖ/PDY mensuplarının kullanımına yönelik bir mesajlaşma sistemi olduğu yönünde yargı organlarının vardığı sonuçların somut olgulara, maddi ve teknik verilere dayandığı kanaatindedir. ByLock kullanımının örgütsel bir faaliyet olarak adlandırılmasının temelsiz veya keyfi bir yaklaşım olarak kabul edilemeyeceği sonucuna varmıştır.

101. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, *Aydın Yavuz ve diğerleri* kararında vardığı sonuçtan ayrılmak için hiçbir neden bulunmadığı kanaatindedir (bakınız yukarıda 83.paragraf). Bu sonuç ışığında, başvurucunun tutukluluğunu destekleyen diğer delilleri dikkate almanın gerekli olmadığı kanaatine varmıştır.

102. Bir kişinin ByLock şifreli mesajlaşma kullandığı için hüküm giymesine ilişkin *Ferhat Kara* kararına ilişkin olarak, Anayasa Mahkemesi, başvurucunun adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin şikayetini reddetmiştir. Başvurucu, ByLock ile ilgili verilerin hukuka aykırı olarak toplandığını ve bu unsur dayanarak mahkumiyetinin adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi, kararında öncelikle FETÖ/PDY ve ByLock uygulamasının özelliklerini ortaya

koymuştur. Özellikle ilk yüz ByLock kullanıcısının profilleri hakkında bilgi vermiştir.

- Kullanıcı ID:3, Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu'ndan (TÜBİTAK) bir mühendistir, FETÖ / PDY üyeliği için yargılanmıştır.

- ID:2, ID:3 ve ID:5 için kullanıcı adı olarak Türkçe dede kelimesinin kullanılması, kullanıcının aynı kullanıcı olduğunu ve Türk olduğunu göstermiştir.

- ID:4 ve ID:6'nın şifresi samanyolu'dur (örgüt terminolojisinde özel anlamı olan bir kelime), bu da onların Türk olduklarını göstermektedir.

- Uygulamanın ilk 100 kullanıcısının 53'ü bu aşamada tespit edilmiş olup, bu 53 kullanıcıdan 15'i polis istihbarat birimlerinde görev yapan ve yasadışı dinleme ile ilgili davalardan yargılanan eski polislerdir.

- Mesajların şifresinin çözülmesi, kullanıcı ID:49'un Fetullah Gülen'in özel sekreteri olduğunu ortaya çıkarmıştır. Kullanıcılar ID:63 ve ID:100 ise polis teşkilatının içine sızmış olanlardan sorumlu olmak suçlamasıyla yargılanmışlardır.

103. Anayasa Mahkemesi, ilk yüz kimlikle ilgili verilerin analizinin, ByLock'un en başından beri örgüt üyeleri tarafından geliştirildiğini ve kullanıldığını gösterdiğini tespit etmiştir. Ayrıca kararında belirli mesajların içeriğini de bildirmiştir.

104. Anayasa Mahkemesi ayrıca, söz konusu örgütün gizli yapılanmasına üye oldukları gerekçesiyle soruşturma ve/veya kovuşturmaya konu olan 8.723 eski güvenlik kuvvetleri mensubundan 5.922'sinin ByLock kullanıcısı olduğunun tespit edildiğini kaydetmiştir.

105. Özellikle Anayasa Mahkemesi, söz konusu örgüte üye olmakla suçlanan veya hüküm giyen kişilerin, örgüt içindeki faaliyetleri kapsamında ByLock üzerinden paylaştıkları mesajlardan uzun pasajlar aktarmış ve kararında, bu uygulamanın örgütsel yapısını gösteren tanık veya şüphelilerden alınan çok sayıda ifadeyi nakletmiştir.

IV. TÜRKİYE TARAFINDAN YAPILAN SÖZLEŞMENİN ASKIYA ALINMASI BİLDİRİMİ

106. 21 Temmuz 2016 tarihinde, Türkiye'nin Avrupa Konseyi Daimi Temsilcisi, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne aşağıdaki askıya alma (derogasyon) bildirimini iletmiştir (çevirisi Türk makamları tarafından sağlanmıştır):

« Türkiye Cumhuriyeti Hükümetinin aşağıdaki bildirimini iletiyorum.

15 Temmuz 2016'da Türkiye Cumhuriyeti'nde demokratik yollarla seçilmiş hükümeti ve anayasal düzeni yıkmak için geniş çaplı bir darbe girişimi düzenlendi. Bu alçak girişim, Türk devleti ve birlik ve beraberlik içinde hareket eden halklar tarafından engellenmiştir. Darbe girişimi ve sonuçları ile diğer terör eylemleri, güvenlik ve kamu düzenine yönelik ciddi tehditler oluşturmuş ve insan hakları ve temel özgürlüklerin korunmasına ilişkin Sözleşme'nin 15. maddesi anlamında ulusun yaşamına yönelik bir tehdit oluşturmuştur.

Türkiye Cumhuriyeti, ulusal mevzuata ve uluslararası yükümlülüklerine uygun olarak yasaların öngördüğü gerekli önlemleri almaktadır.

Bu kapsamda, 20 Temmuz 2016 tarihinde Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti, Anayasa (madde 120) ve 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu uyarınca üç aylık bir süre için olağanüstü hal ilan etmiştir (madde 3/1 b). (...)

Karar Resmi Gazete'de yayımlanarak 21 Temmuz 2016 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından onaylanmıştır. Böylece olağanüstü hal bu tarihten itibaren yürürlüğe girmiştir. Bu süreçte, alınan önlemler, Sözleşme'nin 15. Maddesi uyarınca kabul edilebilir olan İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'den kaynaklanan yükümlülüklerden sapmayı içerebilir.

Bu nedenle, bu mektubun Sözleşme'nin 15. maddesinin amaçları doğrultusunda bilgi oluşturduğunu vurgulamak isterim. Sayın Genel Sekreter, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti bu amaçla alınan tedbirler konusunda sizi tam olarak bilgilendirecektir. Hükümet, önlemlerin uygulanması sona erdiğinde sizi bilgilendirecektir.

(...)»

107. Sözleşme'nin askıya alınması bildirimini, olağanüstü halin sona ermesinden sonra 8 Ağustos 2018'de geri çekilmiştir.

2. HUKUKİ DEĞERLENDİRME

I. TÜRKİYE'NİN SÖZLEŞMEYİ ASKIYA ALMASINA İLİŞKİN ÖN SORUN

108. Hükümet, Sözleşme'nin 15. maddesi uyarınca Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne 21 Temmuz 2016 tarihinde tebliğ edilen Sözleşme'nin askıya alınması bildirimini göz önünde bulundurarak başvuruçunun şikayetlerini incelemenin uygun olacağını belirtmiştir. Bu bağlamda, Türkiye'nin, 15. madde uyarınca Sözleşme'yi askıya alma hakkını kullanmış olmakla birlikte, Sözleşme'nin hükümlerini ihlal etmediğini değerlendirmektedir. Bu itibarla, askeri darbe girişiminin yarattığı riskler nedeniyle ulusun varlığını tehdit eden bir olağanüstü hal oluştuğunu ve bu tehlikeye karşı ulusal makamlar tarafından alınan tedbirleri durumun kesinlikle gerektirdiğini ileri sürmektedir.

109. Hükümet, söz konusu zamanda tutukluluğa alternatif tedbirlerin açıkça yetersiz olması nedeniyle, tutuklama koruma tedbirinin

kullanılmasının kaçınılmaz olduğunu özellikle ileri sürmektedir. Öyle ki, Hükümet'e göre, FETÖ/PDY mensubu olduğundan veya FETÖ/PDY'ye yardım ve destek sağladığından şüphelenilen birçok kişinin ülkeden çıkış yasakları olmasına rağmen kaçmıştır. Bu nedenle, Hükümet'in nazarında, darbe girişiminden sonra Türkiye'deki durum göz önüne alındığında, bu kişilerin tutukluluğu uygun ve orantılı olan tek seçimdir.

110. Başvurucu, Sözleşme'nin 15. maddesinin Sözleşme kapsamındaki yükümlülükleri askıya almanın, mevcut olayda yerine getirilmemiş bir koşul olan yalnızca "durumun gerektirdiği ölçüde" izin verdiğini ifade ederek cevap vermiştir.

111. Mahkeme, mevcut başvurunun konusu olan başvurucunun tutukluluğunun, olağanüstü hal döneminde gerçekleştiğini gözlemlemektedir.

112. Mahkeme, *Mehmet Hasan Altan v. Türkiye* davasında (Başvuru no. 13237/17, § 93, 20 Mart 2018), Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda benimsediği mülahazalar ve elindeki tüm unsurlar ışığında, askeri darbe girişiminin, Sözleşme anlamında "ulusun varlığını tehdit eden bir genel tehlikenin" in mevcudiyetini ortaya çıkarmış olduğuna karar verdiğini hatırlatmaktadır. Bu durumda alınan tedbirlerin, durumun gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülüklerle uygun olarak alınıp alınmadığına ilişkin olarak, başvurucunun şikâyetlerinin -aşağıda yapacağı gibi - esasına ilişkin bir incelemenin gerekli olduğu kanaatindedir.

II. HÜKÜMET TARAFINDAN İLERİ SÜRÜLEN İTİRAZLAR

113. Hükümet, Mahkeme'yi, CMK'nın 141. maddesinde öngörülen tazminat yoluna başvurunun kullanılmaması nedeniyle, Sözleşme'nin 5. maddesi kapsamındaki şikâyetleri reddetmeye davet etmiştir.

114. Mahkeme, Sözleşme'nin 35. maddesinin yalnızca etkili ve mevcut hukuk yollarının tüketilmesini gerektirdiğini, yani başvurucuya şikâyetlerini tazmin edebilecek ve makul bir başarı beklentisi sunabilecek erişilebilir yasal yolların tüketilmesini gerektirdiğini yinelemektedir (diğerlerinin yanı sıra bakınız, *Sejdovic v. İtalya* [BD], Başvuru no. 56581/00, § 46, CEDH 2006 II).

115. Mevcut davada Mahkeme, başvurucunun Sözleşme'nin 5. maddesi kapsamındaki şikâyetlerini anayasa şikâyeti bağlamında sunduğuna dikkat çekmektedir. Anayasa Mahkemesi, bu şikâyetlerin esasını incelemiş ve 15 Aralık 2017 tarihli kararında açıkça esastan yoksun oldukları gerekçesiyle kabul edilemez bulmuştur (bakınız yukarıda 20-23. paragraflar).

116. Mahkeme, Anayasa Mahkemesi'nin Türk yargı sistemindeki yeri ve yetkisini göz önünde bulundurarak ve bu şikayetler hakkında yüksek mahkemenin vardığı sonucu dikkate alarak CMK'nın 141. maddesine dayanan bir tazminat talebinin başarı şansının olmadığı ve hala olmayacağı kanaatindedir (bu doğrultuda bakınız, *Pressos Compania Naviera SA ve diğerleri v. Belçika*, 20 Kasım 1995, § 27, A serisi no. 332 ve *Carson ve diğerleri v. Birleşik Krallık [BD]*, no.42184/05, § 58, CEDH 2010 ve yakın zamanda *Baş v. Türkiye*, Başvuru no.66448/17, § 121, 3 Mart 2020). Sonuç olarak Mahkeme, başvurucunun tazminat için bu hukuk yolunu kullanmakla yükümlü olmadığı kanaatindedir.

117. Bu nedenle, Hükümet'in bu noktada sunduğu itirazı reddetmektedir.

III. SÖZLEŞME'NİN 5 §§ 1 VE 3 MADDELERİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

118. Başvurucu, iddia edilen suçun işlendiğine, yani yasadışı bir örgüte üye olduğuna, dair kuvvetli şüphelerin varlığını gösteren delillerin yokluğunda tutuklandığından şikayet etmektedir. Tutuklama kararının gereği gibi gerekçelendirilmediğinisavunmakta ve eleştirmektedir. Başvurucuya göre bu karar, kuvvetli şüphenin varlığına dair somut bir delil veya hakim tarafından kabul edilen tutuklama nedenlerinin varlığını teyit eden herhangi bir olgusal veri içermemektedir. Başvurucu, Sözleşme'nin 5. maddesine dayanmaktadır.

119. Mahkeme, bu şikayetlerin, mevcut davada ilgili bölümleri aşağıdaki şekilde ifade edilen Sözleşme'nin 5 §§ 1 ve 3 maddesi kapsamında incelenmesi gerektiği kanaatindedir:

« 1. Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. Aşağıda belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz:

(...)

c) Kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inan-dırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması;

(...)

3. İşbu maddenin 1.c fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutulan herkesin derhal bir yargıç veya yasayla adli görev yapmaya yetkili kılınmış sair bir kamu görevlisinin önüne çıkarılması zorunlu olup, bu kişi makul bir süre içinde yargılanma ya da yargılama süresince serbest bırakılma hakkına sahiptir. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminat şartına bağlanabilir. »

120. Hükümet, başvurucunun iddiasına itiraz etmiştir.

A. Başvurucunun bir suç işlediğinden şüphelenmek için makul nedenlerin bulunmadığı iddiası

1. Tarafların iddiaları

a) Başvurucu

121. Başvurucu, darbe girişiminin tümüyle aydınlatılmadığını ileri sürmekte ve AKP ("Adalet ve Kalkınma Partisi", iktidar partisi) hükümetini TBMM Meclis Araştırma Komisyonu'nun bu olayın ayrıntılarını aydınlatmasını engellemekle suçlamaktadır. Başvurucuya göre AKP, bir yandan FETÖ/PDY ile geçmişteki işbirliğini öne çıkarılmasından diğer yandan bu "kontrollü" girişimin bir tiyatro olduğunun ortaya çıkarılmasından korkmaktadır. Hükümetin, muhalefet partilerinin FETÖ/PDY'nin siyasiler arasındaki bağlantılarını araştırma girişimlerini reddettiğini iddia etmiştir.

122. Başvurucu, daha sonra 17 ve 25 Aralık 2013 tarihlerinde siyasi iktidara yakın kişilere, üst düzey yetkililere ve işadamlarına yönelik gerçekleştirilen yolsuzlukla mücadele operasyonlarının, yetkililer tarafından Hükümet'e karşı bir eylem olarak görüldüğünü ve bundan dolayı FETÖ/PDY'nin suçlandığını açıklamıştır. Yargı makamları tarafından, bu olayın kendisinin şikayetçi olduğu bu yürütülen ceza yargılamaları bağlamında belirleyici bir olgu olarak kabul edildiğini ifade etmektedir. Bu tarihlerden itibaren FETÖ/PDY'nin silahlı terör örgütü olarak kabul edildiğinden, ancak kendisine göre bu yapının herhangi bir silahlı faaliyette bulunmadığından ve bu yapıya hiçbir güç veya şiddet kullanımının isnat edilemeyeceğinden şikayet etmektedir.

123. Başvurucu, terör suçunun belirleyici unsuru olan cebir ve şiddet kullanımının ilk kez 15 Temmuz 2016 darbe girişimi sırasında ortaya çıktığına işaret etmektedir. Bu tarihten önce mahkeme kararıyla FETÖ/PDY'ye atfedilebilecek, cebir ve şiddet içeren herhangi bir eylemin kaydedilmediğini söylemektedir. Bu nedenle darbe girişiminden önce Güleni hareketle bağlantılı kişiler aleyhinde ceza takibatı yapılması ve özgürlüklerinden yoksun bırakılması, kendisine göre Sözleşme'ye aykırı olacaktır. Başvurucu bu hususta Milli Güvenlik Konseyi'nin 30 Ekim 2014-26 Mayıs 2016 tarihleri arasında aldığı kararlarda FETÖ/PDY'nin adının veya silahlı terör örgütü ifadesinin geçmediğini belirtmektedir (bakınız yukarıda 39-40. paragraflar).

