

**BYLOCK VERİLERİNİ İÇEREN *HARD DISK VE FLAŞ BELLEĞİN*
9 ARALIK 2016 TARİHİNDEN ÇOK ÖNCE, HİCBİR MAHKEME KARARI
OLMADAN İNCELENİP TESPİT, TASNİF VE LİSTELER YAPILDIĞINA,
POLİS TARAFINDAN BİR DE *VERİ TABANI* OLUŞTURULUP
KULLANILDIĞINA VE SÖZ KONUSU VERİLERİN BİR BÜTÜN OLARAK
MUTLAK ŞEKİLDE YASA DIŞI DELİL NİTELİĞİNDE OLDUĞUNA DAİR
HUKUKİ MÜTALAA**

Giriş

1. *ByLock*'a ilişkin bilgi ve bulguların yasa dışı şekilde elde edildiği ve yargılamalarda kullanılamayacağı konusu, son iki yılın en çok tartışılan konularından birini oluşturmuştur. Bu konudaki ilk yargı kararı, Yargıtay 16. Ceza Dairesinin ilk derece mahkemesi sıfatıyla verdiği 24 Nisan 2017 tarihli kararı olup, bu karar 26 Eylül 2017 tarihinde Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından onanmış ve kesin hükme dönüşmüştür. *ByLock* uygulamasını kullanmanın terör örgütü üyeliği suçuna delil oluşturduğu yönünde verilen ve kesinleşen bu ilk karar, Türkiye'deki tüm ilk ve ikinci derece mahkemeleri ile Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin daha sonra verdiği kararlara da dayanak oluşturmuştur.

2. Yargıtay 16. Ceza Dairesi (CD), 24 Nisan 2017 tarihli kararında, *ByLock*'a ilişkin verilerin ilk kez MİT tarafından satın alma yoluyla elde edildiğini, bahse konu verilerin bir **hard disk** ve **flaş belleğe** yüklenerek Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı ve Emniyet Genel Müdürlüğüne gönderildiğini ifade etmiştir. 16. Ceza Dairesi daha sonra, *ByLock*'a ilişkin verilerin yasal delil olduğunu göstermek için, **9 Aralık 2016** tarihinde Başsavcılığın Ankara 4. Sulh ceza hâkimliğinden inceleme izni istediğini ve 4. Sulh ceza hakimliğinin de **aynı tarihte CMK m. 134** uyarınca *ByLock*'a ilişkin dijital materyaller (hard disk ve flaş bellek) üzerinde inceleme izni¹ verdiğini ifade etmiştir. Yargıtay 16. CD'ye göre, *ByLock*'a ilişkin verilerin yer aldığı hard disk ve flaş bellek **9 Aralık 2016 tarihinden sonra** incelenmeye başlanmış ve kimlerin *ByLock* kullandığı ve hangi tarihte kimlerle mesajlaştığı, e-posta gönderdikleri bu tarihten sonra tespit edilmiştir. Kısaca, Yargıtay 16. CD ve CGK'ya göre, *ByLock*'a ilişkin dijital materyaller üzerinde CMK'nın 134. maddesi uyarınca alınmış bir hâkim kararından **SONRA**, inceleme ve tespit işlemleri yapıldığı için, *ByLock* verileri yasal delil niteliğindedir.

3. Oysa aşağıdaki somut deliller incelendiğinde görüleceği gibi, Yargıtay'ın dayandığı olgular tamamen gerçek dışı olup, ***ByLock*'a ilişkin verilerin yer aldığı hard disk ve flaş bellek, polis tarafından 9 Aralık 2016 tarihinden çok önce incelenmiştir.** Bu inceleme sonucu kimlerin *ByLock* kullanıcısı olduğu tespit edilmiş, kullanıcılar arasında yoğun kullanan (kırmızı liste) veya az kullananlar şeklinde tasnifler yapılmış, bu hususta bir de veri tabanı hazırlanarak EGM Terörle Mücadele Daire Başkanlığı bünyesinde "*merkezi bir veri tabanı*" oluşturulmuş ve bu veri tabanı il emniyet müdürlüklerinin hizmetine sunulmuştur. Bu nedenle Yargıtay 16. CD ve CGK kararları maddi olgular açısından tamamen gerçek dışı bilgilere dayalı olarak verildiği için hukuk dışıdır. Tüm *ByLock* verilerinin yer aldığı dijital materyaller, Yargıtay kararlarında belirtilenin aksine, CMK m. 134'e de tamamen aykırı olarak, önceden alınmış hiçbir mahkeme kararı olmadan incelenmiştir. Bu nedenle *ByLock*'a ilişkin verilerin yer aldığı hard disk ve flaş bellekte yer alan delil unsurlarının tümü

¹ Bkz. Ankara 4. Sulh Ceza Hâkimliğinin 09.12.2016 tarih ve 2016/6774 Değişik İş no.lu kararı.

yasa dışı delil niteliğinde olup, Anayasanın 38 § 6 amir hükmü uyarınca disiplin yargılamaları dâhil hiçbir yargılamada kullanılamaz.

4. Aşağıda öncelikle, mahkeme kararı olmadan *ByLock*'a dair dijital materyallerin incelenerek yasa dışı delil oluşturulduğu konusu somut delilleriyle ifade edilecek, yasa dışı delile dayalı karar verildiği için adil yargılanma hakkının ve özel hayata saygı hakkının ihlal edilmiş olacağı hususları açıklanacaktır. Daha sonra ise, *ByLock* açısından yasaların (AY m. 38 § 6, MİT Kanunu m. 6 § 1, 2-6 ve CMK m. 134 ve 135) keyfi yorumlanıp uygulandığı, çekişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerine ve bağımsız mahkeme ilkesinin gereklerine aykırı yargılama yapılarak karar verildiği için adil yargılanma hakkının ayrıca ihlal edildiği hususları belirtilecektir.

A- *ByLock*'a dair dijital materyallerin hiçbir mahkeme kararı olmadan incelenmesi ve elde edilen tüm verilerin yasa dışı delil niteliğinde oluşu nedeniyle adil yargılanma hakkı ve özel hayata saygı hakkının ihlali (AİHS m. 6 ve 8)

5. Somut olayda sanığın mahkûmiyetine esas alınan ana delillerden biri, kendisinin *ByLock* isimli haberleşme uygulamasını cep telefonuna indirdiği [ve/veya](#) kullandığı iddiasıdır. Yargıtay 16. CD'nin 24 Nisan 2017 ve Yargıtay CGK'nın 26 Eylül 2017 tarihli kararlarında da belirtildiği gibi, *ByLock* uygulaması, kişiler arasından e-posta yoluyla bilgi, belge ve dosya iletimine ve [telekomünikasyon yoluyla](#) sesli haberleşmeye izin veren, *Whatsapp* türü bir haberleşme aracıdır. MİT'in 6 Nisan 2017 tarihli basın açıklamasında belirtildiği gibi,² *ByLock*'a ilişkin veriler ilk kez MİT tarafından **istihbari çalışmalar** çerçevesinde, herhangi bir mahkeme kararı olmadan ele geçirilmiş ve bir hard disk ve flaş belleğe yüklenerek, Mayıs 2016'dan itibaren Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı ve Emniyet Genel Müdürlüğüne gönderilmiştir.