124. Başvurucu ayrıca, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun (2008/9-82 K. 2008/181) 24 Haziran 2008 tarihli kararında 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 1. maddesi anlamında terör eylemi ve terör örgütü bulunmadığını açıklamaktadır [*Bu karar, Fetullah Gülen aleyhine açılan ve*

3713 sayılı Kanun'un 7. maddesinde yapılan ve terör suçunun oluşturulması için cebir ve şiddet kullanılmasını öngören değişikliğin ardından, önce infazın ertelenmesi, sonra beraat ile sonuçlanan ceza davasıyla ilgilidir].

125. Başvurucu, daha sonra, iddia edilen suçun işlenmesine ilişkin güçlü şüphelerin varlığının yeterince kanıtlanmadığını ileri sürmektedir. Başvurucuya göre, tutuklanmasının temel nedeni darbe girişimidir. Başvurucu, tutukluluğunun yalnızca iddia edilen ByLock kullanımına dayandığını gözlemleyerek, objektif bir gözlemciyi ikna edebilecek hiçbir olgu veya bilginin bulunmadığından şikayet etmektedir.

126. Başvurucu, ByLock kullanıcısı olduğu suçlamasını reddetmektedir. Tutuklanmasının ByLock mesajlaşmasını kullandığı iddiasına dayandığını ve adının MİT tarafından hazırlanıp gönderilen ByLock kullanıcı listesinde bulunduğunu kaydederek bu iddiaya etkili bir şekilde itiraz edebilmesi için, MİT tarafından hazırlanan ve ByLock sunucusundan elde edilen tüm verileri içeren bir sabit diskin ve hafıza çubuğunun bir kopyasının kendisine verilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bunun, çekişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerinin bir gereği olduğunu ifade etmiştir. Başvurucu, ne kendisinin ne de başka bir şüpheli veya sanığın şimdiye kadar bu nihai karara etki eden delilin bir kopyasını aldığından şikayet etmektedir.

127. Başvurucu, cep telefonundan ByLock sunucusuna bağlanmakla suçlandığını kaydetmektedir. Söz konusu bağlantıları belirleyen yetkili makamın BTK (Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu) olduğunu ifade etmektedir. BTK'nın bir çalışanı hakkında verilerin tahrif edilmesi ve güvenilir olmamaları sebebiyle suç duyurusunda bulunduğunu belirtmektedir. Başvurucunun bu iddiayı desteklemek için sunduğu belge, BTK'nın eski çalışanlarından biri hakkında telefon operatörleri tarafından iletilen 10 Aralık 2014 tarihinden önceki verilerin ve kayıtların imha edilmesi ve değiştirilmesi nedeniyle cezai işlem başlatılması talebine ilişkindir. Bu belgeden, söz konusu görevli hakkında FETÖ/PDY ile bağlantılı olduğu iddiasıyla ceza soruşturması başlatıldığı anlaşılmaktadır.

128. Başvurucu ayrıca, ByLock kullanmakla suçlandığı sırada Gülençi hareketin bir terör örgütü olarak tanınmadığına da dikkat çekmektedir. Dolayısıyla tutukluluğu, suçların ve cezaların kanuniliği ilkesini ihlal etmiş olacaktır.

129. Başvurucu, ByLock'u kullanma suçlamasını reddederken, bu tür bir kullanımın vicdan hürriyeti ve ifade özgürlüğü kapsamına gireceğinin açıklığa kavuşturulmasının faydalı olacağı kanaatindedir. Aynı zamanda Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri'nin bir beyanına da atıfta bulunmaktadır.

b) Hükümet

130. Hükümet, söz konusu tutuklamaya yol açan şüphelerin, başvuruçunun itiraz etmediği ByLock kullanımına dayandığını açıklamıştır. ByLock'un FETÖ/PDY üyeleri arasında bir iletişim aracı olarak hizmet ettiğini iddia etmektedir. Bu nedenle Hükümet'e göre, başvuruçunun bu uygulamayı kullandığı tespit edildikten sonra FETÖ/PDY üyeliğine ilişkin kuvvetli bir şüphe oluşmuştur. Hükümet, bu şikayetin, başvuruçunun yaptığı ve reddedilen bireysel başvurusu bağlamında Anayasa Mahkemesi tarafından incelendiğini eklemiştir. Sözleşme'nin 15. maddesine atıfta bulunarak, darbe girişiminden sonra devam eden durum göz önüne alındığında, kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmuş olması, örgütün gizliliğe dayanması ve ülke genelinde soruşturmanın devam etmesi nedeniyle başvuruçunun tutukluluğunun haklı olduğunu ileri sürmektedir.

131. Hükümet, başvuruçunun tutuklanmasına karar veren Ankara 9.Sulh Ceza Hakimliği'nin başvuruçunun durumunu dikkatle incelediğini ve kararını usulüne uygun olarak gerekçelendirdiğini ileri sürmüştür.

132. Daha sonra çeşitli bilirkişi raporlarına ve Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi kararlarına dayanılarak (bakınız yukarıda 41-60. paragraflar) Hükümet, Mahkeme'nin dikkatini ByLock'un FETÖ/PDY tarafından örgüt içinde gizli iletişimin sağlanması amacıyla geliştirildiğini ve küresel bir uygulama adı altında münhasıran FETÖ/PDY üyeleri tarafından kullanıldığını gösteren ByLock'un özelliklerine ilişkin bir açıklamaya çekmek ve bu uygulamanın diğer mesajlaşma uygulamalarına göre farklılıklarını belirtmek istemiştir.

133. Hükümet'e göre, ByLock'un belirli bir amaç ve hedeflenen bir grubun ihtiyaçları için tasarlandığını gösteren unsurlarından bazıları şunlardır: uygulamanın cep telefonunda yer alan kişiler listesi ile senkronize edilmemesi; uygulamanın kendi içinde veya uygulamanın indirildiği cep telefonunun kişiler listesinden diğer ByLock kullanıcılarını aranamaması; bir arkadaş eklemeyen önce kullanıcı adını/şifreyi bilme zorunluluğu - bu nedenle kullanıcılar önceden yüz yüze iletişim kurmalı veya görüşmelidir -; arkadaş ekle sayfasında "takma ad" adlı bir bölümün varlığı; ve son olarak, kullanıcılar tarafından kullanılan takma adların ağırlıklı olarak örgüt üyelerinin kod adları olduğu hususu.

134. Hükümet ayrıca aşağıdaki kanıtların ByLock'un evrensel bir mesajlaşma sistemi olmayı amaçlamadığı ve kapalı bir grup tarafından kullanılmak üzere tasarlandığı sonucunu desteklediğini düşünmektedir: kullanım kılavuzu,yorumlar veya sıkça sorulan sorularla ilgili bir sayfanın olmaması; resmi bir makam tarafından verilen bir sertifika yerine tercih edilen kendinden imzalı bir sertifika; uygulama önceden haber

verilmeksizin aniden çalışmayı bıraktığında internet üzerinde kullanıcılar tarafından paylaşılan şikayet veya yorumların olmaması; uygulamanın kullanımını zorlaştıran özellikleri; tanımlanan kullanıcıların çoğununu Türk olması veya Türkiye'den gelmesi; kaynak kodlarında Türkçe ifadelerin bulunması; ve son olarak uygulamanın darbe girişiminden önce kamuoyu tarafından bilinmemesi. Hükümet ayrıca ByLock'un ilk 100 kullanıcıasına ilişkin bulguları da vurgulamaktadır.

135. ByLock'un örgütsel mahiyetine gelince, Hükümet, bilirkşi raporlarının ve başta yüksek mahkemeler olmak üzere yargısal makamlarca verilen çok sayıda kararın, uygulamanın FETÖ/PDY örgütü tarafından kullanılmak üzere geliştirildiğine işaret ettiğini hatırlatmaktadır. Bu bağlamda darbe girişiminden sonra ifadesi alınan şüpheli veya sanıkların ByLock'un niteliğini teyit ettiğini ifade etmektedir. Şifresi çözülen mesajlaşmaların yalnızca örgüt içindeki dahili iletişim ve faaliyetleriyle ilgili olduğunu da eklemektedir.

136. Hükümet daha sonra ByLock ile kullanıcı sayısını artırmayı ve kullanıcı dostu işlevler sunmayı amaçlayan diğer anlık mesajlaşma uygulamaları arasındaki önemli farkları sıralamaktadır. Hükümet'e göre ByLock uygulaması ticari amaçlı değildir. İfade edildiğine göre geliştiricisinin, anonimliğe dayalı olarak kapalı bir grup içinde sınırlı kullanım istediği bildirilmiştir. Hükümet bu nedenle geliştirici hakkında mevcut bilgi eksikliğinin ve anonimliği koruyan işlemler yoluyla yapılan sunucu kiralama ödemelerinin altını çizmektedir. ByLock'un yaygın olarak kullanılan mesajlaşma uygulamalarının aksine kolay ve hızlı işlevsellik sunan bir uygulama olmadığını iddia etmeye devam etmektedir. Aksine, ByLock sisteme entegrasyon ve diğer kullanıcılarla iletişim sürecini karmaşıktır. ByLock, kişilerin senkronizasyonuna veya kişiler arasında ByLock kullanıcılarının tanımlanmasına izin vermemiştir. Ayrıca, kayıt sırasında kullanıcıdan bir cep telefonu numarası veya e-posta istenmemiştir. Bu sayede kullanıcı doğrulama kodu veya link göndererek bir hesaba bağlanmamış ve böylece sisteme isimsiz bir kayıt işlemi yapılmıştır. Kullanıcı kimliğini önlemek için parolayı kurtarmanın veya kullanıcıyı doğrulamanın hiçbir yolu bulunmamaktadır. Ek olarak, ByLock'un, üçüncü şahısların uygulamayı bulmasını veya gelen mesajları kullanıcının isteği dışında okumasını önlemek için yalnızca uygulama açıkken (aktif olarak kullanıldığında) mesaj ve bildirimleri alacak şekilde tasarlandığı bildirilmektedir. Ayırt edici unsurlar arasında Hükümet, ByLock'un kullanıcılarını VPN üzerinden bağlantı kurmaya zorladığını, uygulama mağazalarında indirilmesini yasakladığını ve unutulmuş bir şifrenin kurtarılmasına izin vermediğini de belirtmektedir. Bunlar, kullanıcıların

kimliklerinin ifşa edilmesini engelleyebilecek başka yollar olarak değerlendirilmektedir.

137. Hükümet, ByLock'un niteliğine ilişkin olarak, özellikle Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay olmak üzere yargısal makamların vardığı sonuçları teyit etmiştir: ByLock, küresel bir uygulama görüntüsü altında, aslında FETÖ/PDY üyeleri tarafından özel olarak tasarlanmış ve kullanılmıştır, böylece FETÖ/PDY soruşturmalarıyla bağlantılı olarak verilen tutuklama kararlarında suçun işlendiğine dair kuvvetli şüphenin olduğu sonucuna varılmasına imkan verecektir.

138. ByLock kullanımının delil niteliğindeki değerini ve tutuklama amacıyla kuvvetli bir şüphe yaratılmasına izin verip vermediği sorusunu değerlendirme hususunda, yerel mahkemelerin Mahkeme'den daha iyi konumda olduklarını hatırlatarak Hükümet, yerel mahkemelerin bulgularını ve sonuçlarını dikkate almamanın ikincillik ilkesine aykırı olacağı kanaatindedir.

139. Daha spesifik olarak şüphelerin dayandırıldığı delillerin neler olduğu sorusuna ilişkin Hükümet, Ankara 9. Sulh Ceza Hakimliği'nin, başvurusunun FETÖ/PDY'ye üye olma suçunu işlediğine dair güçlü şüphelerin varlığını, başvurusunun ByLock kullanıcısı olduğu tespitine dayandığını belirtmiştir. Sulh ceza hakimliğine sevk yazısında, Cumhuriyet savcısının ByLock kullanımını vurgulayarak başvurusunun tutuklanmasını talep ettiğini; hakim, ise ByLock kullanım raporu da dahil olmak üzere soruşturma dosyasındaki belgelere dayanarak başvurusunun FETÖ/PDY üyesi olduğundan şüphelenmek için makul sebepler olduğuna karar verdiğini gözlemlemektedir. Başvurusunun ByLock kullandığı tespitine dayanarak tutuklanmasına itiraz etmediğini belirtmiştir.

140. MİT'in ByLock'a ilişkin delil elde etmesi konusunda Hükümet, demokratik toplumlarda temel hak ve özgürlüklerin korunması amacıyla organize suç ve terör örgütleri gibi son derece karmaşık yapılarla etkin bir şekilde mücadele edebilmek için istihbarat servislerine başvurmanın gerekliliğini ve meşruiyetini savunmaktadır. Mahkeme'nin içtihatlarında, doğası gereği adi suçtan farklı olan terör suçunun özel bir kategoriye girdiğini kabul ettiğine dikkat çekmektedir. Mahkeme'nin terör suçları alanındaki makul şüphelerin değerlendirilmesine ilişkin içtihadını ortaya koyduktan sonra (*Sher ve diğerleri v. Birleşik Krallık*, Başvuru no. 5201/11, CEDH 2015 (extraits), *Murray v. Birleşik Krallık*, 28 Ekim 1994, A serisi no.300 A ve *Klass ve diğerleri v. Almanya*, 6 Eylül 1978, A serisi no. 28), Mahkeme'nin, terörle mücadelede gizli bilgilerin kullanılmasının gerekli olduğunu ve organize terörün vatandaşların yaşamları ve bir bütün olarak demokratik toplum için bir tehdit oluşturduğunu kabul ettiğini belirtmektedir.

141. Hükümet ayrıca, Europol ve Eurojust tarafından ortaklaşa yürütülen ve suç şebekeleri tarafından yaygın olarak kullanılan şifreli bir telefon ağı olan *EncroChat*'i ortadan kaldırmayı amaçlayan bir soruşturmanın bulgularına da atıfta bulunmaktadır.

142. Hükümet ayrıca, devletin vatandaşlarını terör tehdidi karşısında koruma konusundaki pozitif yükümlülüğü göz önüne alındığında (*Tagayeva ve diğerleri v. Rusya*, Başvuru no. 26562/07 ve diğer 6 karar, 13 Nisan 2017 ve *Dujardin v. Fransa*, Başvuru no. 16734/90, 2 Eylül 1991 tarihli Komisyon kararı), devlet istihbarat teşkilatlarının silahlı terör örgütü FETÖ/PDY'nin ulusal güvenliğe yönelik oluşturduğu tehdidi yakın bir tehlike olarak gördüğünü ve ilgili mevzuat çerçevesinde gerekli tedbirleri aldığını hatırlatmak istemektedir. Yetkili makamların, terörle başa çıkmak için gerekli önleyici tedbirleri almadan önce bir terör saldırısının gerçekleşmesini beklemelerinin gerekmediğini hatırlatmaktadır (*A. ve diğerleri v. Birleşik Krallık* [BD], Başvuru no. 3455/05, § 177, CEDH 2009). Nitekim Hükümet'e göre, 15 Temmuz darbe girişimi, FETÖ/PDY'nin ulusal güvenliğe yönelik oluşturduğu tehdidin ne kadar büyük olduğuna ve daha önceden alınan tedbirlere rağmen milletin varlığını ve bütünlüğünü yok etme tehdidinde bulunan ciddi bir tehlikeye nasıl yol açtığına ışık tutmaktadır.

143. Hükümet açısından i) darbe girişimi sonrasında olağanüstü hal ilan edilmiş olması, ii) kamu makamlarının terör suçlarına ilişkin soruşturmaları yürütürken karşılaştıkları büyük güçlükler, iii) FETÖ/PDY'nin yapısının karmaşıklığı, iv) arz ettiği tehlike, v) soruşturmanın açıldığı ve yürütüldüğü dönemin kendine has özellikleri, vi) başvurunun adaletten kaçma riski, vi) ve başvurunun istihbarat dairesinde eski bir polis memuru olarak statüsü dikkate alındığında 9. Ankara Sulh Ceza Hakimliği'nin kararı adil ve meşrudur ve başvurunun herhangi bir delil olmaksızın keyfi olarak tutuklandığı söylenemez. Başka bir deyişle, tutukluluğun dayandırıldığı delil ve bilgiler objektif bir gözlemciyi tatmin edecek niteliktedir.