6. Yargıtay'ın söz konusu kararlarında belirtildiği gibi, *ByLock*'a dair verilerin yasal delil olarak gösterilebilmesi amacıyla, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı, *ByLock*'a ilişkin dijital materyaller (bir hard disk ve bir flaş bellek) üzerinde inceleme yapılmasına izin verilmesi için **9 Aralık 2016** tarihinde Ankara 4. Sulh ceza hâkimliğinden talepte bulunmuştur. Ankara 4. Sulh ceza hakimliği de 2016/6774 D.İş sayılı kararıyla, **9 Aralık 2016** tarihinde, **CMK m. 134 uyarınca**, bahse konu dijital materyaller üzerinde inceleme, kopyalama ve kopya üzerinde bilirkişi incelemesi yapılabilmesine izin vermiştir. Yargıtay 16. CD'nin 24 Nisan 2017 tarihli kararında açıkça belirtildiği gibi, *ByLock* konusunda verilen ilk yargı kararı **9 Aralık 2016** tarihli [Ankara 4. Sulh ceza hakimliği kararı](#) olup, [Yargıtay 16. CD ve CGK da, Ankara 4. Sulh hakimliğinin 9 Aralık 2016 tarihli kararına dayanarak, hakimlik kararı sonrası inceleme yapılıp delil elde edildiği iddiasıyla *ByLock* verilerinin yasal delil olduğuna hükmetmiştir.](#)

7. [Yargıtay 16. Ceza Dairesinin \(CD\) ilk derece mahkemesi olarak verdiği 24 Nisan 2017 tarih ve 2015/3E – 2017/3K sayılı kararında, *ByLock*'un soruşturma işlemlerine dayanak yapılmasına dair süreç şu şekilde açıklanmıştır:](#)

*“Milli İstihbarat Teşkilatınca, bu yetkiye dayanarak teşkilata özgü teknik istihbarat usul araç ve yöntemleri kullanılmak suretiyle *ByLock* uygulamasına ait **sunucular***

² MİT'in **6 Nisan 2017** tarihinde internet sitesi üzerinden yaptığı basın açıklamasında şu ifadeler yer verilmiştir: *“İstihbari çalışmalar neticesinde elde edilen *ByLock*'a ilişkin tespitler, Mayıs 2016 tarihinden itibaren, çalışmaya konu ham verilerle birlikte adli makamlar, güvenlik birimleri ve diğer ilgili makamlarla eş zamanlı olarak paylaşılmıştır”* (<http://www.mit.gov.tr/basin60.html>).

üzerindeki veriler ile uygulama sunucusunun ve IP adreslerinin satın alındığı, e-posta adreslerinin içerikleri başta olmak üzere muhtelif veriler elde edildiği, düzenlenen teknik analiz raporu ve dijital materyallerin Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına ve Emniyet Genel Müdürlüğüne ulaştırıldığı görülmektedir.

...

Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı yönünden MİT'in yasal olarak elde edip gönderdiği dijital materyaller ve teknik analiz raporu, CMK'nın 160 ve 161.maddelerine istinaden soruşturma işlemlerine başlama, araştırma, delil toplama yetkisi kapsamında, adli kolluk birimlerinden, diğer kamu görevlilerinden ve kuruluşlarından gerekli bilgi ve belgelerin istenmesi sonucu elde edilen bilgi ve bulgulardır.

MİT'in yasal olarak elde ettiği dijital materyaller ve teknik analiz raporunun Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına ulaştırılması ile birlikte artık adli sürecin başlatılması ve bu noktadan sonra CMK hükümlerine göre soruşturma işlemlerinin yapılması zorunludur. Nitekim Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının, yürütülen soruşturmalar kapsamında Mili İstihbarat Teşkilatı tarafından FETÖ/PDY silahlı terör örgüt üyeleri tarafından kullanılan kapalı devre iletişim programı olan ByLock ile ilgili dijital materyallerin teslim edilmesi üzerine adli süreci başlattığı, 2016/104109 sor. ve 2016/180056 numara üzerinden **CMK 134. maddesine** göre gönderilen dijital materyallerle ilgili inceleme, kopyalama, çözümleme işlemini yapmaya karar vererek **09/12/2016 tarih** ve 2016/104109 soruşturma sayılı yazısı ile Ankara 4. Sulh Ceza Hakimliğine, Milli İstihbarat Teşkilatınca gönderilen;

1- **1 adet** Sony marka HD-B1 model, üzerinde bBW3DEK69121056 seri numaralı ve ön yüzünde 1173d7a09195cf0274ce24f0d69ede96 yazılı **hard disk**,

2- **1 adet** Kingston marka DataTraveler, uç kısmında DTIG4/8GB 04570-700.A00LF5V 0S7455704 yazılı **flash bellek** üzerinde, **CMK 134. maddesi** gereğince inceleme yapılmasına, 2 adet kopya çıkartılmasına, kopya üzerinde kayıtların çözülerek metin haline getirilmesine karar verilmesini istendiği, **Ankara 4. Sulh Ceza Hakimliği talebi kabul ederek 09.12.2016 tarih 2016/6774 D.İş nolu kararı ile;** dijital materyaller üzerinde inceleme yapılması, kopya çıkarılması ve kopya üzerinde bilirkişi incelemesi yapılarak metin haline getirilmesi için bir kopyasının Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine karar verildiği tespit edilmiştir.

Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından Emniyet Genel Müdürlüğü Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele Daire Başkanlığına yazılan **16/12/2016** tarih ve 2016/180056 soruşturma sayılı **yazı ile;** Ankara 4. Sulh Ceza Hakimliğinden CMK 134. maddesi gereğince alınan inceleme, kopyalama ve çözümleme kararına **istinaden, içerisinde ByLock verilerinin tamamını içeren harici hard disk ve abonelik listesinin bulunduğu flash belleğinin imajını içerir 1 Seagate marka Z9A4E09G seri numaralı hard disk gönderilerek ByLock ile ilgili yazışmaların Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının 2016/180056 soruşturma sayılı dosyası üzerinden sağlanması ve talimat doğrultusunda bir komisyon aracılığıyla gerekli araştırma ve soruşturma işlemlerinin yapılarak, ulaşılan tespitleri içerir raporun gönderilmesinin istendiği tespit edilmiştir.”** (Yargıtay 16. C.D., 2015/3E – 2017/3K).

8. Yargıtay 16. CD kararından açıkça anlaşılacağı gibi, ByLock verilerinin ceza soruşturmaları çerçevesinde kullanılması açısından alınan ilk yargı kararı **9 Aralık 2016** tarihli olup, bu tarihten önce verilmiş hiçbir yargı kararı yoktur. Hatta yukarıdaki

son paragrafta ifade edilenlere göre, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı ilk kez **16 Aralık 2016** tarihinde Emniyete bir yazı yazmış ve bu yazı ile söz konusu dijital materyallerin incelenip bu hususta rapor düzenlenerek Başsavcılığa gönderilmesini istemiştir. Dolayısıyla, 9 Aralık 2016 tarihinden önce ByLock verilerinin hukuken incelenmesi mümkün değilken, 16 Aralık 2016 tarihinden önce de, bahse konu verilerin incelenmiş olması fiilen de mümkün değildir. Kısaca, belirtilen tarihlerden önce Emniyet ve savcılığın ByLock'a ilişkin dijital materyaller üzerinde inceleme ve tespit yapması ya da yaptırması CMK'nın 134. ve 135. maddeleri uyarınca **hukuken** imkânsız olduğu gibi, **fiilen** de mümkün gözükmemektedir.