144. Hükümet, darbe girişiminden önce ByLock uygulamasının varlığının kamuoyu tarafından bilinmediğini açıklamaktadır. Bununla birlikte, 15 Temmuz 2016 (bu girişimin tarihi) ile 17 Ekim 2016 (başvurunun tutuklandığı tarih) arasında, FETÖ/PDY üyelerinin ByLock'u kullandıklarının adli ve idari soruşturmalarda ortaya çıktığını, soruşturmaya konu olan birçok kişinin bu uygulamanın gerçek mahiyetini itiraf ettiğini ve birçok şüpheli bu uygulamayı kullanmaktan dolayı zaten tutuklanmış olduğunu ifade etmektedir. Sonuç olarak Hükümet, çeşitli olguların, başvurunun tutuklanmasına karar veren Ankara 9. Sulh Ceza Hakimliği'nin ByLock'un mahiyeti ve işlevleri hakkında yeterli bilgiye sahip olduğunu gösterdiğini değerlendirmektedir.

145. İlk olarak Hükümet, Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nun 24 ve 31 Ağustos 2016 tarihli yargı mensuplarını meslekten ihraç eden kararlarında (bakınız yukarıda 31-36. paragraflar), ByLock'un örgütün dahili iletişimi için kullanılan şifreli bir uygulama olduğunu belirttiğini kaydetmiştir. Bu kararların başvuruçunun tutuklanmasından önce verildiğini ve umumi olduğunu vurgulamak istemektedir. Başvuruçunun tutuklanmasına karar veren sulh ceza hakiminin, ByLock uygulamasının örgüt içi şifreli iletişimin sağlanması amacıyla FETÖ/PDY üyeleri tarafından münhasıran kullanıldığına dair bilgisi olduğu sonucuna varmıştır.

146. Hükümet ayrıca, başvuruçunun tutuklanmasından önce ülke genelinde FETÖ/PDY hakkında soruşturma başlatıldığına dikkat çekmiştir. Şüphelilerin ifadelerinde, örgüt liderlerinin ByLock şifreli mesajlaşmanın kurulmasını ve örgütün dahili iletişimi için kullanılmasını talep ettiğini itiraf ettiği ve/veya ifade ettiği bildirilmiştir. Bu bağlamda Hükümet, başvuruçunun tutuklanmasına karar veren 9. Sulh Ceza Hakimliği'nin içinde bulunduğu Ankara Adliyesi'nde de çok sayıda şüphelinin ifadesinin alındığını ve bu ifadelerin ByLock'un niteliğini ortaya çıkardığını vurgulamaktadır. Hükümet Ankara Adliyesi'ndeki soruşturmalarla ilgili olarak alınan çok sayıda ifadeyi ibraz etmiştir.

147. Hükümet ayrıca birçok şüphelinin yine başvuruçunun tutukluluk tarihinden önce ByLock uygulamasını kullandıkları için FETÖ/PDY üyesi oldukları gerekçesiyle tutuklandığını açıklamıştır. Başka bir deyişle, tutuklamaya karar vermeye yetkili sulh ceza hakimlikleri, ByLock mesajlaşma sistemi kullanıcısı olmanın FETÖ/PDY'ye üye olma suçunun işlenmesine ilişkin kuvvetli şüphe oluşturduğunu dikkate almışlardır. Bu bağlamda Hükümet, Ankara Adliyesi'nde çeşitli sulh ceza hakimlikleri tarafından verilen çeşitli tutuklama emirlerini ibraz etmiştir. Bu nedenle, Hükümet, bir sulh ceza hakiminin, bir şüphelinin ByLock uygulamasını kullandığı hakkında bilgisi varsa FETÖ/PDY üyeliğine ilişkin kuvvetli şüphe olduğu sonucuna varılabildiği kanaatindedir.

148. Son olarak Hükümet, aynı dönemde (15 Temmuz 2016 - 17 Ekim 2016), ByLock'un niteliğine ilişkin bilgilerin medya tarafından geniş çapta yayıldığını not etmektedir. Bildirildiği üzere toplumda ByLock uygulamasının sadece söz konusu örgütün üyeleri tarafından kullanıldığına dair yaygın bir kanaat söz konusudur. Hükümet, örgüt üyelerinin açıklamalarının ve tutuklama kararlarının basına da yansıdığını eklemiştir. Hükümet, medyada yayılan bilgilere ilişkin örnekler sunmaktadır. Böylece ByLock'un mahiyeti, darbe girişiminden hemen sonra kamuoyuca bilinir hale gelmiştir.

149. Ayrıca yargısal makamlarca alınan ifadeler, tutuklama kararları, gerekçeli ve kamuya açık kararlar ile basına yansıyan bilgiler ışığında,

Selahattin Demirtaş v. Türkiye (no.2) [BD], Başvuru no. 14305/17, § 315, 22 Aralık 2020).

154. Mahkeme'den bir bireyin tutuklandığı sırada, objektif bir gözlemciyi ikna etmek için yeterli nesnel unsurların bulunup bulunmadığını doğrulaması istendiğinde, Mahkeme bunu, o tarihte mevcut olan ve tutuklamaya karar vermeye yetkili yargıcın değerlendirmesine sunulan olgular ve bilgiler ışığında yapmalıdır (bakınız, *kıyasen, Baş*, yukarıda anılan, § 184). İkincisi, makul şüphelerin varlığını, yalnızca tutukluluk tarihinde mevcut olan ve dosyaya girmiş veya en azından kendisine sunulan olgular veya bilgiler temelinde değerlendirebilmektedir.

155. Ulusal yargıcın makul şüphelerin varlığına kanaat getirebilmesi için, ilgili bağlamda söz konusu eylemi veya ihmali vurgulayarak ve tespit edilen olgular ile iddia edilen suç arasındaki bağlantıyı açıklayarak kendisine sunulan unsurların bireyin işlediğinden şüphelenilen eylem veya ihmali spesifik şekilde belirtmesi gerekir.

156. Dahası, şüphelerin makul olması için, nesnel doğrulanabilir olgular veya bilgilerle gerekçelendirilmesi gerekmektedir (*Kavala v. Türkiye*, Başvuru no. 28749/18, §§ 136-137, 10 Aralık 2019). Belirli bir açıklama, bilgi veya somut bir şikayet olmaması durumunda, belgelerde ve kararlarda yer alan belirtilmemiş "dosyadaki belgelere" muğlak ve genel atıflar, başvuruçunun yakalanması ve tutuklanmasına neden olduğu iddia edilen şüphelerin "inandırıcılığını" haklı çıkarmak için yeterli kabul edilemez (bakınız, *kıyasen, Ilgar Mammadov v. Azerbaycan*, Başvuru no. 15172/13, § 97, 22 Mayıs 2014).

157. Benzer şekilde, olgusal yönüne ek olarak, 5 § 1 (c) maddesi anlamında "şüphelenmek için makul nedenlerin" varlığı, atıfta bulunulan eylemlerin, makul şekilde, ilgili mevzuatın suç davranışına ilişkin bölümlerinden birinin kapsamında olduklarının kabul edilebilmesini gerektirmektedir. Dolayısıyla, bir tutukluya isnad edilen fiiller veya olgular, gerçekleştikleri tarihte suç teşkil etmemişse, makul bir şüphe olmadığı barizdir (bakınız *Selahattin Demirtaş (no.2)*, yukarıda anılan, § 317 ve yukarıda anılan *Kavala*, § 128).

158. Mahkeme, *Fox, Campbell ve Hartley* davasında (yukarıda anılan, § 32), terörle ilgili suçların soruşturması ve kovuşturulmasının doğasında bulunan zorlukların, özgürlükten yoksun bırakmayı haklı kılan şüphelerin "makullüğünü" her zaman geleneksel suçlarla aynı kriterlere göre değerlendirmeyi imkansız hale getirdiğine karar vermiştir. Ancak, Mahkeme'nin gözünde terör suçuyla mücadele ihtiyacı, "inandırıcılık" kavramının Sözleşme'nin 5 § 1 c) maddesinde güvence altına alınan güvencenin özünü baltalayacak ölçüde genişletilmesini haklı kılamaz (a.g., § 32). Sonuç olarak, bu bağlamda bile, Mahkeme'nin görevi, mevcut

davada, başvuruçunun tutukluluğu sırasında ilgili kişinin, savcılık tarafından isnat edilen suçları işlemiş olabileceği konusunda objektif bir gözlemciyi ikna etmek için yeterli unsurların bulunup bulunmadığını tespit etmektir. Bunun için, söz konusu tedbire karar veren yargısal makamların incelemesine sunulan ve ilgili zamanda mevcut olan olgular ve bilgiler ışığında bu tedbirin haklı olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir (*Selahattin Demirtaş (no. 2)*, yukarıda anılan, § 317). Dahası, Mahkeme makul şüphelerin varlığını, yalnızca tutukluluk tarihinde mevcut olan ve dosyaya girmiş veya en azından dikkatlerine sunulan olgular veya bilgiler temelinde değerlendirebileceğini yinelemektedir.

b) Söz konusu ilkelerin davaya uygulanması

159. Mahkeme, FETÖ/PDY üyesi olduğundan şüphelenilen başvuruçunun 17 Ekim 2016'da tutuklandığını ve ardından 6 Haziran 2017'de iddianamenin kabul edildiğini gözlemlemiştir. Cumhuriyet savcısı, Türk Ceza Kanunu'nun 314. maddesine dayanarak silahlı terör örgütüne üye olmaktan mahkûmiyetini talep etmiştir. Tarafların verdiği bilgiye göre, davası halen Ankara 22. Ağır Ceza Mahkemesi'nde derdesttir.

160. Mahkeme, kendisine isnat edilen suçu işlemiş olabileceğine objektif bir gözlemciyi ikna edebilecek hiçbir kanıt bulunmadığını ileri süren başvuruçunun tutumunu dikkate almaktadır. Başvuruçucu özellikle, ByLock'u kullanmış olduğu iddiasının tutukluluğunu haklı çıkaramayacağını ileri sürmektedir.

161. Bu şikayet hakkında karar vermesi istendiğinde Mahkeme, yukarıdaki 154-158. paragraflarda belirtilen ilkeleri dikkate alarak, başvuruçunun tutukluluğu sırasında konu olan şüphelerin “makul” olduğunu gösteren nesnel bilgilerin bulunup bulunmadığını belirlemek için ilgili tüm koşulları dikkate almalıdır.

162. Sonuç olarak, bu durumda Mahkeme'nin görevi, başvuruçunun tutukluluğu sırasında, savcılık tarafından kendisine isnat edilen suçu işlemiş olabileceğine tarafsız bir gözlemciyi ikna etmek için yeterli kanıt olup olmadığını doğrulamaktır.

163. Bunu yapmak için Mahkeme üç aşamalı bir analiz gerçekleştirecektir. İlk olarak, başvuruçunun ByLock'u kullandığı iddiasının, kendisine atfedilen şüphenin tek dayanağı olup olmadığını belirleyecektir. Ardından, ByLock kullanımının bir kişinin soruşturma makamları ve Türk mahkemeleri tarafından darbe girişimini önceden tasarlayan silahlı terör örgütü olarak kabul edilen bir yapı olan FETÖ/PDY örgütüne üye olduğundan şüphelenmek için makul bir sebep oluşturup oluşturamayacağını inceleyecektir. Bu adımın bir parçası olarak,

başvurucunun tutuklanmasına karar veren Ankara 9. Sulh Ceza Hakimliği'nin o sırada ByLock mesajlarının niteliği hakkında yeterli bilgiye sahip olup olmadığı incelenecektir. Bu nedenle, yukarıda 154. paragrafta belirtilen ilkelere uygun bir şekilde, incelemesinin başlangıç noktası olarak ulusal mahkemeler tarafından kabul edilen tutuklama kararını alarak, başvurucunun tutuklanmasını haklı kılabilecek makul şüphelerin bulunup bulunmadığını incelemesi gerekecektir. Son olarak, başvurucunun ByLock kullandığından makul şekilde şüphelenmek için yeterli kanıt olup olmadığını doğrulayacaktır.

i. Başvurucunun tutukluluğu sırasında silahlı terör örgütüne üye olma suçunu işlediğinden şüphelenilen deliller

164. Mahkeme, başvurucunun tutuklanması kararının, başvurucunun silahlı terör örgütüne, yani FETÖ/PDY'ye üye olma suçunu işlediğine dair kuvvetli şüphe bulunduğunu gösteren somut deliller olduğunu belirttiği ancak herhangi bir unsura değinmediğini kaydetmiştir. Ancak, sulh ceza hakimi tarafından duruşması sırasında başvurucuya sorulan soruların, kendisinin ByLock uygulamasını kullanmakla suçlandığını açıkça ima ettiğini not etmektedir (bakınız yukarıda 13. paragraf). Mahkeme aynı zamanda, sulh ceza hakimi önüne çıkarılmadan hemen önce Cumhuriyet savcısı tarafından yapılan sorgusu sırasında, başvurucuya ByLock'u kullandığı iddiasıyla ilgili özel sorular sorulduğunu kaydetmektedir.

165. Mahkeme ayrıca, Hükümet'in başvurucunun tutuklanmasına yol açan şüphelerin, yalnızca ByLock kullanımına ilişkin bulguya dayandığını ileri sürdüğünü gözlemlemektedir. Başvurucu, diğer yandan, bu tezi doğrulamaktadır: başvurucuya göre, tutukluluğunun ardındaki şüphe, yalnızca ByLock'u kullandığı iddiasına dayanmaktadır.

166. Bu nedenle Mahkeme, başvurucunun ByLock mesajlaşma sistemini kullanımına ilişkin tespitin, tutuklandığı esnada, Sözleşme'nin 5 § 1 (c) maddesi anlamında FETÖ/PDY'ye üye olma suçunu işlediğinden şüphelenme sebebini oluşturan tek kanıt olduğunu kabul etmeye hazırdır.

ii. Tutukluluk sırasında, ulusal yargıç ByLock mesajlaşma uygulamasının doğası hakkında yeterli bilgiye sahip miydi?

167. Mahkeme, en başından beri, başvurucuya isnat edilen menfur faaliyetlerin organize suç teşkil ettiğinin akılda tutulması gerektiğini kaydetmiştir. Genel olarak ve mevcut davada müteakip incelemesine halel getirmeksizin Mahkeme, bir bireyin, bir suç örgütü tarafından özel olarak tasarlanmış ve münhasıran bu örgütün iç iletişimi amacıyla kullanılan şifreli bir mesajlaşmayı kullandığını doğrulayan elektronik kanıt kullanımının,

örgütlü suçla mücadele için çok önemli bir araç teşkil edebileceğini değerlendirmektedir (bakınız, *kıyasen, Labita v. İtalya* [BD], Başvuru no. 26772/95, § 159, ECHR 2000IV, *İlyas Yaygın v. Türkiye* (k.k), Başvuru no. 12254/20, § 42, 16 Şubat 2021). Bu nedenle, bu tür kanıtlar, bu kişinin böyle bir örgüte mensup olduğunu güçlü bir şekilde gösterebildiği ölçüde, bir kişinin tutuklanmasını başlangıçta yasal olarak destekleyebilir. Bununla birlikte, bir şüpheliyi haklı çıkarmak için bu tür unsurların münhasır bir temel olarak kullanılması, belirli sayıda hassas problemler doğurabilir, çünkü doğası gereği bu tür kanıtların toplanması için uygulanan prosedür ve teknolojiler karmaşıktır ve bu nedenle ulusal yargıçların kanıtların gerçekliğini, doğruluğunu ve bütünlüğünü belirleme kabiliyetlerini azaltabilir. Böyle bir hususun şüpheli üzerindeki şüphenin yegane veya münhasır dayanağını oluşturması halinde ulusal mahkemenin, iç hukuka göre olası delil değerini dikkatlice değerlendirmeden önce bu husus hakkında yeterli bilgiye sahip olması gerekir.

168. Davanın olgularına dönülürse Mahkeme, başvurucuya isnat edilen tek olgunun, yetkililerin beyanlarına göre, ByLock'u kullanmış olması olduğunu kaydetmiştir. Yukarıda vurgulandığı gibi (paragraf 154), bir kişinin tutuklandığı sırada, objektif bir gözlemciyi ikna etmek için yeterli unsurların bulunup bulunmadığını doğrulaması istendiğinde bunu, ilgili zamanda mevcut olan ve tutuklamaya karar vermeye yetkili hakime sunulan olgular ve bilgiler ışığında yapmalıdır. Bunun için ByLock uygulaması üzerinde taraflarca ortaya konulan bilgilerin uygunluğunun incelenmesi gerekmektedir.

169. Mahkeme, ByLock kullanıcısı olduğu suçlamasını kesin bir şekilde reddeden başvurucunun, Mahkeme'nin ek beyan talebine rağmen, bu mesajlaşma uygulamasının niteliği hakkında hiçbir bilgi vermediğini kaydetmiştir. Öte yandan Hükümet, Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nun çeşitli kararlarını, bilirkişi raporlarını, yüksek mahkemelerce verilen kararları ve FETÖ/PDY ile bağlantılı olarak ülke genelinde yürütülen soruşturmalar kapsamında dinlenen zanlıların ifadelerini kendilerine iletmiştir (bakınız yukarıda 31-36, 41-60, 66-105 ve 147-148. paragraflar). Ancak Mahkeme yalnızca başvurucunun tutukluluğu öncesindeki unsurları dikkate alabilmektedir. Burada hatırlanmalıdır ki, bir kişinin tutuklandığı sırada, objektif bir gözlemciyi iddia edilen suç işlemiş olabileceğine ikna edebilecek yeterli nesnel unsurların mevcut olup olmadığının doğrulanması istendiğinde Mahkeme ilgili zamanda, yani tutuklanma tarihinde mevcut olan ve söz konusu tedbiri emreden yargısal makamların incelemesine sunulan olgu ve bilgileri dikkate almalıdır (*Baş*, yukarıda anılan § 184; ayrıca bakınız yukarıda 154 ve 158. paragraflar). Dolayısıyla, başvurucunun tutuklandığı tarihteki şüphelerin “makullüğünü” tespit etmek için Mahkeme,

bu tarihten sonra elde edilen delilleri incelemeyecektir (bakınız, aynı şekilde, yukarıda anılan *Alparslan Altan*, § 139 ve *Baş*, yukarıda anılan, § 186).

170. Mahkeme ayrıca Hükümet'in yukarıda belirtilen (bakınız yukarıda 146-147. paragraflar) FETÖ/PDY ile ilgili olarak ülke çapında yürütülen soruşturmalarda dinlenen ve bir kısmı Ankara Adliyesi'nde yer alan zanlıların ifadelerine dayandırıldığı argümanını da not almaktadır. Hükümet bu durumdan, ByLock mesajlaşma uygulamasının niteliğinin başvuru tutuklamaya karar verdiği 9. Ankara Sulh Ceza Hakimliği tarafından da yeterince bilindiği sonucunu çıkarmıştır. Ancak, Mahkeme'nin görüşüne göre, bu unsurlar dikkate alınamaz: bunlar aslında dava dosyasının dışında kalan ve resmi olarak hakim dikkatine sunulmuş olarak kabul edilemeyecek unsurlardır (bakınız, *kıyasen, Muhammed ve Muhammed v. Romanya* [BD], Başvuru no. 80982/12, § 172, 15 Ekim 2020).

171. Ayrıca, mevcut dava bağlamında Hükümet tarafından sunulan ByLock'un özelliklerine ilişkin mahkeme kararları veya diğer bilgilere ilişkin olarak, Mahkeme, bunların çoğunun başvuru tutuklanmasından sonra verildiğini veya oluşturulduğunu gözlemlemektedir. Kuşkusuz bu, tam anlamıyla iddia edilen suçla ilgili yeni bir olgu olmamakla beraber, bunlar tek bir kanıt parçasının, yani ByLock şifreli mesajlaşma uygulamasının özellikleri hakkında bilgi sağlayan yargı kararları ve bilirkişi raporlarıdır. Özellikle yüksek mahkemelerin kararları, bu mesajlaşma sisteminin sadece ticari olmayan yapısı ve coğrafi olarak sınırlı kullanımı gibi özellikleri hakkında çok fazla bilgi sağlamakla kalmayıp aynı zamanda, söz konusu örgüte ait olmakla suçlanan bu mesajlaşma sistemini kullanan kişilerin ifadelerinin içeriği ile şifresi çözülen mesajların içeriği hakkında (yukarıda 83-105. paragraflar) bilgi sağlamaktadır. Ancak, başvuru tutuklanmasından sonra sunulan veya elde edilen bu karar veya raporlar, 17 Ekim 2016 tarihinde sulh ceza hakimi söz konusu tutuklamaya karar verdiği açıkça mevcut değildir. Tarihsiz rapora ilişkin olarak (bakınız yukarıda 41. paragraf), dosyada bu belgenin aynı hakim tarafından değerlendirilmesine sunulduğuna dair hiçbir şey yoktur. Bu bağlamda, yukarıda belirtildiği gibi (bakınız yukarıda 169.paragraf) Mahkeme, yalnızca tutukluluk sırasında mevcut olan ve söz konusu tutukluluğu emreden hakim tarafından sunulan bilgileri dikkate alabilmektedir.

172. Ancak Mahkeme, HSYK'nın 24 ve 31 Ağustos 2016 tarihlerinde FETÖ/PDY ile bağlantısı olduğundan şüphelenilen yargı mensuplarının görevden alınmasına ilişkin kararlarına belirli bir ağırlık verilmesini uygun görmektedir (bakınız yukarıda 31-36. paragraflar). Nitekim HSYK'nın kararlarında bu örgütün yargı kurumlarında yürüttüğü faaliyetleri aktardığını, kendisine atfedilen usulsüzlüklere dikkat çektiğini ve

ByLock'un mahiyetinde bir tespit bulduğunu gözlemlemektedir: bu uygulamanın örgüt üyeleri tarafından dahili iletişim için kullanılan şifreli bir iletişim sistemi olduğunu söylemektedir. HSYK bu bulguyu, yetkililer tarafından kendisine sağlanan bilgilerden, yani örgüt üyeleri tarafından kullanılan şifreli programlar aracılığıyla yapılan iletişimlerin içeriğinden, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca sağlanan bilgi ve belgelerden ve bu üyeler hakkında açılan ceza soruşturmaları çerçevesinde görülen hakim ve savcılar duruşma tutanaklarından çıkarmıştır.

173. Bu iki HSYK kararının belirli bir ilgisi olsa da, her iki kararın da Hükümet'in iddia ettiği gibi söz konusu örgüt içinde gizli iletişimi sağlamak için ByLock şifreli mesajlaşmanın münhasıran FETÖ/PDY üyeleri tarafından kullanıldığını göstermediği açıktır. Mahkeme burada, ilke olarak, yalnızca şifreli bir iletişim aracını indirmenin veya kullanmanın veya iletilen mesajların özel mahiyetini korumak için farklı bir koruma yoluna başvurma durumunun kendi başına, yasa dışı veya suç teşkil eden bir faaliyet olduğuna dair objektif bir gözlemciyi ikna etmek için bir unsur oluşturamayacağını vurgulamak istemektedir. Aslında, şifreli bir iletişim aracının kullanımı, ancak kullanıcısının bir suç örgütüne üye olduğundan şüphelenmek için makul bir nedenin olduğuna ikna edebilecek nitelikteki, örneğin iletilen mesajların içeriği veya değiş tokuş edildikleri bağlam gibi, kullanımıyla ilgili diğer unsurlar tarafından desteklendiğinde objektif bir gözlemciyi, kullanıcısının bir suç örgütüne üye olduğundan şüphelenmek için makul bir nedenin olduğuna ikna edebilecek kanıtlar hakkında konuşmak mümkündür. Ayrıca, bu tür bir kullanım hakkında ulusal hakime sunulan bilgiler, hakimin söz konusu mesajlaşmanın aslında yalnızca bir suç örgütü üyelerinin kullanımına yönelik olduğu sonucuna varmasına izin verecek şekilde yeterince spesifik olmalıdır. Ancak, söz konusu davada bu unsurlar eksiktir.

174. HSYK'nın kararları ışığında Mahkeme, Ankara 9. Sulh Ceza Hakimliği'nin 17 Ekim 2016'da başvurusunun tutuklu yargılanmasına karar verdiğinde, ByLock'un niteliğine ilişkin olarak, uygulamanın münhasıran FETÖ/PDY örgütü mensupları arasında dahili iletişim amacıyla kullanıldığına karar vermek için yeterli bilgiye sahip olmadığını değerlendirmektedir. Aynı şekilde, tutukluluk emri ve diğer ilgili kararlarda, başvuru ait şüpheyi haklı çıkarabilecek başka hiçbir olgu veya bilgi ortaya konulmamıştır (bakınız yukarıda 16. ve 17. paragraflar).

175. Bu bağlamda, Mahkeme, mevcut davada verilen tutuklama emrinden sulh ceza hakiminin, CMK'nın 100. maddesinin hangi hükümlerinin bu madde anlamında "kuvvetli şüphelerin varlığını gösteren somut deliller" içerdiğini belirtmeksizin ilgili maddeden alıntı yapmakla yetindiğinin ortaya çıktığını gözlemlemektedir. Mahkeme'ye göre, bu

hükmün ifadelerine ve hatta dosyadaki belgelere yapılan muğlak ve genel atıflar, bir yandan dosyanın unsurlarının bireyselleştirilmiş ve somut bir değerlendirmesinin, diğer yandan da başvurucu üzerindeki şüpheleri haklı çıkarabilecek bilgilerin veya diğer tür unsurların veya doğrulanabilir gerçeklerin yokluğunda, başvurucunun tutukluluğunun temelini oluşturduğu varsayılan şüphelerin “makullüğünü” haklı çıkarmak için yeterli görülemez (bakınız, benzer bir yaklaşım için *Ilgar Mammadov*, yukarıda anılan, § 97, *Alparslan Altan*, yukarıda anılan § 142 ve *Baş*, yukarıda anılan § 190).

176. Ayrıca, Ankara 1. Sulh Ceza Hakimliği'nin tutukluluk emri üzerine yaptığı denetim, başvurucunun tutukluluk kararına karşı yaptığı itirazı, bu kararda herhangi bir yanlışlık bulunmadığı gerekçesiyle reddettiği ölçüde (bakınız yukarıda 17. paragraf) yukarıda belirtilen noksanlığı giderilememiştir. Aynı durum, başvurucunun tutukluluğu sırasında üzerindeki şüpheyi haklı çıkarmak için 6 Haziran 2017'de sunulan iddianameye atıfta bulunarak -yani başvurucunun gözaltına alınmasından çok sonra yapılmış bir eyleme- başvurucunun bireysel başvurusunu reddeden Anayasa Mahkemesi tarafından gerçekleştirilen inceleme için de geçerlidir (bakınız yukarıda 21. paragraf).

iii. Başvurucunun ByLock kullandığından makul şekilde şüphelenmek için yeterli kanıt var mıydı?

177. Yukarıda ulaştığı sonuca göre (bakınız 174 ve 176. paragraflar), Mahkeme ilke olarak ikinci soruya cevap aramanın gereksiz olacağı kanaatindedir. Ancak, mevcut davadaki önemi göz önüne alındığında, Mahkeme böyle bir analiz yapmaya karar vermektedir.

178. Mahkeme, dosyadan da anlaşılacağı üzere, başvurucunun FETÖ/PDY'ye üye olma suçunu işlediğinden şüphelenilmesine neden olan yegane unsurun Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca yapılan başvurucunun, bu iletişim aracının aktif bir kullanıcısı olduğunu gösteren ByLock kırmızı listesinde yer aldığı tespitini olduğunu hatırlatmaktadır. Ancak bu, yetkililerin neye dayanarak ve özellikle hangi verilerden böyle bir sonuca vardığı konusunda herhangi bir belirti veya açıklama içermeyen soyut bir sonuçtur. Dolayısıyla bu belge, dayandığı temel verileri içermemektedir ve bu verilerin nasıl derlendiğine dair bilgi sağlamamaktadır. Haliyle, ulusal mahkemeler, yazarı bilinmeyen bu basit, tarihsiz, tek sayfalık belgeye dayanmışlardır (bakınız yukarıda 14. paragraf).

179. Mahkeme burada yukarıda belirtildiği gibi (155 ve 156. paragraflar), makul şüpheler hakkında karar vermesi istenen hâkime sunulan unsurların belirli olması gerektiğini ve bu hususların, söz konusu eylemi veya ihmali vurgulamanın yanı sıra tespit edilen olgular ile iddia edilen ihlal

arasındaki bağlantıyı açıklayarak, bireyin işlediğinden şüphelenilen eylemi veya ihmali açıkça ortaya koymaları gerektiğini tekrar etmektedir. Ayrıca, şüphenin makullüğünü haklı çıkarmak için incelemeye sunulan unsurların belirli beyanlara, bilgilere veya şikayetlere dayanması gerekmektedir.

180. Ancak Mahkeme, başvurucunun ByLock'u kullandığına ilişkin belgenin, bu haliyle, başvurucunun bu iddia edilen faaliyetinin tarihlerini, sıklığını belirtmediği veya bununla ilgili diğer detayları içermediğini dikkate almaktadır. Ayrıca, ne bu belge ne de tutuklama emri, başvurucunun bu iddia edilen faaliyetinin terör örgütü üyeliğine nasıl işaret edeceğini açıklamaktadır.

181. Sonuç olarak Mahkeme, yukarıda belirtilen diğer unsurların veya bilgilerin yokluğunda (173 ve 179. paragraflar), sadece başvurucunun ByLock kullanıcısı olduğunu belirten söz konusu belgenin, tek başına objektif bir gözlemciyi başvurucunun gerçekten de ByLock'u kendisine isnat edilen suçu teşkil edebilecek bir şekilde kullanmış olduğu konusunda ikna edebilecek makul şüphelerin varlığını gösteremeyeceği kanaatindedir.

iv. Sonuç

182. Yukarıda belirtilenler ışığında Mahkeme, Hükümet'in başvurucunun tutuklu yargılandığı tarihte, 9. Sulh Ceza Hakimliği'nin elinde bulunan delillerin, Sözleşme'nin 5. maddesinin gerektirdiği "makul şüphe" ölçütünü karşılayamadığı ve bu nedenle, objektif bir gözlemciyi, başvurucunun tutuklandığı iddia edilen suçu işleyebilmiş olacağı hususunda ikna edebileceğini kanıtlamadığı sonucuna varmıştır.

183. Olağanüstü hal süresince tutukluluğun dayandırılması gereken şüphelerin "makullüğü" kavramına ilişkin olarak Mahkeme, başlangıçta, mevcut şikayetin, dar anlamda, olağanüstü hal sırasında alınan istisna bir önlemi içermediğini gözlemlemektedir. 9. Sulh Ceza Hakimliği, olağanüstü hal sırasında değiştirilmemiş bir hüküm olan CMK'nın 100. maddesi uyarınca, başvurucunun terör örgütü üyeliğinden tutuklu yargılanmasına karar vermiştir. Dolayısıyla, ilgili kişinin tutuklanmasına, olağanüstü hal ilanından önce yürürlükte olan ve ayrıca halen geçerli olan mevzuata dayanılarak karar verilmiştir (bakınız, diğerleri arasında, *Baş*, yukarıda anılan, § 197).