9. Oysa herkesin bildiği gibi ve onlarca resmi belge ile kayıtlara geçtiği gibi, **9 Aralık 2016 tarihli ilk hâkimlik kararından çok önce** ByLock'a ilişkin dijital materyaller incelenmiş, kimlerin bu uygulamayı hangi sıklıkla kullandığı (kırmızı liste vb.) tespit edilmiş, bu hususta Emniyet Genel Müdürlüğü Terörle Mücadele Dairesi Başkanlığı bünyesinde bir de **veri tabanı** oluşturularak, veri tabanındaki bilgiler il emniyet müdürlüklerinin hizmetine sunulmuştur. Bu veri tabanından yararlanılarak savcılıkların sorduğu sorulara aynı gün cevaplar verilebilmiştir. 9 Aralık 2016 tarihinden çok önce, Emniyet yazışmalarında kişilerin ByLock kullanıcısı olduğu ve şüphelilerin isimlerinin hangi listede (kırmızı liste: yoğun kullanıcı listesi) yer aldığı belirtilmiştir. ByLock kullandığı iddiasıyla kişiler hakkında 9 Aralık 2016 tarihinden önce iddianameler hazırlanmış, ByLock kullanıcı listeleri hazırlanıp ülke geneline dağıtılmış ve bu listelerden bir kısmı internette dahi yayınlanmıştır. Tüm bu işlemler 9 Aralık 2016 tarihinden çok önce yapıldığı için ByLock verilerinin yer aldığı hard disk ve flaş bellek, hiçbir mahkeme kararı olmadan incelenmiş, tespit ve tasnifler yapıldığı ve listeler oluşturulduğu için, ByLock'a ilişkin tüm veriler tamamen yasa dışı delil niteliğindedir.

10. Yukarıda belirtildiği gibi, Yargıtay 16. Ceza Dairesi, 24 Nisan 2017 tarihli kararında ByLock'a dair verilerin ele geçirilmesi ve ceza soruşturmalarında kullanılması sürecini şu şekilde özetlemiştir: “MİT, satın alma yoluyla elde ettiği verileri bir hard disk ve flaş belleğe yükleyerek Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı ve Emniyet Genel Müdürlüğüne (Polis) göndermiştir. Başsavcılık da **9 Aralık 2016** tarihinde, CMK'nın 134. Maddesi uyarınca Ankara 4. Sulh ceza hâkimliğinden inceleme izni talep etmiştir. Aynı gün 4. Sulh ceza hakimliği de CMK m. 134 uyarınca inceleme izni vermiştir. Daha sonra bu izne dayalı olarak ByLock'a ilişkin hard disk ve flaş bellek incelenmiş, kimlerin ByLock kullanıcısı olduğu tespit edilerek listeler oluşturulmuştur.” Eş ifade ile, Yargıtay 16. Ceza Dairesine göre, ByLock verilerinin yer aldığı dijital materyaller yargı kararı alındıktan sonra incelenip tespitler yapıldığı için CMK m. 134 uyarınca yasal delildir. 16. Ceza Dairesinin bu kararı, 26 Eylül 2017 tarihinde Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından onanmış ve kesin hükme dönüşmüş olup, Türkiye'deki tüm mahkemeler de bu iki karara referans yaparak ByLock'un yasal delil olduğuna hükmetmektedir.

11. Ancak Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 24 Nisan 2017 tarihli kararında belirtilen bilgiler maddi gerçeklere tamamen aykırı olup, ByLock'a ilişkin hard disk ve flaş bellek, 9 Aralık 2016 tarihinden çok önce, hiçbir mahkeme kararı olmadan incelenmiştir. Aşağıda, Yargıtay 16. Ceza Dairesi kararındaki bilgileri çürüten ve hakim kararı olmadan bahse konu dijital materyaller üzerinde inceleme yapıldığını gösteren somut delillerden sadece birkaçına yer verilmiştir:

12. **4 Eylül 2016** tarihinde (9 Aralık 2016 tarihli Ankara 4. Sulh ceza hakimliği kararından 3 ay 5 gün önce) iki polis (Sicil No: 262896 ve 274901) tarafından hazırlanmış olup internette yayınlanan ByLock'a ilişkin bir evrakta, 35 kişinin isim,

meslek ve cep telefonu numaralarına yer verilerek, *ByLock* kullandıkları ifade edilmiştir (EK 1)

13. Kırşehir İl Emniyet Müdürlüğü tarafından hazırlanıp savcılığa sunulan .../09/2016 tarihli (9 Aralık 2016 tarihli hakimlik kararından yaklaşık 3 ay önce düzenlenen) bir belgede, yakalanan dört şüphelinin *ByLock* kullandıklarının tespit edildiği belirtilmiştir. Bu belgenin sonuna ek olarak da, “*ByLock sorgulama ekran çıktısı (4 sayfa)*” ibaresi eklenmiştir (EK 2).

14. 29 Eylül 2016 tarihinde (9 Aralık 2016 tarihli hâkimlik kararından 2 ay 10 gün önce), İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı, İstanbul Emniyet Müdürlüğüne bir yazı yazarak (Sayı: 2015/126342 soruşturma), dört ayrı soruşturmada yargılanan sanıkların *ByLock* kullanıp kullanmadıklarının tetkik edilerek, düzenlenecek evrakın Başsavcılığa gönderilmesini istemiştir. İstanbul Emniyet Müdürlüğü de 30 Eylül 2016 tarihinde düzenleyip Başsavcılığa gönderdiği “*ByLock Sorgulaması*” konulu evrakta (Sayı: 47909374.66817.(12220)/32977), “... 69 sanık ve şüphelinin *ByLock* kullandığı tespit edilmiş ve bu hususta (2) sayfadan ibaret liste ekte gönderilmiştir” ifadeleri yer almıştır³ (EK 3).

15. 10 Ekim 2016 tarihinde (9 Aralık 2016 tarihli hâkimlik kararından 2 ay önce), İstanbul 14. Ağır ceza mahkemesi (Dosya No: 2015/281 Esas) İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına bir yazı yazarak, “*bir kısım sanıkların ByLock kullandıklarına ilişkin bilgi, belge ve verilerin 17 Ekim 2016 tarihinden önce gönderilmesini*” istemiştir. Bu talebe cevaben İstanbul Emniyet Müdürlüğü tarafından hazırlanan 21 Ekim 2016 tarihli belgede şu ifadeler kullanılmıştır: Bahse konu sanıkların “*ByLock* kullanıp kullanmadıklarına dair bilgiler tutanak halinde ekte gönderilmiştir”. 20 Ekim 2016 tarihinde hazırlanmış olan 5 sayfalık ek tutanağın sonuna da şu ibare eklenmiştir: “*ByLock modülü ile ilgili bilgiler PVSK Ek 7 madde kapsamında ve istihbarî mahiyette olduğundan hukuki delil niteliği taşımamaktadır. Bu nedenle haricen delillendirilmedikçe yapılacak adli ve idari işlemlerde bizzat gerekçe teşkil etmez*”.⁴ (EK 4).