184. Elbette, 15 Temmuz 2016 askeri darbe girişiminin ardından Türkiye'nin karşılaştığı zorluklar, Mahkeme'nin mevcut davada Sözleşme'nin 5. maddesini yorumlarken ve uygularken kesinlikle dikkate alması gereken bağlamsal bir unsurdur. Ancak bu durum, yetkililerin Sözleşme'nin 5. maddesi uyarınca şüphenin inandırıcılığına ilişkin 5 § 1 (c) maddesinin asgari koşullarını yerine getiren yeterli olgusal temel olmaksızın

olağanüstü hal süresince bir kişinin tutuklanmasına sınırsız karar verme yetkisine sahip olduğu anlamına gelmez. Gerçekten de, bir tutuklama tedbirinin dayandırılması gereken şüphelerin “makullüğü”, Sözleşme'nin 5 § 1 (c) maddesinin sunduğu korumanın temel bir unsurunu oluşturmaktadır (*Alparslan Altan*, yukarıda anılan, §§ 147-149, *Baş*, yukarıda anılan, §§ 199-200). Bu koşullarda, itiraz edilen tedbir, durumun kesinlikle gerektirdiği bir tedbir olarak kabul edilemez. Aksi bir sonuca varmak, özgürlükten yoksun bırakmayı içeren önlemleri haklı çıkaran şüphelerin inandırıcılığına ilişkin 5 § 1 (c) maddesinin asgari koşullarını geçersiz kılacaktır ve Sözleşme'nin 5. maddesinde izlenen amaca aykırı olacaktır.

185. Bu nedenle Mahkeme, başvuruçunun, tutuklandığı esnada, bir suç işlediğinden şüphelenmek için makul nedenlerin bulunmaması nedeniyle Sözleşme'nin 5 § 1 maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

B. Tutukluluğu haklı kılacak ilgili gerekçelerin bulunmadığı iddiası

1. Tarafların argümanları

186. Başvurucu, tutukluluğunun herhangi bir uygun gerekçeye dayanmadığını ileri sürmektedir. Başvurucuya göre, tutuklanmasına dayanak teşkil eden tek delil ByLock'u kullanması olduğundan ve sunucuya ilişkin veriler yetkililerin elinde olduğundan, bunları ne değiştirebilme ne de imha edebilme ihtimali söz konusudur. Tutuklama kararında kaçma riskinin varlığının değerlendirilmediğini de beyanlarına eklemiştir. Askeri darbecileri yakaladığını ve savcılığa teslim olduğunu ifade etmiştir. Başvurucuya göre, bunun CMK'nın 100 § 3 maddesi anlamında bir katalog suç olduğu gerçeğinden, kaçma riskinin olduğu sonucuna varılmamalıdır.

187. Hükümet, tutuklama kararının ilgili ve yeterli gerekçelere, yani (söz konusu cezanın ağırlığı ve FETÖ/PDY üyesi olduğundan şüphelenilen birçok kişinin yurt dışına kaçmış olması nedeniyle) kaçma riskine ve adaletin işleyişini engelleme riskine (tüm şüpheliler henüz tespit edilmemiş ve deliller toplanmamıştır ve bir polis memuru olan başvuruçunun, tüm devlet kurumlarına sızmış olan örgütün etkisini kullanarak soruşturmanın ve yargılamanın ilerlemesini engellemenin yolunu daha kolay bulabilirdi) dayandığını ileri sürmüştür.

2. Mahkeme'nin Değerlendirmesi

188. Mahkeme, bu şikayetin Sözleşme'nin 35 § 3 (a) maddesi anlamında açıkça dayanaktan yoksun olmadığını ve başka bir kabul edilemezlik

gerekçesine rastlamadığını tespit ederek, şikayeti kabul edilebilir ilan etmektedir.

189. Mahkeme, sulh ceza hakiminin özgürlükten yoksun bırakmayı temellendirmek için yeterli ve yerinde gerekçeler ortaya koyma yükümlülüğünün -tutuklanan kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için makul sebeplerin mevcudiyetini devam ettirmesine ek olarak- tutuklama kararından itibaren, yani yakalamanın hemen ardından uygulanacağını vurgulamaktadır (yukarıda anılan Buzadji, § 102). Sözleşme'nin 5 § 3 maddesine ilişkin içtihadından kaynaklanan özellikle *Buzadji* (yukarıda anılan, §§ 87-91) ve *Merabishvili v. Gürcistan* ([BD], Başvuru no.72508/13, §§ 222-225, 28 Kasım 2017)'daki genel ilkelere atıfta bulunmaktadır.

190. Mevcut davada, Mahkeme, halihazırda başvurusunun tutuklanması haklı çıkaracak nitelikte hiçbir özel olgu veya bilginin ulusal mahkemeler tarafından sunulmadığını(bakınız yukarıda 182. paragraf) ve bu nedenle, kendisinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için makul bir neden bulunmadığını tespit etmiştir

191. Mahkeme, tutuklanan kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için makul nedenlerin varlığının, tutuklamanın hukuka uygunluğunun olmazsa olmaz (*sine qua non*) koşulu olduğunu yinelemektedir (bakınız, *kıyasen, Selahattin Demirtaş*, yukarıda anılan, § 355). Bu tür gerekçelerin yokluğunda Mahkeme, tutukluluk kararının gerekçesiz olduğu iddiasıyla ilgili olarak Sözleşme'nin 5 § 3 maddesinin de ihlal edildiği kanaatinde. Ayrıca, yukarıda açıklanan gerekliliklere uyulmamasının Türkiye tarafından Sözleşme'nin askıya alınması bildirimini ile gerekçelendirilebileceği de tespit edilmemiştir.

IV. SÖZLEŞMENİN 5 § 4 MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

192. Başvurucu, soruşturma dosyasına erişimin kısıtlanmasından şikayet etmektedir. Sözleşme'nin aşağıdaki şekilde ifade edilen 5 § 4 maddesine dayanmaktadır:

« 4. Yakalama veya tutuklama yoluyla özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, tutuklama işleminin yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar verilmesi ve, eğer tutuklama yasaya aykırı ise, serbest bırakılması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir. »

193. Hükümet, davada, ne bir savcı ne de bir yargıç tarafından herhangi bir kısıtlama kararının alındığına dikkat çekmiştir. Her halükarda, savcı tarafından yapılan sorguda başvurucuya yöneltilen suçlamaların (FETÖ/PDY üyeliği) sorgulanmış ve şüphenin gerekçesi (ByLock kullanımına ilişkin tespit) hakkında bilgi verilmiş olduğunu göstermektedir. Hükümet, başvurusunun da iddia edilen suçlarla ilgili olarak sulh ceza hakimi

huzurunda dinlendiğini ve duruşma sonunda hakimin kendisine soruşturma dosyasında yer alan belge ve bilgileri okuduğunu söylediğini eklemektedir. Son olarak Hükümet, Anayasa Mahkemesi'nin başvuru tarafından yapılan bireysel başvuru incelemesi sırasında ulaştığı tespiti atıfta bulunarak, başvuru ilgilili belgelerin içeriği hakkında yeterli bilgiye sahip olduğu ve kendisine tutukluluk gerekçelerine itiraz etme fırsatı verildiği sonucuna varmıştır.

194. Başvuru, kısıtlama kararının haklı olmadığını ileri sürmektedir. Kendisine herhangi bir bilgi veya belge verilmediğini iddia etmektedir.

195. Mahkeme, bu şikayetin açıkça dayanaktan yoksun veya Sözleşme'nin 35. maddesinde atıfta bulunulan başka bir gerekçeyle kabul edilemez olmadığına karar vererek, şikayeti kabul edilebilir ilan etmektedir.

196. Mahkeme, öncelikle, bir kısıtlama kararının varlığının taraflar arasında bir ihtilaf konusu olduğunu kaydetmektedir. Başvuru, haksız olduğunu düşündüğü dosyaya erişimin kısıtlanmasından şikayet ederken, Hükümet, böyle bir kısıtlama kararının bulunmadığını ileri sürmektedir.

197. Ancak Mahkeme, bu şikayet üzerine karar vermeye çağrılan Anayasa Mahkemesi'nin soruşturma dosyasına erişimi kısıtlayan bir kararın bulunmadığını tespit etmediğini, şikayetin esasını sanki gerçekten bir kısıtlama kararı varmış gibi incelediğini ve açıkça dayanaktan yoksun olarak reddettiğini (bakınız yukarıda 22. paragraf) kaydetmiştir. Yüksek mahkeme, bu şikayetin açıkça dayanaktan yoksun olduğu sonucuna varırken başvuru ilgilili, tutukluluğunun altında yatan unsurlar hakkında bilgilendirildiğini, bunların içeriği hakkında yeterli bilgiye sahip olduğunu ve tutukluluğuna itiraz etmesi için kendisine yeterli fırsat verildiğini kaydetmiştir. Ayrıca, Anayasa Mahkemesi'nin kısıtlama kararının bulunmadığını fark etmeyerek yukarıdaki şekilde incelemeye geçtiği şartlarda, Mahkeme böyle bir sınırlama kararının varlığını kabul edebileceği kanaatindedir.

198. Mahkeme, Sözleşme'nin 5 § 4 maddesinin, gözaltına alınan veya tutuklanan herhangi bir kişiye, 5 § 1 maddesi anlamında özgürlüğünden yoksun bırakılmasının "usule" ve "kanuna" uygunluğu için gerekli olan usul ve esasa ilişkin gerekliliklere ilişkin bir başvuru hakkı tanıdığını hatırlatmaktadır. 5 § 4 maddesi kapsamındaki usule her zaman, 6. maddenin hukuk ve ceza yargılamaları için öngördüğü ile eşleşme de - bu iki hüküm farklı amaçlar gütmektedir- yine de bu usul yasal bir nitelikte olmalı ve söz konusu özgürlükten yoksun bırakmanın doğasına uygun garantiler sunmalıdır (*Atilla Taş v. Türkiye*, Başvuru no. 72/17, § 149, burada atıfta bulunulan referanslar, 19 Ocak 2021).

199. Özellikle, Sözleşme'nin 5 § 4 maddesi uyarınca, tutukluluğa karşı yapılan itiraza bakan mahkeme huzurunda yürütülen usul, çekişmeli olmalı

ve taraflar, yani savcı ve tutuklanan kişi arasında “silahların eşitliğini” güvence altına almalıdır. Avukatın, müvekkilinin tutukluluğunun yasallığına etkili bir şekilde itiraz etmek için elzem olan dosyanın unsurlarına erişimi reddedilirse, silahların eşitliği güvence altına alınmamış olur (*aynı yerde*, § 150).

200. Mahkeme, Türkiye aleyhine bir dizi davada, CMK'nın 153. maddesi uyarınca soruşturma dosyasına erişimin kısıtlanması nedeniyle Sözleşme'nin 5§4 maddesinin ihlal edildiğini tespit ettiğini gözlemlemektedir (bakınız, diğerlerinin yanı sıra, *Nedim Şener v. Türkiye*, Başvuru no. 38270/11, §§ 8386, 8 Temmuz 2014 ve *Şık v. Türkiye*, Başvuru no. 53413/11, §§ 72-75, 8 Temmuz 2014). Öte yandan, başvuru sahiplerinin dosyadaki belgelere erişimini engelleyen bir kısıtlama olmasına rağmen, diğer bazı davalarda bu hükmün ihlaline rastlanmamıştır (bakınız, özellikle, *Ceviz v. Türkiye*, Başvuru no. 8140/08, §§ 41-44, 17 Temmuz 2012, *Gamze Uludağ v. Türkiye*, Başvuru no.21292/07, §§ 41-43, 10 Aralık 2013, *Karaosmanoğlu ve Özden v. Türkiye*, Başvuru no.4807/08, §§ 73-75, 17 Haziran 2014, *Hebat Aslan ve Firas Aslan v. Türkiye*, Başvuru no.15048/09, §§ 65-67, 28 Ekim 2014, *Ayboğa ve diğerleri v. Türkiye*, Başvuru no.35302/08, §§ 16-18, 21 Haziran 2016, *Mehmet Hasan Altan*, yukarıda anılan, §§ 147-150 ve bakınız, son olarak, *Atilla Taş*, yukarıda anılan § 154). Bu son davalarda Mahkeme, olayların somut bir değerlendirmesine dayanarak bu sonuca varmıştır. Başvuru sahiplerinin, özgürlüklerinden mahrum bırakılmalarının yasallığına itiraz etmek için gerekli olan deliller hakkında yeterli bilgiye sahip oldukları kanaatine varmıştır.

201. Mahkeme, mevcut davanın, Sözleşme'nin 5 § 4 maddesinin ihlal edilmediğini tespit ettiği yukarıda belirtilen davalardan farklı olduğunu tespit etmektedir.

202. Mevcut davada Mahkeme, başvuru sahibinin tutukluluğuna esas oluşturan şüphelerin, yalnızca Cumhuriyet savcılığının, başvuru sahibinin ByLock kullanıcılarının kırmızı listesinde yer aldığı tespitine dayandığını gözlemlemektedir. Bu mesajlaşma sistemini kullandığını reddeden başvuru sahibinin, bu bilgileri ancak polis ve savcı tarafından gözaltındayken yapılan ayrıntılı sorgulamalar yoluyla öğrendiğini kaydetmektedir. Nitekim dosyadaki delillere göre, tutukluluğu sırasında, başvuru sahibinin suçlanan örgüte üyeliğini ortaya koyması gereken bu tek unsura ilişkin hiçbir bilgi veya belge kendisine verilmemiştir. Ayrıca, tutukluluğun bu ilk aşamasında dosya, iddianamenin sunulduğu 6 Haziran 2017 tarihine kadar başvuru sahibi için erişilebilir olmamıştır.

203.Oysa, tutuklu yargılanma söz konusu olduğunda, özgürlüğünden yoksun bırakılan şüpheliye kendisine yöneltilen suçlamaların altında yatan unsurlara itiraz etmesi için etkili bir yol sunulmalıdır çünkü suç işlediğine

dair makul şüphenin varlığı, tutuklamanın ve tutukluluğunun devamının hukuka uygunluğu için olmazsa olmaz (*sine qua non*) bir şarttır (bakınız, *kıyasen, A. ve diğerleri v. Birleşik Krallık* [BD], Başvuru no.3455/05, § 204, CEDH 2009). Yukarıda belirtildiği gibi (paragraf 198), başvurunun veya avukatının bu davada olduğu gibi soruşturma dosyasındaki belgelere erişiminin reddedilmesi halinde tutuklamanın yasallığına etkili bir şekilde itiraz etmek için esas olan silahların eşitliği ilkesi teminat altına alınmaz.

204. Mahkeme, bu nedenle, ihtilaf konusu tedbire karşı yapılan itirazı incelemesi istenen 1. Ankara Sulh Ceza Hakimliği önünde söz konusu tutuklamaya itiraz edilmesi için asli öneme sahip olan (bakınız yukarıda 17. paragraf), ne başvurunun ne de avukatının suçlamanın bu münhasır unsurunun içeriği hakkında yeterli bilgiye sahip olduğu kanaatindedir.

205. Sözleşme'nin 15. maddesine ilişkin olarak Mahkeme, soruşturma dosyasına erişimi kısıtlayan bir karar olmadığını söyleyemekte yetinen Hükümet'in, yukarıda belirtilen gerekliliklerin yerine getirilmemesinin Türkiye'nin Sözleşme'yi askıya alması ile nasıl haklı gösterilebileceğini açıklamadığını gözlemlemiştir. Dolayısıyla, bu kısıtlamanın olağanüstü duruma uygun bir müdahale olarak değerlendirilemeyeceği ve böyle bir yorumun Sözleşme'nin 5. maddesinde sağlanan güvenceleri geçersiz kılacağı kanaatindedir (*Baş*, § 160).

206. Bu doğrultuda, Sözleşme'nin 5 § 4 maddesi ihlal edilmiştir.

V. SÖZLEŞMENİN DİĞER MADDELERİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

207. Son olarak, Sözleşme'nin 5. maddesi uyarınca başvuru, tutuklama kararının, kendi görüşüne göre, bağımsız ve tarafsız kabul edilemeyecek bir yargıç tarafından verildiğini ileri sürmektedir.

208. Mahkeme, sulh ceza hakimlikleri huzurunda sunulan anayasal ve yasal güvenceleri göz önünde bulundurarak ve önüne getirilen davada bağımsızlıkları ve tarafsızlıkları hakkında şüphe oluşturabilecek tutarlı bir argümantasyonun yokluğunu da dikkate alarak (*Baş*, yukarıda anılan, § 278) benzer bir şikayeti daha önce incelediğini ve açık dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez bulunduğunu hatırlatmaktadır.

209. Mahkeme, mevcut davada bu sonuçtan ayrılmayı gerektirecek herhangi bir unsur veya argüman tespit etmemiştir. Buna göre, Sözleşme'nin 35 §§ 3 (a) ve 4. maddesi uyarınca açıkça dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle bu şikayeti kabul edilemez ilan etmektedir.

VI. SÖZLEŞMENİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI

210. Sözleşme'nin 41. maddesi uyarınca:

« Eğer Mahkeme bu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldırılabiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören taraf lehine adil bir tazmin verilmesine hükmeder. »

A. Zarar

211. Başvurucu, işten çıkarılmasından kaynaklanan kazanç kaybına tekabül eden bir milyon Euro maddi tazminat talep etmektedir. Tercüme ve posta masrafları için talep ettiği meblağları bu meblağa dahil etmektedir. Ayrıca manevi tazminat olarak 200.000 Euro talep etmektedir.

212. Hükümet bu iddialara itiraz etmiştir.

213. Mahkeme, başvurusunun maddi tazminat talebini destekleyecek herhangi bir belge sunmadığını gözlemlemiştir. Bu nedenle bu talebi reddetmektedir. Öte yandan, Sözleşme'nin 5 §§ 1 ve 4'üncü maddesinin ihlaline ilişkin olarak, Mahkeme, başvurusunun manevi zarara uğradığı ve mevcut kararda ihlal tespitinin telafi için yeterli olmadığı kanaatinde. Mahkeme, Sözleşme'nin 41. maddesinin gerektirdiği şekilde hakkaniyet temelinde karar vererek, başvurucuya manevi tazminat olarak 12.000 Euro ve bu tutar üzerinden vergi olarak ödenmesi gereken bir miktar ödenmesine karar vermektedir.

Mahkeme, tercüme ve posta masraflarına ilişkin talebin masraf ve giderlerle birlikte değerlendirileceğini işaret etmiştir.

B. Masraf ve giderler

214. Başvurucu 12.400 Türk lirası yargılama gideri talep etmektedir. Yazılı belge olarak, çeviri masraflarının makbuzunu sunmaktadır.

215. Hükümet bu miktara itiraz etmektedir.

216. Mahkeme'nin içtihadı uyarınca, bir başvuru sahibi masraf ve harcamalarının geri ödenmesini ancak bunların gerçekliği, gerekliliği ve oranlarının makul olup olmadığı belirlendiği ölçüde alabilmektedir.

Mevcut davada, elindeki belgeleri ve içtihadını göz önünde bulunduran Mahkeme, başvurucuya tüm masrafların toplamı olarak 1.000 Euro ödenmesinin makul olduğu kanaatinde.

C. Gecikme faizi

217. Mahkeme, gecikme faizi oranını, Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal borç verme kredisi faiz oranının üç puan artırılmış olan oranı üzerinden hesaplanan uygun olduğu kanaatindedir.

BU GEREKÇELERLE, MAHKEME,

1. Oybirliğiyle, başvuruçunun bir suç işlediğinden şüphelenmek için makul nedenlerin bulunmadığına ilişkin şikayetleri (Sözleşme'nin 5 § 1 (c) maddesi), tutuklamayı haklı kılabilecek ilgili gerekçelerin bulunmadığı iddiasını (Sözleşme'nin 5 §§ 1 ve 3 maddesi) ve soruşturma dosyasına erişimin kısıtlanmasına ilişkin şikayeti (Sözleşme'nin 5 § 4 maddesi) kabul edilebilir, ve başvurunun geri kalanını kabul edilemez ilan etmiştir;
2. Bire karşı altı oyla, tutuklandığı esnada, başvuruçunun bir suç işlediğinden şüphelenmek için makul nedenlerin bulunmaması nedeniyle, Sözleşme'nin 5 § 1 maddesinin ihlal edildiğine;
3. Bire karşı altı oyla, Sözleşme'nin 5 § 3 maddesinin ihlal edildiğine;
4. Bire karşı altı oyla Sözleşme'nin 5 § 4 maddesinin ihlal edildiğine;
5. Bire karşı altı oyla;
 - a) Sözleşmeci Devletin, Sözleşme'nin 44 § 2 maddesi uyarınca kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç ay içinde, başvuruçuya, Türk Lirası'na çevrilmek üzere aşağıdaki meblağları ödemesine :
 - i. manevi tazminat için 12.000 Euro (on iki bin Euro), ve de vergi olarak ödenmesi gereken miktar,
 - ii. Masraflar ve giderler için 1.000 Euro (bin Euro), ve de vergi olarak ödenmesi gereken miktar ;
 - b) söz konusu sürenin sona ermesinden ödemeye kadar geçen sürede bu tutarların, Avrupa Merkez Bankası'nın bu dönemde geçerli olan marjinal borç verme kredisinin üç puan artırılmış yüzdeleri oranına göre faize tabi tutulacağına;
- Hükmetmiştir.
6. Oybirliğiyle adil tazmin miktarının geri kalanını reddetmiştir.

Karar Fransızca olarak yazılmış ve daha sonra Mahkeme İç Tüzüğü'nün 77. maddesinin 2. ve 3. fıkraları uyarınca 20 Temmuz 2021'de yazılı olarak tebliğ edilmiştir.

§

Stanley Naismith
Yazı İşleri Müdürü

Jon Fridrik Kjølbro
Başkan

Bu karara, Sözleşme'nin 45 § 2 maddeleri ve Mahkeme İç Tüzüğü'nün 74 § 2 maddeleri uyarınca Yargıç Yüksel'in muhalefet şerhi eklidir.

J.F.K.
S.H.N.

YARGIÇ YÜKSEL’İN KARŞI OYU

1. Mevcut davada, Sözleşme’nin 5. maddesinin ilk fıkrasının c bendi ile 3. ve 4. fıkralarının ihlal edildiği yönündeki çoğunluk görüşüne katılmadığımı saygıyla arz ederim.

a) Sözleşme’nin 5. maddesinin 1. fıkrası

2. Başvurucu, Sözleşme’nin 5. maddesinin 1. fıkrası kapsamında, tutuklanmasını gerekli kılacak şekilde bir suç işlediğinden şüphelenilmesi için makul gerekçeler olduğunu gösterecek nitelikte hiçbir delil olmadığını ileri sürmüştür. Bu şikâyetin incelenmesi anlamında, özünde Mahkeme’nin, başvurucunun kendisine yöneltilen ve tutukluluğuna dayanak oluşturan suç işlediği hususunda, tutuklama kararının objektif bir gözlemciyi ikna etmeye yeterli bulgular ile gerekçelendirilip gerekçelendirilmediğini belirlemesi gerekmektedir. Çoğunluğun bu meseleye ilişkin yaklaşımı hakkındaki görüşümü belirtmeden önce, bana göre, mevcut davanın şartlarında bu şikâyetin incelenmesinde mihmandar olarak kabul edilmesi gereken ilgili prensip ve olguları hatırlatmak isterim.

3. Her şeyden önce, bu davadaki başvurucunun ulusal polis teşkilatının istihbarat biriminde çalışmış eski bir polis memuru olduğunu hatırlatırım. Başvurucu 19 Ağustos 2016’da, olağanüstü hal ilanına sebebiyet veren 15 Temmuz 2016 tarihli darbe girişiminden yaklaşık bir ay sonra, açığa alınmıştır. Yakın zamanda verdiği kararlarda Mahkeme, bu olayın Sözleşme madde 5’in uygulanmasında ve yorumlanmasında tamamiyle dikkate alınması gereken bağlamsal bir husus teşkil ettiğinin daima altını çizmiştir (*Alparslan Altan v. Türkiye*, Başvuru no. 12778/17, § 75, 16 Nisan 2019 ve *Baş v. Türkiye*, Başvuru no. 66448/17, § 199, 3 Mart 2020). Esasen Mahkeme *Alparslan Altan* (yukarıda anılan, § 135) kararında şu şekilde görüş belirtmiştir: “Hükümet, – Türk mahkemelerince 15 Temmuz 2016 darbe teşebbüsünü planladığı değerlendirilen – söz konusu örgütün alışılmamış niteliğinin üzerinde durmuş ve meşruiyet kılıfı altında etkili devlet kurumlarına ve yargı sistemine yaygın biçimde sızdıklarını öne sürmüştür (...). İddia edilen bu minvaldeki koşullar, tutuklamayı haklı kılan şüphenin “makullüğünün” geleneksel suçları ele alırken uygulananlarla aynı ölçütlere göre değerlendirilemeyeceği anlamına gelebilir (bakınız, benzeri bir değerlendirme için, yukarıda anılan *Fox, Campbell ve Hartley*, § 32).” Dolayısıyla, olayda ileri sürülen şikâyeti incelerken, istihbarat birimlerinde uzmanlaşmış eski bir polis olan başvurucunun hayli özel ve olağandışı şartlarda gözaltına alındığı hususunun dikkate alınması uygun olacaktır.

4. İkinci olarak, 17 Ekim 2016 tarihinde, başvuru bir suç örgütüne üye olduğu varsayımıyla sorgulanmıştır. Dava dosyasında bulunan delillere göre, başvurucuya ilişkin şüphelerin, Cumhuriyet Savcılığınca iletilen ve başvurucunun ByLock mesajlaşma uygulamasına kayıtlı bir kullanıcı olduğunu gösteren bir belgeye dayandığı anlaşılmaktadır. Bu dokümanda yer alan ve görüldüğü kadarıyla ByLock sunucusundan alınmış olan bilgiler başvurucunun telefonundan ilgili sunucuya önemli sayıda bağlantı kurulduğunu ayrıca göstermektedir⁴ (kararın 14. paragrafı). Başvurucunun duruşma tutanaklarına bakıldığında, bu kriptolu mesajlaşma sistemini kullandığını katî surette inkâr ettiği görülmektedir (kararın 11. paragrafı).

5. Başvurucunun tutuklandığı zaman, ulusal yargıç, başvurucunun ByLock mesajlaşma uygulamasını kullandığını ve dolayısıyla Cumhuriyet savcısına göre bir suç örgütünün dahili iletişimde kullanılan bir iletişim ağının parçası olduğunu gösteren birtakım elektronik delillere sahipti (kararın 12. paragrafı). Başvurucunun bir suç örgütüne dahil olduğuna yönelik şüpheye yol açacak makul sebeplerin varlığına ilişkin bir kanıyı temellendirmek için bu bilginin yeterli olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorusunun incelenmesinde, Mahkeme'ye taşınan şikayetin sadece tutuklandığı esnada, 17 Ekim 2016, başvuru aleyhinde olan şüphelerin makullüğüne ilişkin olduğu hususunun göz önünde bulundurulması münasip olacaktır. Sonuç olarak, Mahkeme söz konusu bilgi ve dokümanların başvurucunun tutukluluğunun devamını haklı çıkarmaya yeterli olup olmadıklarını araştırma durumunda değildir (*Labita v. İtalya* [BD] ile karşılaştırın, Başvuru no. 26772/95, § 158-159, CEDH 2000IV).

6. Bu noktada, 5. maddenin 1. fıkrasının c bendinin gözaltı anında polis tarafından sonradan suç isnadı için gereken tüm delillerin toplanmış olması şartını aramadığı yönündeki Mahkeme içtihadının altının çizilmesinin önemli olduğu kanaatindeyim. Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının c bendi kapsamındaki bir gözaltı dâhilinde yapılan sorgunun amacı, gözaltına dayanak yapılan somut şüphelerin doğrulanması veya bertaraf edilmesi suretiyle ceza soruşturmasının tamamlanmasıdır. Ayrıca, şüpheye sebebiyet veren bilgi ve bulgular, ceza soruşturmasının ileri safhalarında söz konusu olan cezalandırma veya iddianamenin yazılmasını dahi haklı çıkarmak için gerekli olanlar ile aynı seviyede olması gerekmemektedir (*Brogan ve diğerleri v. Birleşik Krallık*, 29 Kasım 1988, § 53, A serisi n° 145B 145B, ve *Murray v. Birleşik Krallık*, 28 Ekim 1994, § 55, A serisi n° 300A).

⁴ Dava dosyasında bulunan bilgilere göre, “kırmızı” kodu uygulamanın yoğun kullanımını belirtmektedir (kararın 24. paragrafı).

7. Bu bağlamda, *Murray* (yukarıda anılan) kararında başvuruçunun gözaltına alınması sonrasında mahkemeye sevk edilmediğini ve hakkında bir suç isnadında bulunulmadığını, aksine, bir saati biraz aşkın süren bir sorgu sonrasında serbest bırakıldığını not ediyorum. Mahkeme de “Ancak, bu durumun başvuruçunun yakalanması ve gözaltında tutulmasını 5. maddenin 1. fıkrasının c bendine aykırı olduğu anlamına gelmeyeceği (...), çünkü böylesine bir amacın varlığı hedefin gerçekleştirilmesinden bağımsız düşünülmesi gerekmektedir” (aynı yerde). Ötesinde, 1985’te Kuzey İrlanda’da işlenen bir cinayet sonrasında 4 güvenilir muhbir tarafından başvuruçunun Geçici İrlanda Cumhuriyet Ordusu’nun bir üyesi olduğu ve cinayete karıştığı yönünde polise bilgi verilen, *O’Hara v. Birleşik Krallık* (Başvuru no. 37555/97, CEDH 2001-X) davasına atıf yapıyorum. Başvuruçucu sadece bu bilgiler dayanak yapılarak gözaltına alınmış ve ardından herhangi bir suçlama yöneltilmeden serbest bırakılmıştı. Mahkeme bu davada, başvuruçuya yönelik şüphelerin aranan makullük seviyesine ulaştığı gerekçesiyle Sözleşme’nin 5. maddesinin 1. fıkrasının ihlal edilmediğine hükmetmişti çünkü şüpheler başvuruçunun terör niteliği taşıyan bir suça iştirakine ilişkin net bilgilere dayanmaktaydı ve bu tedbir, mercilerin başvuruçunun özgürlüğünden mahrum bırakılmasına yol açan şüphelerin gerçekliğini kontrol etmek içindi (aynı yerde, § 44).

8. Atıf yapılan bu iki dava gözaltı anında aranan makul şüphe seviyesini anlamak için elzemdir. Mahkemenin içtihadına göre tutukluluğu haklı kılabilecek makullük seviyesinin gözaltı anında aranandan daha yüksek olmadığını hatırlatmak uygun olacaktır. Diğer bir ifadeyle, bir kişiden şüphenilmesi için sebeplerin gözaltı anında makul olması gerekmektedir ve tutuklu bulunan bir şüpheli için aynısı *evleviyetle* geçerlidir. Bir kişinin suç işlediğine yönelik şüpheye ilişkin makul sebepler, söz konusu kişinin yakalanma ve tutuklanma anlarında mevcut olmalıdır (*Kavala v. Türkiye*, Başvuru no. 28749/18, § 88, 10 Aralık 2019). Dolayısıyla, *Murray* ve *O’Hara* (yukarıda anılan) davalarında açıklanan ilkeler tutukluluk için de uygulanabilir. Haliyle, yerel makamlar (“itirafçılar”ın beyanları gibi, *Labita* davasında olduğu gibi, yukarıda anılan, § 159) doğrulanabilir bilgiler elde ettiği takdirde, her ne kadar sonrasında tutukluluğun devamını gerekçelendirmek için yetersiz olabilseler de bu bilgiler doğrudan şüphelinin tutuklanması için geçerli bir zemin oluşturabilir.