16. Çanakkale Cumhuriyet Başsavcılığı 12 Ekim 2016 tarihinde (9 Aralık 2016 tarihli hâkimlik kararından yaklaşık 2 ay önce) Çanakkale İl Emniyet Müdürlüğüne bir yazı yazarak, haklarında soruşturma yürütülen 94 kişinin *ByLock* kullanıp kullanmadıklarını sormuş, programın kullanım yoğunluğuna göre ‘*kırmızı, turuncu ve mavi*’ listeden hangisine girdiklerinin tespit edilip bildirilmesini talep etmiştir. Çanakkale İl Emniyet Müdürlüğü Terörle Mücadele Şube Müdür Vekili Selçuk Gedik imzasıyla gönderilen 18 Ekim 2016 tarihli yazıda (Sayı: 46063102–11289.(63044) / 1719), ekli listede isimleri belirtilen 94 kişinin *ByLock* kullanıcısı olduğu, renklerine göre kodlayarak savcılığa iletilmiştir. Yazının sonuna, “*ByLock modülü içerisindeki bilgiler PVSK EK-7. Madde kapsamında ve istihbarî mahiyette olduğundan hukuki delil niteliği taşımamaktadır. Bu nedenle haricen delillendirilmedikçe yapılacak adli ve idari işlemlere bizzat gerekçe teşkil etmez*.” uyarısı da eklenmiştir.⁵ (EK 5)

17. 14 Ekim 2016 (9 Aralık 2016 tarihli hâkimlik kararından yaklaşık 2 ay önce) tarihinde polis tarafından düzenlendiği tahmin edilen ve “Gizli”⁶ ibaresi taşıyan bir

³ <http://t24.com.tr/haber/dink-cinayetinde-olay-yerine-ilk-giden-temci-de-bylockta,366054>

⁴ <http://zamanamerika.com/haberler/gundem/polisten-mahkemeye-bylock-delil-degil/>

⁵ <https://medium.com/tr724/bylock-kumpası-bir-bir-çöküyor-emniyet-ve-mitten-bylock-delil-değil-itirafları-449d7bcf9aed>

⁶ Bu belge internette yayınlandığı ve hiçbir gizliliği kalmadığı için bu mütalaada yer verilmiştir.

bilgi notunda da, İçişleri Bakanlığında çalışan 99 görevlinin *ByLock* uygulamasını kullandığı bilgisi yer almıştır (**EK 6**).

18. **20 Ekim 2016** tarihinde (9 Aralık 2016 tarihli hâkimlik kararından bir ay yirmi gün önce) Adana Cumhuriyet Başsavcılığı, Adana İl Emniyet Müdürlüğü Terörle Mücadele Şube Müdürlüğüne yazdığı bir yazıda (Soruşturma No: 2016/59438-53), şüphelinin “*ByLock isimli programı kullanıp kullanmadığının tespiti, ... hususunda araştırma yapılarak düzenlenecek evrakın Başsavcılığa gönderilmesini*” talep etmiştir (**EK 7**). **20 Ekim 2016** tarihinde (aynı gün) Adana İl Emniyet Müdürlüğü, Adana Cumhuriyet Başsavcılığına yazdığı “GİZLİ” ibareli yazıda (Sayı: 75027471-66679.(12210).2016/ - Konu: *ByLock*), Başsavcılığın taleplerine şu şekilde cevap vermiştir: “*Konu ile ilgili olarak **Terörle Mücadele Dairesi Başkanlığının D Şube Verileri Programı içerisinde şahsın yapılan ByLock sorgulamasında, ... ByLock kullanıcısı olduğu, ... tarafımızdan tespit edilmiştir.***” Bu yazının ekinde, sanığın *ByLock* kullanıcıları arasında olduğunu ve “*Kırmızı Liste*” olarak adlandırılan listede (yoğun kullanıcı) isminin yer aldığını gösteren bir de belge gönderilmiştir. “Gizli” ibareli bu belge ve ekleri daha sonra sanığın yargılandığı dosyaya eklenmiş ve “209-213” sıra numaraları verilmiştir (**EK 8**). İstanbul Üniversitesinde bir araştırma görevlisi hakkında düzenlenen raporda da, “*Terörle Mücadelesi Dairesi Başkanlığının D Şube verileri programında(v.2.2) ByLock işlemleri modülünden yapılan sorgulamada*” ibaresine yer verilmiştir. (**EK 9**)

19. **25 Ekim 2016** tarihinde (9 Aralık 2016 tarihli hâkimlik kararından bir ay 15 gün önce) terörle mücadele biriminde çalışan (332971 ve 342204 sicil numaralı) iki polis tarafından düzenlenen evrakta da birkaç kişinin *ByLock* kullandığına dair bir rapor düzenlenmiştir (**EK 10**).

20. Adana İl Emniyet Müdürlüğü, Adana Cumhuriyet Başsavcılığına **9 Kasım 2016** tarihinde (9 Aralık 2016 tarihli karardan tam bir ay önce), “GİZLİ” ibareli olarak gönderdiği başka bir yazıda da (Sayı: 75027471-66679.(12210).2016/4613 - Konu: *ByLock*) ise, “*Terörle Mücadele Dairesi Başkanlığının D Şube verileri programı içerisinde 1 Kasım 2016 tarihinde yapılan ByLock sorgulamasında isimli şahsın ByLock kullanıcısı olduğu ... tespit edilmiştir.*” ifadesi kullanılmıştır. “Gizli” ibareli bu belge ve ekleri de bahse konu sanığın yargılandığı dosyaya eklenmiştir (**EK 11**).

21. İzmir 13. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından **10 Kasım 2016** tarihinde (9 Aralık 2016 tarihli hâkimlik kararından bir ay önce) kabul edilen ve İzmir savcısı Ayhan Yılmaz tarafından hazırlanan bir iddianamede, “... özel bir sunucudan sadece örgüt mensupları tarafından indirilip kullanıldığı, programın tamamen gizlilik amacıyla kullanıldığı, ... **şimdiye kadar yapılan tespitlerde 215 000 kişinin ByLock kullandığının belirlendiği, ... göz önüne alınarak ByLock programının cep telefonlarında kurulu bulunduğu kişilerin FETÖ’ye üye oldukları konusunda kesin bir kabul oluşmuştur**” ifadelerine yer verilmiştir. Daha sonra da sadece *Bylock* kullandıkları gerekçesiyle, F.S. ve O.M. isimli iki kişi hakkında, “*silahlı terör örgütü üyeliği*” suçlamasıyla 5 ila 10 yıl arasında hapis cezası istemiyle kamu davası açılmıştır.⁷ İddianamede yer verilen bilgilerden anlaşılacağı gibi, 9 Aralık 2016 tarihli Ankara 4. Sulh ceza hâkimliği kararından çok önce, *ByLock’a* ilişkin dijital materyallerin tamamı, CMK’nın 134. maddesine de tamamen aykırı olarak, hiçbir hakim kararı olmadan incelenmiş ve 215 000 kullanıcısı olduğu tespit edilmiştir. Bu kişilerin tamamının e-postaları incelenmiş olmalı ki, *ByLock’un münhasıran* (sadece) Gülenistler tarafından kullanılan bir uygulama olduğu ve *sırf ByLock* uygulamasını

⁷ <http://www.milliyet.com.tr/-bylock-feto-ye-uyelikte-gundem-2342604/>

cep telefonuna indirmenin terör örgütü üyeliği suçuna yeterli delil olduğu (kesin şekilde) değerlendirilmiştir.