9. Olayda Mahkeme önüne getirilen şikâyetin muteber bir şekilde incelemesi amacıyla dikkate alınması gereken temel bulgu ve ilkelerin sunulmasının ardından, şimdi mevcut davada çoğunluk tarafından yürütülen inceleme üzerine değerlendirme yapıyorum. Bir suç işlediğine ilişkin makul şüpheler ile başvuruçunun tutukluluğunun gerekçelendirilmesi hususunda,

çoğunluk üç aşamalı bir incelemeyi tercih etmiştir. Çoğunluk ilk olarak iddia edilen ByLock programı kullanımının başvuruca yönelik şüpheler için tek kaynak olup olmadığını araştırmıştır. Devamında, çoğunluk ByLock kullanımının bir bireyin FETÖ/PDY örgütüne üye olmasından şüphelenilmesi için makul bir sebep olarak düşünülüp düşünüleceğini tartışmıştır. Bu aşama dahilinde çoğunluk özellikle başvuruca için tutuklama kararı veren hakim o esnada ByLock uygulamasının niteliği hakkında yeterli bilgiye sahip olup olmadığı sorusu üzerine eğilmiştir. Son olarak, çoğunluk başvuruca ByLock kullandığından makul surette şüphelenmek için yeterli delil olup olmadığını teyit etmeye çalışmıştır.

10. Çoğunluk tarafından benimsenen bu üç aşamalı incelemenin geçerliliğine ilişkin tereddütlerimi belirtmek isterim. İlk olarak, bu incelemenin Mahkeme tarafından, bir başvuruca ilişkin şüphe için makul sebeplerin varlığının araştırılmasının, yerleşik olarak benimsenmiş içtihatı aykırı olduğu kanaatindeyim, bu yaklaşım içtihatı şu şekildedir: “Makul nedenler ifadesi, objektif bir gözlemciyi ilgili bireyin suç işlediğine ikna etmeye elverişli bilgi ve olayların varlığı anlamına gelir. Neyin “makul” olacağı şartların bütününe bağlıdır.”(*Fox, Campbell ve Hartley v. Birleşik Krallık*, 30 Ağustos 1990, § 32, A serisi no. 182 ; ayrıca bakınız *Ilgar Mammadov v. Azerbaycan*, Başvuru no. 15172/13, § 88, 22 Mayıs 2014, *Rasul Jafarov v. Azerbaycan*, Başvuru no. 69981/14, §§ 117-118, 17 Mart 2016 ve *Kavala*, yukarıda anılan, § 127)⁵. Kanaatimce, çoğunluk tarafından benimsenen bu yorum, başvuruca ilişkin şüphelerin incelenmesinde tüm ilgili delil ve koşulların incelenmesi yükümlülüğünü göz ardı etmektedir.

11. İkinci olarak, emsali görülmemiş olması ve örgütlü suçlarla mücadele anlamında özellikle isabetsiz şekilde olmasının yanında başvuruca tutuklandığı istisnai koşullar göz ardı edilerek - başvuruca ulusun varlığını tehdit eden darbe girişiminin hemen ardından tutuklanmıştır - çoğunluk tarafından tutuklama anında başvuruca şüphelenmek için makul sebeplerin varlığını değerlendirirken son derece yüksek bir eşik uygulanmıştır.

⁵ Bu bağlamda Mahkeme, örneğin Amerika Birleşik Devletleri Anayasa Mahkemesi tarafından ortaya konan Aguilar-Spinelli testi gibi çok aşamalı bir analiz veya benzer katı bir test uygulamamaktadır. Aslında, "Aguilar-Spinelli testi" olarak bilinen bu katı "iki aşamalı" test, arama ve el koyma kararı verilmeden önce gizli tanıklar tarafından verilen bilgilerin ispat değerinin incelenmesi için uygulanmıştır (başka bir deyişle, şüpheleri desteklemek için) ; görünen o ki bu test sonrasında *Illinois v. Gates* (462 U.S. 213 (1983)) davasında yerini, “muhtemel gerekçelerin” varlığını belirlemek için geleneksel olarak iki aşamalı test yerine kullanılan, vakadaki “koşulların tamamı”nın incelenmesi analizine bırakmıştır.

12. Üçüncü olarak, kararın 167. paragrafında oldukça genel hatlarla elektronik delillerin örgütlü suçlarla mücadelede çok önemli bir vasıta olabileceği kabul edilmiş olmasına karşın, çoğunluk tarafından bu tip delillerin ispat gücüne ilişkin kabul edilen dayatmacı ve örgütlü suçlara ilişkin soruşturmaların ihtiyaçları ile gerçeklerinden kopuk olan bu yaklaşım, uygulamada tutuklama aşamasında elektronik delillerin kullanılmasını tamamiyle saf dışı bırakılması etkisini oluşturacak sonuçlar doğurmaktadır. Daha endişe verici olanı ise, başta soruşturmanın ilk aşamalarında olmak üzere elektronik delillerin ceza soruşturmalarında giderek artan kullanımı göz önünde bulundurulduğunda, bu tip delillerin hususiyetleri ile karmaşıklıklarının yanında değerlendirme ve doğrulanmalarına yönelik mevcut zorluklara ilişkin yapıcı bir tartışmaya girilmeden bu değerlendirmeye gidilmesidir (bu konuda, aşağıda 15. ve 16. paragraflara bakınız).

13. Şimdi, çoğunluk tarafından benimsenen yorumun eksik yanlarını daha somut şekilde açıklayarak, bu analizin her bir aşamasını ayrıca inceleyeceğim.

i. Analizin ilk aşaması

14. Yukarıda da belirttiğim gibi, Mahkeme'nin genel yaklaşımı nezdinde, tutuklanan bir bireye ilişkin şüphelerin makullüğünün incelenmesi, tutuklanma anında mercilerin elinde olan ilgili tüm bilgi ve bulguların dikkate alınması suretiyle yapılmalıdır. Ancak, olayda çoğunluk tarafından benimsenen yaklaşım yalnızca dosyaya iddia makamınca sunulan bulguların ispat değeri üzerinden temellendirilmiş bir muhakeme önermektedir. Başvurucunun ByLock programını kullandığı kanısını oluşturan bu deliller, şüphelerin makullüğünü değerlendirmede kuşkusuz önemli ve aslidir fakat Mahkeme analizini, yerel mercilerce ilgilinin telefonunun bir ByLock kullanıcı numarası ile eşleştirilmesi hususu gibi objektif bir gözlemciyi başvurucunun söz konusu suçu işlemiş olabileceğine ikna etmeye elverişli diğer tüm unsurlarla ilgili bilgilerin hariç tutulması suretiyle, sadece bu deliller üzerinde temellendirmemelidir. Bu hususta, dosyadan anlaşıldığı üzere, sonradan da teyit edilen bu bilgiyi başvuru ne yerel mahkemeler ne de Mahkeme nezdinde reddetmiştir (kararın 29. ve 126. paragrafları).

ii. Analizin ikinci aşaması

15. Analizin ikinci aşamasına ilişkin olarak, doğrudan, "(...) bir bireyin, bir suç örgütü tarafından özel olarak tasarlanmış ve münhasıran bu örgütün iç iletişimi amacıyla kullanılan şifreli bir mesajlaşmayı kullandığını

doğrulayan elektronik kanıt kullanımının, örgütlü suçla mücadele için çok önemli bir araç teşkil edebileceğini (...). Bu nedenle, bu tür kanıtlar, bu kişinin böyle bir örgüte ait olduğunu güçlü bir şekilde gösterebildiği ölçüde, bir kişinin tutuklanmasını başlangıçta yasal olarak destekleyebilir. (...)" şeklindeki kararın 167. paragrafını işaret ediyorum. Her ne kadar bu minvaldeki delil unsurlarının toplanmasına, verilerin işlenmesine ve sonrasında yargı mercilerince kullanımına uygulanacak kural ve prosedürler devletlerin çoğunda farklılık gösterse de, özellikle son senelerde söz konusu delile benzeyen elektronik delillerin birçok Avrupa ülkesinde kullanıldığını not ederim⁶. Aynı şekilde, bu minvaldeki delil unsurlarının ispat değerine ilişkin hiçbir görüş birliği bulunmamaktadır. Yine de, elektronik delillerin organize suça karşı mücadelede önemli bir araç olduğu şüphe oluşturmamaktadır⁷.

16. Kararın 167.paragrafında çoğunluk tarafından da kabul edildiği üzere, elektronik delillerin toplanmasına uygulanan teknolojiler ve prosedürler karmaşıktır. Bu delillerin de aynı nitelikte olmasından ötürü, bunlardan elde edilen bilgilerin değerlendirilmesi zaman alabilir ve doğruluğu ile ispat değerini teyit etmekten sorumlu bir uzmanın incelemesini gerektirebilir⁸. Buna karşın, özellikle tutuklama esnasında, tek başına bu hususun, salt elektronik delillerin kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için makul sebep teşkil edemeyeceği sonucuna sevk

⁶ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin hukuk ve idari işlemlerde elektronik kanıtlara ilişkin yönergesi, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=0900001680902dc9

⁷ Yakın zamanlı iki örneğe bakınız: 2 Temmuz tarihli, Europol/Eurojust ortak basın açıklaması, "Dismantling of an encrypted network sends shockwaves through organised crime groups across Europe" başlıklı, <https://www.europol.europa.eu/newsroom/news/dismantling-of-encrypted-network-sends-shockwaves-through-organised-crime-groups-across-europe>, "EncroChat : What is it and why did criminals use it?", <https://cyfor.co.uk/encrochat-what-is-it-and-why-did-criminals-use-it/>, 10 Mart 2021 tarihli Eurojust basın açıklaması, "New major interventions to block encrypted communications of criminal networks" başlıklı, <https://www.eurojust.europa.eu/new-major-interventions-block-encrypted-communications-criminal-networks>. Ayrıca bakınız *Report on Data Protection in Gathering and Using Electronic Evidence*, <http://www.evidenceproject.eu/the-activities/deliverables.html>, ve Konsey Kararı için tavsiye kararı, ceza hukuku alanında yargısal işbirliği için Avrupa Birliği ile Amerika Birleşik Devletleri arasında elektronik delillerin sınır ötesi erişime açılması hususunda bir anlaşma amacıyla görüşmelere başlanması yetkisi veren, (Brüksel, 5.2.2019 COM(2019) 70 Final), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52019PC0070>

⁸ *Elektronik Delil Rehberi: Polisler, savcılar ve hakimler için temel rehber*, https://au.int/sites/default/files/newsevents/workingdocuments/34122-wd-annex_4_-_electronic_evidence_guide_2.0_final-complete.pdf

etmemelidir. Başka bir deyişle, elektronik delillerin doğruluk, güvenilirlik ve bütünlüklerinin teyidi anlamında birtakım prosedürler ortaya konmasının gerekebilmesi, bu delillerin toplanmaları devamındaki ilk aşamalarda ispat değerinden noksan oldukları anlamına gelmemektedir.

17. Bu bağlamda, kıyasen, bunların karar mercii tarafından mahkûmiyet için kullanılmaları her ne kadar sonradan madde 6.maddedeki güvencelere aykırı olarak değerlendirilse de, Sözleşme'nin ceza davasının ilk aşaması esnasında aynı nitelikteki kaynaklara dayanılmasını yasaklamadığını ortaya koyan gizli tanıklara ve etkin pişmanlıktan yararlananlara ilişkin Mahkeme'nin yerleşik içtihadını işaret etmek isterim (bakınız, diğerlerinin yanı sıra, *Kostovski v. Hollanda*, 20 Kasım 1989, § 44, A Dizisi no. 166 ; gizli tanık meselesine ilişkin örnekler için, ayrıca bakınız, diğerlerinin yanı sıra, *Ellis et Simms v. Birleşik Krallık* ve *Martin v. Birleşik Krallık* (k.k), Başvuru no. 46099/06 ve 46699/06, 10 Nisan 2012 ve *Pesukic v. İsviçre*, Başvuru no. 25088/07, §§ 43-53, 6 Aralık 2012). Bu içtihattan anlaşıldığı üzere bir delilin daha düşük bir ispat değeri olması, soruşturmanın ilk aşamasında bu delile dayanan şüpheleri temelsiz hala getirmemektedir.

18. Dolayısıyla, başvuru tarafından öne sürülen şikâyetin sadece, tutuklama anında suç işlediğine yönelik şüpheye ilişkin makul sebeplerin iddia edilen yokluğuna ilişkin olduğunun, yargılamayı beklerken devam eden tutukluluğu hakkında veya aleyhinde yürütülen ceza kovuşturmasında eşitlik meselesine ilişkin olmadığını akılda tutulması elzemdir (bu anlamda, bakınız *Labita*, yukarıda anılan, § 159). Ötesinde, adil yargılamanın gereklilikleri diğer maddeler kapsamındaki usuli soruların incelenmesinde bir ilham kaynağı olabilse de, Sözleşme'nin 5. maddesinde olduğu gibi, güvencelerin yeterliliği sorusu muhakkak aynı şekilde değerlendirilmek zorunda değildir (karşılaştırma için *Stanev v. Bulgaristan* [BD], Başvuru no. 36760/06, § 232, CEDH 2012 ; ayrıca bakınız *İlyas Yaygın v. Türkiye* (k.k), Başvuru no. 12254/20, § 41, 16 Şubat 2021).

19.Çoğunluğun başvuru tarafından ileri sürülen şikâyetin hususi bağlam ile kapsamını gözden kaçırdığı, 5. maddenin 1. fıkrasının c bendi anlamında elektronik delillerin ispat değeri için, Mahkeme'nin bu alandaki yerleşik içtihadını gözardı ederek, hiç olmadığı kadar yüksek bir eşik öngördüğü ve bu yapılan muhakemenin ikinci kısmı beni kaygılandırmaktadır.

20. Konuya ilişkin olarak, başvuru tutuklanması sırasında sulh ceza hâkiminin elinde bulunan elektronik delillerin yeterliliğinin değerlendirilmesi anlamında, çoğunluğun 24 ile 31 Ağustos 2016

tarihlerinde verilen ve FETÖ/PDY ile iltisaklı olduğundan şüphelenilen yargı mensuplarının meslekten çıkarılmalarına ilişkin HSYK kararlarının (kararın 31-36 ila 172-174 sayılı paragrafları) yerindeliğini dikkatten kaçırdığının görülmekte olduğunu da not ederim. Söz konusu kararlarda HSYK, bilhassa örgüt üyelerinin dâhili iletişimleri için kullandıkları şifreli bir haberleşme sistemi olduğu sonucuna vararak, ByLock uygulamasının niteliği hakkında net bir değerlendirmede bulunmuştur. HSYK bu sonuca, yerel makamlarca kendisine iletilen somut ve doğrulanabilir bilgilerden ulaşmıştır; örgüt üyelerince kullanılan şifreli program vasıtasıyla yapılan konuşmaların içerikleri, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından toplanan bilgiler ile belgeler ve 15 Temmuz olayları sonrasında bu üyelere açılan ceza soruşturmaları kapsamında sorgulanan hâkim ve savcılara ilişkin tutanaklar gibi (kararın 172. paragrafı). Çoğunluğun dikkat çektiği gibi, HSYK kararlarının hiçbirinde “münhasıran” zarfını kullanmamaktadır. Yine de buradan, davanın bu aşamasında, bu uygulamanın münhasıran FETÖ/PDY örgütü üyelerince dahili haberleşmede kullanıldığından şüphe duymak için makul sebeplerin varlığı hususunda bir ön kararın gerekçelendirilmesi için 9. Sulh Ceza Hakimliğinin ByLock uygulamasının niteliğine ilişkin yeterli bilgiye sahip olmadığı sonucu çıkarılabilir mi? Aşağıda açıklanan sebeplerden ötürü, benim bu soruya cevabım “hayır” olacaktır

21. Bu bağlamda, HSYK'nın kararlarında söz konusu örgütçe kullanılan haberleşme yöntemleri hakkında esaslı bilgiler sağladığını not edilebilir. HSYK doğrudan, şifreleme ile konuşmaların korunmasına izin veren farklı mesajlaşma uygulamalarının örgüt tarafından tercih edildiğini belirtmiştir (kararın 33.paragrafı). Buna karşın, diğer mesajlaşma uygulamalarının kullanıcıları değil sadece ByLock uygulamasının kullanıcıları, FETÖ/PDY örgütüne mensubiyetlerinden şüphelenilmesi gerekçesiyle tutuklanmıştır. Bu husus, bir şifreli mesajlaşma uygulamasının kullanılmasının tek başına bir gözaltı veya tutukluluk gerekçesi olarak değerlendirilmediğini göstermektedir.

22. Ardından HSYK, “örgütte dahili haberleşmenin ByLock adı ile bilinen bir şifreli haberleşme programı ile yapıldığını” vurgulamıştır (kararın 34.paragrafı). Kuşkusuz, başvurunun tutuklanmasını emreden sulh ceza hakimi, HSYK'nın mevzubahis kararları ile bağlı değildir, ancak bunlar hala anayasal bir organ tarafından yetkisi dahilinde verilen ve iddia edilen ByLock kullanımının objektif bir gözlemciyi başvurunun FETÖ/PDY terör örgütüne üye olmak suçunu işlediğine dair ikna edebilecek bir delil teşkil edip etmediği sorusunun değerlendirilmesi amacına yakından alakalı ve önemli bilgiler içeren resmi kararlardır.

23. Ayrıca, HSYK'nın ByLock uygulamasının niteliğine ilişkin değerlendirmelerinin, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay tarafından ulaşılan sonuçlarla uyduğuunun altının çizilmesini önemli buluyorum (kararın 80, 83 ve 100'üncü paragrafları). Başvurucunun tutuklanmasının ardından uygulamaya konan ilave araştırma ve soruşturma vasıtalarıyla, yüksek yargı makamları kararlarında, ticari olmayan niteliği ve coğrafi olarak sınırlandırılmış kullanımı gibi sadece bu mesajlaşma uygulamasının hususi özellikleri değil aynı zamanda diğer kullanıcıların beyanları ve çözümlenmiş mesajların içerikleri hakkında ciddi bir bilgi birikimi sağlamışlardır (kararın 171'inci paragrafı). Bu mahkemeler bilhassa, evrensel bir haberleşme uygulaması kisvesi altında, ByLock'un sadece söz konusu suç örgütü üyelerinin kullanımına yönelik olduğunu not etmişlerdir (kararın 80 ve 100'üncü paragrafları). Bu kararların başvurucunun tutuklandığı esnada henüz verilmemiş olduklarının bilincindeyim. Fakat bu kararların sonraki bir aşamada eklenen deliller gibi düşünülmemeyeceğine ve aksine HSYK'nın değerlendirmelerinin geçerliliğiyle yakinen alakalı olan bir husus teşkil ettiklerine dikkat çekmek istiyorum. Haliyle, ikincillik ilkesi gözetilerek, Mahkeme önlerindeki delilleri değerlendirmek için daha iyi bir konumda olan yüksek yargı tarafından sonradan yapılan tespitleri tümüyle göz ardı etmemelidir (*Selahattin Demirtaş v. Türkiye* (No. 2) [BD], Başvuru no. 14305/17, § 311, 22 Aralık 2020).

24. Burada, 2016 Ocak ayında ByLock'un hususi özelliklerine ilişkin bilgilerin hala tam olarak mevcut olmamasının, başvurucunun tutuklanması esnasında kendisine ilişkin şüpheleri temelsiz hale getirmediğini belirtmek istiyorum (bu konuda içtihadı ilişkin daha fazla bilgi için yukarıda 17. ve 18. paragraflara bakınız). Doğası gereğince elektronik delillerin toplanmasına ve değerlendirilmesine ilişkin usul ve uygulanan teknolojilerin karışıklığı dikkate alındığında, ulusal makamlardan bir şüphelinin yakalanması veya tutuklanması üzerine bunlarla ilgili tüm bilgileri ve ayrıntıları derlemiş olmasını zorunlu kılmak, yetkililere katlanılmaz bir yük getirecek ve organize suçla mücadeleyi imkansız hale getirecektir. Kuşkusuz, toplanan verilerin ek analizi, yerel mahkemelerin ByLock uygulaması hakkında daha derinlemesine tespitler yapmalarına olanak sağlamıştır. Ancak, bu bulgular tamamen yeni değildir; aksine, HSYK'nın ByLock'un FETÖ/PDY üyeleri tarafından dahili iletişim amacıyla kullanılan bir uygulama olduğunu belirten kararlarında yaptığı ilk analizleri tamamlayıcı niteliktedir.

25. HSYK'nın ilgili kararlarının başvuru tutuklanmadan önce verildiği ve kamuoyuna açıklandığı dikkate alındığında, başvurucunun tutukluluğuna hükmeden Ankara 9. Sulh Ceza Hakimliğinin, HSYK'nın ilgili kararlarının

kapsamını bildiği ve dolayısıyla ByLock mesajlaşma uygulamasının FETÖ/PDY örgütü tarafından dahili iletişim amacıyla kullanıldığı sonucuna varabilmek için bu uygulamanın mahiyeti hakkında yeterli bilgiye sahip olduğu sonucuna yanılmadan varılabilir.

26. Çoğunluğun başvuruçunun tutuklanmasına karar veren hakimin o sırada ByLock mesajlaşma uygulamasının mahiyeti hakkında yeterli bilgiye sahip olmadığı sonucuna vardığı zaman bu tartışmaya kapalı gerçekleri göz ardı ettiğini saygıyla arz ederim.

iii. Analizin üçüncü aşaması

27. Analizin üçüncü adımında çoğunluk, başvuruçunun ByLock uygulamasını kullandığından makul şekilde şüphelenmek için yeterli kanıt olup olmadığını belirlemeye çalışmaktadır. Bu bağlamda, söz konusu uygulamanın başvuruçu tarafından kullanımı bulgusunun, ByLock kullanıcı numarası, bu numaraya bağlı cep telefonu numarası (başvuruçunun kendisine ait olduğunu ikrar ettiği), başvuruçunun TC kimlik numarası ve son olarak mesajlaşma sisteminin kullanım yoğunluğunu gösteren renk kodu gibi belirli bilgileri içeren bir belgeye dayandığını belirtiyorum (kararın 14. paragrafı). Ayrıca Mahkeme'nin yerleşik içtihadına göre ulusal makamların, bir bireyin ilgili suçu işlediğine yönelik şüpheyeye ilişkin makul sebeplerin varlığına ilişkin sorunun incelenmesinde dikkate alınabilecek bilgi ve olaylara ilişkin geniş bir takdir yetkisine sahip olduklarını (bakınız, diğerlerinin yanı sıra, *O'Hara*, yukarıda anılan, § 40, başvuruçunun tanıklardan elde edilen bilgiler üzerine gözaltına alındığı; *Fox, Campbell ve Hartley*, yukarıda anılan, §§ 32-34, ve *Murray*, yukarıda anılan, § 52, gizli kaynaklardan gelen bilgiler üzerine yapılan gözaltılara ilişkin olarak; ve daha yakın zamanda, *Alpergin ve diğerleri v. Türkiye*, Başvuru no. 62018/12, § 49, 27 Ekim 2020, istihbari raporlarının dikkate alınmasına ilişkin olarak) ve vardıkları sonuçlarda keyfilik veya bariz mantık hatası bulunmaması halinde ilgilinin tutuklama kararının dayandırıldığı bilgi ve olayların güvenilirliğinin değerlendirilmesinin öncelikle bu makamlara düştüğünü belirtirim. Bu çerçevede, tutuklanmasına karar verildiği esnada ulusal hakimlerin, başvuruçunun bu uygulamayı yöneltilen suçu oluşturabilecek şekilde kullanmış olduğundan şüphelenmek için yeterince makul sebeplere sahip oldukları söylenebilir.

iv. Sonuç

28. Yukarıda detaylıca tartışıldığı üzere şüphe aşamasında aranan maddi ispat seviyesi, organize suç suçlarının kovuşturulmasına ilişkin özel gereklilikler ve başvuruçunun gözaltına alındığı zaman kamuoyunda hâkim

olan güvenlik durumu göz önüne alındığında, başvurucunun tutuklandığı esnada objektif bir gözlemciyi başvurucunun söz konusu suç örgütüne üyelik suçunu işlemiş olabileceğine ikna etmek için yeterli olay veya bilginin mevcut olduğu kanaatindeyim. Mahkeme'nin içtihadıyla oluşturulmuş geleneksel kapsamlı yaklaşımın saf dışı bırakılması kararı ile Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının c bendi anlamında aranan delil seviyesine ilişkin olarak yapılan değerlendirme hatasının, başvurucunun tutuklanması anlamında sulh ceza hakiminin elinde başvurucununun ByLock kullanmış olmasından şüphelenmek için yeterli bilgi ve bulguya sahip olup olmadığı sorusu hakkında yanlış bir sonuca varılmasına sebebiyet verdiklerini saygıyla arz ederim.

b) Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrası

29. Yukarıda açıklanan sebeplerle, çoğunluğun Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrası kapsamındaki şikâyetlerin haklılığına ilişkin kararı aleyhinde oy kullandım.

30. Sulh ceza hakimi, başvurucunun tutuklanmasına ilişkin kararını iki şey üzerinde temellendirmiştir: bir yandan başvurucunun delilleri karartması riski ve diğer yandan ise firar etmesi riski (kararın 16.paragrafı). Bu riskler Mahkeme'nin ilgili içtihadında geçerli olarak görülen sebeplerdendir (*Buzadji v. Moldova Cumhuriyeti* [BD], Başvuru no. 23755/07, § 88, 5 Temmuz 2016; *Tiron v. Romanya*, Başvuru no. 17689/03, § 37, 7 Nisan 2009 ve *Piruzyan v. Ermenistan*, Başvuru no. 33376/07, § 94, 26 Haziran 2012). Bu itibarla, darbe girişimi sonrasında alınan bir tedbire ilişkin davanın koşulları ve söz konusu suçun örgütlü niteliği dikkate alındığında, kaçma riskinin geçerli bir sebep olduğunu düşünüyorum. Özellikle başvurucunun uzun süredir polis teşkilatında ve hususiyetle çeşitli istihbarat servislerinde görev yapmış olması gerçeği ile koşullar da göz önünde bulundurulduğunda, delilleri karartma riski geçerli sebeplerden biridir.

31. Mahkeme, örgütlü suçlara ilişkin davaların, vakaların tespit edilmesi ve örgütün her bir üyesinin sorumluluk düzeyine karar verilmesi gerektiğinde, soruşturma makamlarına ve akabinde hakime kaçınılmaz olarak daha fazla zorluk yüklediğini hatırlatmaktadır (bakınız, *kıyasen, Pastukhov ve Yelagin v. Rusya*, Başvuru no. 55299/07, § 44, 19 Aralık 2013 ve orada atıf yapılmış olan davalar). Bu tarz davalarda, sanıkların kendi aralarındaki ve dış dünyayla bağlantılarının ara vermeksizin gözetlenmesi ve sınırlandırılması, sanıkların kaçmasını, delilleri karartmasını ve hatta tanıkları tehdit etmelerini engellemek için elzem hale gelebilmektedir (*Lisovskij v. Litvanya*, Başvuru no. 36249/14, § 67, 2 Mayıs 2017, *Bak v. Polonya*, Başvuru no. 7870/04, § 56, 16 Ocak 2007, *Štvrtecký v. Slovakya*,

Başvuru no. 55844/12, § 61, 5 Haziran 2018 ve *Podeschi v. San Marino*, Başvuru no. 66357/14, § 149, 13 Nisan 2017). Benzer gerekçeler tutukluluğun sonraki aşamaları esnasında pekâlâ yetersiz kalabilir; fakat ben başvurucunun devam eden tutukluluğuna ilişkin değil de sadece tutukluluğun ilk aşamasına ilişkin olduğundan, mevcut olayda bu gerekçelerin Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrası anlamında geçerli ve yeterli oldukları kanaatindeyim.

c) Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrası

32. Buradan sonra açıklanan gerekçelerden ötürü, Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrası kapsamındaki şikayetlerin geçerliliğine ilişkin olarak çoğunluk tarafından varılan sonuçların aleyhine oy kullandım.

33. Mevcut davanın, Daire tarafından 5. maddenin 4. fıkrasının ihlal edilmediğine karar verilen Atilla Taş davasına (Başvuru no. 72/17, 19 Ocak 2021) benzer olduğunu gözlemlemekteyim. Kesinleşen bu kararında Daire şunları belirtmiştir: “(...) başvuru avukatları eşliğinde, bu delillere ilişkin olarak kendisine sorular yönelten ve sorgunun içeriğini tutanaklara geçiren yetkili merciler tarafından, önce soruşturma mercileri ve ardından sulh hâkimi, ayrıntılı olarak sorgulanmıştır. Bu nedenle, başvuru delillere sınırsız erişim hakkında faydalandırılmamış olsa bile, içerikleri hakkında tutukluluğunun yasallığına etkili bir şekilde itiraz edilmesi için büyük önem taşıyan yeterli bilgiye sahiptir” (aynı yerde, § 153). Kanaatimce, bu çıkarımlar başvuru aleyhinde kullanılan delillerin içeriği, yani ByLock uygulamasının iddia edilen kullanımına ilişkin materyal hakkında yeterli bilgiye sahip olduğunun kabul edilebileceği mevcut davada da geçerlidir. Ayrıca, Mahkeme'ye sunulan bilgilerden, başvuru tutukluluğunun sonraki aşamalarında, özellikle iddianamenin kabulüne kadar dosyaya başka delillerin eklenip eklenmediğini belirlemek güçtür.

34. Bu nedenle, bu hükmün ihlali tespitine karşı oy kullanmama rağmen, mevcut dava bu kapsamda olmasa dahi, soruşturma dosyasına erişimin *otomatik* olarak kısıtlanması konusundaki şüphelerimi ifade etme zorunluluğu hissediyorum. Ayrıca, Anayasa Mahkemesi'nin kararında mevcut dava için otomatik bir kısıtlamanın varlığını kabul ettiği düşüncesine sevk eden hiçbir şey olmadığını gözlemliyorum.

35. Ayrıca 5. maddenin 4. fıkrası kapsamındaki çekişmeli yargılama hakkının mutlak bir hak olmadığını da hatırlatmak isterim. İçtihadı göre, 5. maddenin 4. fıkrasının kapsamına giren bir prosedürün yargısal nitelikte olması ve bireye şikâyet edilen özgürlükten yoksun bırakmanın niteliğine uygun güvenceler sunması gerekirken, diğer taraftan da 5. maddenin 4. fıkrasından kaynaklanan usuli eşitlik, davanın bağlamından, olgularından ve

koşullarından bağımsız olarak tek tip ve değişmez kriterlerin uygulanmasını dayatmamaktadır. Bu nedenle, yargılama çekişmeli olmalı ve taraflar arasında her zaman silahların eşitliğini garanti etmelidir. Bununla birlikte, Mahkeme, 6.maddenin kapsamında bir suç isnadına ilişkin derece mahkemelerinin kararlarında bile, suçun araştırılmasına ilişkin bazı istihbari yöntemlerin gizli tutulması veya bir başkasının temel haklarının korunması gerekliliklerine benzer şekilde, çekişmeli yargılama hakkının ulusal güvenlik gibi önemli bir kamu çıkarını korumak için kesinlikle elzem olduğu ölçüde sınırlandırılabilmesine karar vermiştir (*A. ve diğerleri v. Birleşik Krallık* [BD], Başvuru no. 3455/05, §§ 203-205, CEDH 2009).

36. Yukarıda belirtilenler ışığında, tarafların ortaya koydukları beyanları ve davanın koşulları göz önüne alındığında, mevcut davada Mahkeme'nin *Atilla Taş* davasında vardığı sonuçtan ayrılmak için bir neden göremiyorum (yukarıda anılan, §§ 153-154).