22. HSYK Başkanvekili Mehmet Yılmaz da, *ByLock*'a dair digital materyallerin incelenmesine izin veren **9 Aralık 2016** tarihli ilk hâkimlik kararından **iki ay beş gün önce, 5 Ekim 2016** tarihinde şu açıklamaları yapmıştır: "*ByLock örgütün iletişim yazılımı ve **bizim en güçlü delilimiz**. ByLock'un örgüt elemanları dışında başkaları tarafından kullanılabilen bir program olmadığı **net**. ByLock çalışmaları da devam ediyor. **Elimize gelen listede daha önce ihraç ettiğimiz 1 000 (bin) hâkimin ByLock kullandığı sonradan tespit edildi**. Bu programı kullandığını bilmeden, diğer delillerle ihraç etmişiz bu kişileri. ByLock kullandığı belirlenenler arasında **Danıştay, Yargıtay üyeleri de var, eski HSYK üyesi de var**. **İhraç edilen 5 HSYK üyesi arasında da ByLock kullanıcısı bulunuyor. Eski kurul üyelerinden N.Ö., A.K., K.T.'un da çıktı. Ergenekon hâkimlerinden de ByLock kullananlar olduğu belirlendi.**"⁸ Bu ifadelerden açıkça anlaşılacağı gibi, *ByLock*'a dair digital materyaller (hard disk ve flaş bellek), Ankara 4. Sulh ceza hâkimliği kararından çok önce incelenmiş, en güçlü delil olduğuna kanaat getirilmiş, bu uygulamanın sadece Gülenistler tarafından kullanıldığı ve onların dışında başka bir kişinin kullanmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir. Hiçbir yargı kararı olmadan, kimlerin *ByLock* kullanıcısı olduğu tespit edilmiş, *ByLock* liste(leri) hazırlanmış, bu listelerde 1000 civarında hâkimin de bu uygulamayı kullandığı saptanmış ve bu listeler HSYK Başkanvekiline ulaştırılmıştır. Bireylerin özel hayatına ve iletişim özgürlüğüne ilişkin bilgiler illegal şekilde elde edilip yüksek yargı mensuplarının isimleri de verilerek kamuoyuna açıklanmıştır.*

23. İzmir Cumhuriyet Başsavcılığınca **6 Aralık 2016** tarihinde hazırlanan 2016/2427 sayılı iddianamede de (Soruşturma No: 2016/165164 – Esas No: 2016/37953), atılı suça delil olarak, "*ByLock programını sanığın yoğun (kırmızı) şekilde kullandığına ilişkin deliller*" gösterilmiştir.⁹ 9 Aralık 2016 tarihli Ankara 4. Sulh ceza hakimliği kararından **3 gün önce** hazırlanmış olan bir iddianamede sanığın *ByLock* uygulamasını yoğun şekilde kullandığı bilgisine yer verilerek, resmi bir evrak olan iddianame ile *ByLock*'a dair dijital materyallerin hiçbir yargı kararı olmadan incelendiği, kısaca illegal delil üretildiği Başsavcılıkça da kabul edilmiştir.

24. Yukarıda belirtilen somut kanıtlar, *ByLock*'a ilişkin hard disk ve flaş belleğin hiçbir hâkim kararı olmadan incelendiğini ve bu dijital materyallerden elde edilen *ByLock* verilerinin tamamının yasa dışı delil niteliğinde olduğunu gösteren örneklerden sadece birkaçıdır. 15 Temmuz 2016 – 9 Aralık 2016 tarihleri arasında, haklarında soruşturma açılıp tutuklananların dosyaları incelendiğinde, bu hususta sayısız kanıt elde edileceğinde kuşku yoktur. **Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin 24 Nisan 2017 tarihli kararında belirtilenin tamamen aksine**, *ByLock*'a dair dijital materyaller 9 Aralık 2016 tarihli Ankara 4. Sulh ceza hakimliği kararından çok önce hiçbir hakim kararı olmadan incelenmiştir. Bu inceleme sonucu, tespit ve tasnifler yapılmış, *ByLock* kullanıcılarına dair listeler oluşturulmuş, Polis tarafından bu konuda bir de veri tabanı hazırlanmıştır. Bu veri tabanından yararlanılarak, şüphelilerin *ByLock* kullanıcısı olup olmadığı çok kısa bir süre içinde tespit edilerek Başsavcılıkların yazılarına aynı gün cevap dahi verilebilmiştir. Kısaca, *ByLock* dijital materyalleri, CMK'nın 134. maddesi uyarınca, önce hakim kararı alınıp daha sonra incelenmemiştir. Illegal şekilde elde edilen delilleri legal gösterebilmek için,

⁸ Bkz. www.t24.com.tr/haber/hsyk-bas - http://www.hurriyetdailynews.com/gulenist-judges-in-turkey-told-to-repent-to-keep-your-post-.aspx?pageID=238&nID=105236&NewsCatID=509

⁹ Bkz. İzmir 13. Ağır Ceza Mahkemesi 7 Mart 2017 tarihli kararı, 2016/35E – 2017/30K. Cumhuriyet Savcılığı 2016/105164 Soruşturma, 2016/37953 Esas.

sonradan (9 Aralık 2016 tarihli) hakimlik kararı alınmıştır. Sonradan alınmış bir hakimlik kararı, yasa dışı elde edilen delilleri yasal hale getirmez. *ByLock* konusundaki tüm veriler MİT'in savcılığa ve polise gönderdiği bir hard disk ve flaş bellekte yer almakta olup, bu iki dijital materyal, hiçbir hâkim kararı olmadan incelendiği için, *ByLock*'a ilişkin tüm veriler yasa dışı delil niteliğindedir.

25. Somut olayda bir an için CMK'nın 134. maddesi uygulanacak olsa dahi (bu konuda aşağıya bakınız),¹⁰ bu maddeye göre, herhangi bir dijital materyalde inceleme yapabilmek için, önceden alınmış hâkimlik kararı gerekir. *ByLock*'a ilişkin veriler bir hard disk ve flaş bellek içerisinde. Hiçbir yargı kararı olmadan *ByLock*'a dair tüm dijital materyallerin incelenip tespitler, tasnifler, sınıflandırmalar, saptamalar, listeler ve veri tabanlarının hazırlanmış olması, *ByLock* konusundaki tüm delilleri illegal yapmıştır; zira söz konusu iki dijital materyal hiçbir hakim kararı olmadan incelenmiştir. Dolayısıyla Yargıtay 16. CD ile CGK'nın 24 Nisan 2017 ve 26 Eylül 2017 tarihli kararlarında belirtilen ve *ByLock* verilerinin legal delil olduğu yönündeki değerlendirmelere dayanak yapılan iddia (önce hakimlik kararı alındığı ve daha sonra *ByLock*'a dair dijital materyaller üzerinde inceleme ve tespitler yapıldığı yönündeki iddia), maddi gerçeklerle taban tabana zıttır. *ByLock*'a ilişkin **hard disk** ve **flaş bellek**, hiçbir hâkim kararı olmadan incelenip tespit ve tasnifler (kırmızı liste gibi) yapılarak, **bu iki dijital materyalde bulunan tüm veriler açısından** tamamen yasa dışı delil oluşturulmuştur. Bu iki dijital materyal, Yargıtay'ın yasal dayanak yaptığı CMK'nın 134. maddesine dahi açıkça aykırı olarak, hiçbir hakim kararı olmadan incelendiği için, bu materyallerden elde edilen tüm veriler (e-posta içerikleri dahil tüm *ByLock* delilleri) illegaldir. *ByLock* kullandığı iddiasıyla hakkında soruşturma açılan tüm bireylerin illegal şekilde özel hayatına ve iletişim özgürlüğüne müdahale edilmiş ve yasa dışı delil oluşturulmuştur.

26. Özet olarak, yukarıda belirtilen Yargıtay kararlarına göre, *ByLock* verilerinin yasal delil olarak kullanılabilmesi için CMK'nın 134. maddesine dayanılmıştır. CMK m. 134'e göre, bilgisayar kütüklerinde inceleme yapılabilmesi için **önceden alınmış bir hâkim kararı** gerekir. Mahkeme veya hâkim kararı olmadan *ByLock*'a ilişkin hard disk ve flaş bellekte hiçbir inceleme yapılamaz. *ByLock*'a dair dijital materyaller hakkında alınan ilk hakimlik kararı **9 Aralık 2016** tarihli olup, bu karardan çok önce söz konusu dijital materyaller incelenip tespit ve tasnif yapıldığı için¹¹ *bahse konu hard disk ve flaş bellekten elde edilen (ByLock kullanıcı listeleri, kullanıcıların bu uygulamayı hangi yoğunlukta kullandıklarına dair tespitler, elde edilen e-posta içerikleri vb.)* bir bütün olarak illegaldir. CMK'nın 217 § 2 hükmü ve diğer birçok hükmü, yasa dışı delillerin ceza yargılamalarında kullanılmayacağını ve hükme esas alınamayacağını öngörmektedir. Anayasanın 38 § 6 hükmü uyarınca da “*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular delil olarak kabul edilemez.*” Anayasanın bu amir hükmü dikkate alındığında, yasalara en küçük aykırılık sonucu elde edilen hiçbir bulgu, ceza yargılamaları dahil hiçbir yargılamada (adli, idari, cezai veya disiplin

¹⁰ *ByLock* ile yapılan mesajlaşma, aynen *Whatsapp* aracılığıyla yapıldığı gibi bir mesajlaşma olup, *ByLock* aracılığıyla yapılan mesajlaşmanın telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin kapsamında olduğunda en küçük kuşku yoktur. Bu konudaki özel hüküm CMK'nın 135. maddesi olup, somut olayda asıl uygulanması gereken hüküm CMK m. 135'tir.

¹¹ Yukarıda sadece birkaçına yer verilen maddi olgular dikkate alındığında, MİT'in Emniyet ve savcılığa gönderdiği *ByLock*'a dair hard disk ve flaş belleğin, henüz hiçbir mahkeme kararı olmadan incelendiği hususu sabittir.

yargılamalarında) delil olarak kullanılamaz.¹² CMK m. 217 § 2 hükmüne göre de, “Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispatlanabilir”. Ceza yargılamasında mahkûmiyete esas alınamayan yasa dışı deliller tutuklama tedbirine dahi dayanak yapılamaz.¹³

27. CMK’nın 134 ve 135. maddelerine açıkça aykırı olarak elde edildiği için, CMK m. 217 § 2 hükmü başta olmak üzere, CMK’nın birçok hükmü ile Anayasanın 38 § 6 hükmü ışığında, *ByLock*’a ilişkin deliller mahkûmiyete esas alınamaz. Mahkemeler kanunları ve Anayasayı uygulamak zorundadırlar; yargı organları yasaları ve Anayasal hükümlerini değiştirir şekilde yorumlayamazlar; kanunları ve Anayasal hükümlerini yok sayarak karar veremezler. Somut olayda CMK ve Anayasanın açık hükümlerini yok sayar şekilde, yasa dışı elde edildiği açık olan *ByLock*’a dair hard disk ve flaş bellekten elde edilen veriler mahkûmiyet kararına dayanak yapılarak, keyfi davranılmış ve adil yargılanma hakkı ihlal edilmiştir.

B- AİHM Kararları Bahane Yapılarak, Özel Hayata Saygı Hakkını İhlal Eder Şekilde Elde Edilen Yasa Dışı Deliller Ceza Yargılamalarında Kullanılabilir mi?

28. AİHS’nin 53. maddesine göre, *AİHS’de korunan haklar, bir demokrasideki minimum güvencelerdir; devletler AİHS’deki minimum güvencelerin üzerinde, daha koruyucu güvenceler öngörebilir, ancak bahse konu minimum güvencelerin altına inemezler. Sözleşmeye taraf devletler, AİHS ve AİHM kararlarında belirtilen minimum güvenceleri bahane göstererek, iç hukuktaki daha koruyucu garantileri aşağı çekemezler. Aksi durum AİHS’nin 53. maddesini de ihlal eder.*

29. AİHM’ye göre işkence ve insanlık dışı muamele yapılarak elde edilen delillerin hiçbiri ceza yargılamalarında kullanılamaz; belirtilen şekilde elde edilen delillerin kullanılması mutlak şekilde yasak olup, kullanılması durumunda adil yargılanma hakkı mutlak şekilde ihlal edilmiş olur (*Göçmen v. Turkey - Jallah v. Germany – Harutyunyan v. Armenia*). AİHM’ye göre, tecavüz tek başına işkence oluşturur (*Zontul v. Greece*). Bir kişiye ve yakınlarına işkence yapılacağı tehdidinde bulunmak da işkencedir (*Gafgen v. Germany*). Bu karar dikkate alındığında, bir kişiyi, kendisinin veya yakınlarından herhangi birinin yaşam hakkına son vermekle tehdit etmek de işkence oluşturur. Dolayısıyla, gözaltına alınmış bir kişiye itirafta bulunmazsa kendisine, eşine ve/veya çocuklarına tecavüz edileceği veya çocuklarına ve yakınlarına zarar verileceği tehdidinde bulunarak ifade almak da işkence altında ifade alma anlamına gelir. Sanığın özgür iradesine dayanmayan şekilde elde edilmiş bu ifadeler ne kendisi ne de üçüncü kişiler aleyhine delil olarak kullanılamaz. Örneğin bir kişiye işkence yapılarak, ailesine ya da kendisine işkence veya insanlık dışı muamele yapılacağı tehdidinde ya da ölüm tehdidinde bulunularak, özgür iradesi felce uğratılıp *ByLock* kullandığını itiraf ettirme çerçevesindeki bu bilgi, mutlak bir delil yasağının kapsamına girer (AİHS m. 3) ve hiçbir yargılamada kullanılamaz.

30. Buna rağmen, AİHS açısından, özel hayata saygı hakkı (AİHS m. 8) ihlal edilerek elde edilen delillerin kullanılması her zaman AİHS’nin 6. maddesi anlamındaki adil yargılanma hakkını ihlal etmez. AİHM’ye göre, AİHS’nin 8. maddesini ihlal ederek elde edilen deliller ceza yargılamasında mahkûmiyete esas

¹² Tüm bu konularda detaylı bilgi için bkz. Prof. Dr. Bahri Öztürk, Prof. Dr. Durmuş Tezcan, Doç. Dr. Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma, Yasemin F. Saygılar, Esra Alan, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara 2010, Seçkin, s. 368-376.

¹³ Prof. Dr. Nurullah Kunter, Prof. Dr. Feridun Yenisey ve Prof. Dr. Ayşe Nuhoğlu, **Muhakeme Hukuku Dahil Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, İstanbul 2010, s. 943.

alınan tek delil veya ana belirleyici delil değilse, bu durum AİHS'nin 6. maddesinin ihlaline yol açmayabilir. Bu açıklamalara paralel olarak, AİHM bazı başvurularda, haberleşme özgürlüğüne müdahale oluşturan tedbirlerin AİHS'nin 8. maddesini (özel hayata saygı hakkı) ihlal ettiğine hükmetmesine rağmen, aynı başvurularda AİHS'nin 8. maddesine aykırı olarak elde edilen delillerin yargılamada kullanılmasını Sözleşmenin 6. maddesini ihlal etmediğine karar vermiştir (*P.G and J.H. v. The United Kingdom – Khan v. The United Kingdom*).

31. Kısaca, AİHM içtihadına göre, AİHS'nin 3. maddesine aykırı olarak elde edilen deliller kesinlikle hiçbir yargılamada kullanılamaz. Oysa AİHS'nin 8. maddesine aykırı deliller açısından aynı durum söz konusu değildir; özel hayatı ihlal ederek elde edilen delil mahkûmiyete esas alınan tek delil ya da ana belirleyici delil değilse, yargılamada kullanılsa dahi adil yargılanma hakkı ihlal edilmiş olmaz. Ancak AİHS ve bu Sözleşmenin nasıl anlaşılması gerektiğini belirleyen AİHM içtihatları bir demokrasideki asgari güvenceleri oluşturur. Devletler, bahse konu minimum güvencelerin üzerine çıkma ve daha üst insan hakları standartları öngörme hakkına sahipken, söz konusu minimum güvencelerin altına inemezler.

32. AİHS'nin 53. maddesi uyarınca, Sözleşmeye taraf devletler, AİHM'nin anladığı anlamda AİHS'de öngörülen minimum güvenceleri bahane göstererek, iç hukuktaki daha üst standartları aşağıya çekemezler. AİHS'nin 53. maddesine göre, *“Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbirisi, herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Taraf’ın yasalarına ve taraf olduğu başka bir Sözleşme uyarınca tanınmış insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlayacak veya ihlal edecek şekilde yorumlanamaz.”*

33. Somut olayda, Türk iç hukukunda Anayasanın 38 § 6 hükmü uyarınca, kanuna aykırı olarak elde edilmiş deliller hiçbir yargılamada (özel hukuk, idare hukuku, disiplin hukuku veya ceza yargılamalarında) kesinlikle kullanılamaz. İç hukuka aykırı delillere, özel hayata aykırı olarak elde edilen deliller de dâhildir. Oysa AİHM'ye göre, özel hayatı ihlal ederek elde edilen deliller, yargılamada esas alınan tek delil ya da ana belirleyici delil değilse, AİHS'nin 8. maddesi ihlal edilerek elde edilmiş olsa dahi, adil yargılanma hakkını ihlal etmez. Anlaşılacağı gibi, özel hayatı ihlal ederek elde edilen delillerin bir yargı kararında kullanılması açısından Türk İç Hukuku (AY m. 38 § 6) AİHS'ye göre çok daha üst bir koruma öngörmüştür. Anayasa bu türden bir ayrıma gitmeden, her türlü hukuka aykırı elde edilmiş delili, yasak delil olarak öngörmekte ve yargılamalarda kullanılmasını kesin olarak yasaklamaktadır.

34. Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi dahil ulusal mahkemeler, AİHM'nin yukarıdaki minimum güvence oluşturan içtihadını bahane yaparak, Anayasada öngörülmüş olan ve adil yargılanma hakkı açısından çok daha koruyucu olan güvenceyi aşağıya çekemezler. Anayasa Mahkemesi dâhil tüm mahkemeler, Anayasanın açık hükmünü (AY m. 38 § 6) uygulamak zorunda olup, yasa dışı delilleri, tek ya da ana belirleyici delil olup olmadığına bakmaksızın, hiçbir karara dayanak yapamazlar. Ulusal mahkemeler, CMK'nın 134 ve 135. maddelerine aykırı olarak elde edildiği açık olan *ByLock* dijital verilerinden elde edilen verilere kararlarında dayanamazlar. AİHS ve AİHM içtihatlarının bir demokraside insan hakları alanındaki minimum güvenceler olduğu unutulmamalı ve AİHM kararları bahane gösterilerek Anayasanın açık hükmü (AY m. 38 § 6) görmezden gelinmemelidir.

35. AİHS'nin 8. maddesinde korunan özel hayata saygı hakkını ihlal ederek elde edildiği açık olan *Bylock*'a dair hard disk ve flaş bellekten elde edilen veriler, Anayasanın 38 § 6 hükmü ışığında, disiplin yargılaması dâhil hiçbir yargılamada kullanılamaz. Yasa dışı elde edilmiş söz konusu veriler, AİHM içtihadı bahane

gösterilerek iç hukuktaki yargılamalarda delil olarak kullanılırsa, AİHS'nin 6. ve 8. maddelerine ek olarak, Sözleşmenin 53. maddesini de ihlal eder.

C- ByLock hususunda kanunların keyfi yorumlanıp uygulanması ve birbiriyle çelişen kararlar verilmesi nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlali

36. Başvurucunun mahkûmiyetine esas alınan tek ya da ana delil, kendisinin ByLock uygulamasını cep telefonuna indirdiği ve/veya bu uygulama aracılığıyla e-posta gönderip aldığı, mesajlaştığı, Whatsapp benzeri bir iletişim uygulaması olan ByLock uygulamasını kullandığı iddiasıdır. Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 24 Nisan 2017 tarihli kararında (Y. 16. CD, 2015/3E-2017/3K) belirtildiği gibi, “Özetle ByLock, kripto sistemi ile internet üzerinde haberleşmeyi sağlayan bir sistemdir. ... Uygulama üzerinde sesli arama, e-posta iletimi, yazılı mesajlaşma ve dosya transferi gerçekleştirilebilmektedir.” Bu karar 26 Eylül 2017 tarihli Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararıyla (Y. CGK, 2017/16E – 2017/370K) onanmış ve kesin hükme dönüşmüştür. MİT'in 6 Nisan 2017 tarihinde web sitesinden yaptığı resmi açıklamaya göre, “istihbari çalışmalar neticesinde elde edilen ByLock'a ilişkin tespitler, Mayıs 2016 tarihinden itibaren, çalışmaya konu ham verilerle birlikte adli makamlar, güvenlik birimleri ve diğer ilgili makamlarla eş zamanlı olarak paylaşılmıştır.”¹⁴

37. **1983** tarihli MİT Kanununa **2005** yılında eklenen 6 § 2 ve devamı hükümleri uyarınca, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, kaydedilmesi ve sinyal bilgilerinin elde edilmesi için “önceden hâkim kararı alınması” zorunluluğu getirilmiştir. Yine aynı kanuna **2005** yılında eklenen 6 § 6 hükmü uyarınca da¹⁵ MİT'in yasal şekilde, istihbari çalışma neticesi elde ettiği iletişime ilişkin bilgi ve belgeler yargılamalarda delil olarak kullanılamaz. Bu konuda verilmiş birçok Yargıtay Ceza Kurulu kararı bulunmaktadır (bkz. 17.05.2011 tarih ve 2011/9-83 E. - 2011/95 K. sayılı karar (1) - 2011/93 E. - 2011/95 K sayılı karar (2) - 21.10.2014 tarih ve 2012/1283E. - 2014/430 K. sayılı karar).

38. MİT'in 6 Nisan 2017 tarihli açıklamasında belirtildiği gibi, ByLock verileri “istihbari çalışmalar neticesi” elde edilmiştir. İstihbari çalışma sonucu elde edilen tüm bilgi ve belgeler “istihbari bilgi” niteliğindedir. Türkiye’de mahkemelerin ByLock konusunda dayandığı temel kararlar Yargıtay 16. CD'nin 24 Nisan 2017 tarihli kararı ile bu kararı onayan Yargıtay CGK'nın 26 Eylül 2017 tarihli kararıdır. Bu kararlarda, yargılanan sanıkların (iki hakim) e-posta içeriklerinin tespit edilemediği, sadece ByLock uygulamasını kullandıklarının saptandığı bilgisine dayanılmıştır. Bahse konu iki kişinin herhangi bir cep telefonu uygulamasını (ByLock) kullandığı bilgisi, MİT tarafından istihbari çalışmalar çerçevesinde elde edildiği açıklandığı için, açık bir istihbari bilgidir. MİT'in “istihbari bilgi” olduğunu kabul ettiği ve Emniyet'in ByLock verilerinin istihbari çalışmalar çerçevesinde elde edildiği için delil olamayacağı hususlarında yazılar yazdığı¹⁶ bir bilgiyi, “istihbari bilgi değil” şeklinde

¹⁴ <http://www.mit.gov.tr/basin60.html>

¹⁵ 2937 sayılı MİT Kanununun 6 § 6 hükmüne göre, “Bu (6.) madde hükümlerine göre yürütülen faaliyetler çerçevesinde elde edilen kayıtlar, bu Kanunda belirtilen amaçlar dışında kullanılamaz”. MİT Kanununun Ek-1 maddesinde de, “MİT tarafından istihbari ve dinleme amaçlı tespit ve değerlendirme faaliyeti ile elde edilen bu bilgilerin devlet sırlarına karşı suçlar ile casusluk hariç adli mercilerce istenemeyeceği” düzenlenmiş olup, bu hükümden aşılacağı gibi, belirtilen suçlar dışında, MİT'in hiçbir adli yükümlülüğü ve yetkisi de yoktur.

¹⁶ 20/10/2016 tarihinde Emniyet mensupları tarafından hazırlanan bir tutanakta, “Bylock modülü ile ilgili bilgiler PYSK Ek 7 madde kapsamında ve istihbari mahiyette olduğundan hukuki delil niteliği taşımamaktadır. Bu nedenle haricen delillendirilmedikçe yapılacak adli ve idari işlemlerde bizzat gerekçe teşkil etmez” ifadesine yer verilmiştir.

nitelendirmenin hiçbir inandırıcılığı bulunmayıp, bu durum maddi vakıaları ve olayları çarpıtma anlamına gelir. Yargıtay 16 CD ile CGK kararlarında “*istihbari verilerin*” neden delil olarak kullanıldığı ve Ceza Genel Kurulunun yerleşik içtihadından neden sapıldığı **ikna edici gerekçelerle** açıklamadan karar verdiği için, **aynı konuda birbiriyle çelişen kararların** varlığı nedeniyle adil yargılanma hakkı ihlal edilmiştir (*Beian v. Romania*). AİHM’ye göre, mahkemeler, hukuk güvenliği, öngörülebilirlik ve kanun önünde eşitlik ilkelerinin gereği olarak, yerleşik içtihatlarından ikna edici gerekçe göstermeden ayrılamazlar (“*it is in the interests of legal certainty, foreseeability and equality before the law that the courts should not depart, without cogent reason from precedents, laid down in previous cases*”), (*Chapman v. The United Kingdom*, § 70). Somut olayda da, bahse konu iki Yargıtay kararına dayanılarak *ByLock* verileri delil olarak kullanıldığı için, adil yargılanma hakkı ihlal edilmiştir.

39. Yargıtay Ceza Genel Kurulu birçok kararında, (yasal olarak elde edildikleri varsayılrsa dahi), MİT, Jandarma ya da Polis tarafından istihbari çalışmalar çerçevesinde elde edilmiş bilgilerin ceza yargılamalarında kullanılmayacağı açıkça belirtilmiştir. Yargıtay CGK’nın 17.05.2011 tarih ve 2011/9-83 E. - 2011/95 K. sayılı kararına, “5397 sayılı Yasa uyarınca **önleme amaçlı iletişimin tespiti ve denetlenmesine, ancak suç işlenmesinin ve kamu düzeninin bozulmasının önlenmesi amacıyla başvurulabilecek ve önleme amacıyla yapılan iletişimin tespiti ve denetlenmesi sonucunda ulaşılan bulgular da, yasanın öngördüğü amaçlar dışında ve bu arada bir ceza soruşturması veya kovuşturmasında delil olarak da kullanılmayacaktır.**” Yargıtay CGK’nın 2011/93 E. - 2011/95 K. sayılı kararında da yukarıdaki içtihat tekrarlanmıştır: “... sayılı iletişimin tespiti kararının, 5397 sayılı Yasanın 2. maddesi ile 2803 sayılı Yasaya eklenen Ek 5. madde uyarınca verilen (ve 2937 sayılı Yasanın 6. maddesi uyarınca verilen) önleme dilemesi kararı niteliğinde olması karşısında, bu şekilde ulaşılan bulgular, ... ceza yargılamasında delil olarak kullanılmayacağından ve bu bulgulara dayalı hüküm kurulamayacağından, **önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi sonucunda ulaşılan bulgular dışındaki somut deliller değerlendirilerek sanığın hukuksal durumunun tayin ve takdiri gerekmektedir.**” (Ayrıca bkz. Yargıtay CGK, 21.10.2014 tarih ve 2012/1283E. - 2014/430 K.). Yargıtay CGK’nın bu içtihatları MİT, Jandarma ve Polisin tamamen yasalara uygun olarak (önceden alınmış hakim kararı ile) elde ettikleri bilgi ve belgeler için geçerlidir; oysa somut olayda yukarıda belirtilenlerden açıkça anlaşılacağı gibi, tamamen yasa dışı elde edilmiş ve kullanılmış *ByLock* verileri söz konusudur.

40. Yargıtay 16. CD’nin 24 Nisan 2017 tarihli kararında belirtildiği gibi, *ByLock* verileri ilk kez MİT tarafından (Litvanya’dan – eklendi) “*satın alma yoluyla*” ele geçirilmiş ve **MİT tarafından bir hard disk ile flaş belleğe yüklenerek** Emniyet Genel Müdürlüğü ve Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmiştir. Böylece 600 000 kişinin iletişim bilgilerinin yer aldığı *ByLock* verileri, önceden alınmış **herhangi bir hâkim kararı olmadan** ele geçirilmiştir. İlegal şekilde ele geçirilen delilleri daha sonra legal hale getirmek için savcılığın talebi üzerine Ankara 4. Sulh ceza hâkimliğinden **CMK’nın 134. maddesi** uyarınca **9 Aralık 2016 tarihinde** inceleme izni alınmıştır. İlegal şekilde ele geçirilen verileri legalleştirmek için (bilgisayar kütüklerine el koyma ve inceleme başlıklı) **CMK m. 134’e** dayanılmıştır. Oysa Yargıtay 16. CD’nin de belirttiği gibi (bkz, yukarı), somut olayda “**telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim**” söz konusu olup, bu konudaki özel kanun (*lex specialis*) CMK’nın 135. maddesidir (*telekomünikasyon yoluyla iletişime müdahale*). Bu kararın verildiği tarihe kadar, Türkiye genelinde tüm mahkemeler (*Whapsapp* ve benzeri uygulamalar dâhil) e-mail yoluyla yapılan iletişime müdahale için CMK’nın 135.

maddesine (*lex specialis*) dayanmışken, bu olayda özel yasa hükmü uygulanmayarak CMK'nın 134. Maddesine (*lex generalis*) dayanılması yasaların keyfi yorumlanıp uygulanmasıdır. Zira somut olayda ilgilinin fiilen kullandığı ve arama esnasında ele geçirilen bir bilgisayar hard diski söz konusu değildir; bireyin *Whatsapp* benzeri bir uygulama (*ByLock*) ile e-posta gönderisi söz konusudur. Eğer Yargıtay CMK'nın 135. maddesine dayanmış olsaydı, bu durumda MİT Kanununun 6 § 2 hükmünü (telekomünikasyon yoluyla iletişime müdahale) de zorunlu olarak olaya uygulama zorunda kalacak ve *ByLock* verilerinin illegal ele geçirildiği baştan itibaren kabul edilmiş olacaktı. Kısaca, MİT tarafından, hâkim kararı olmadan ele geçirildiği için illegal olan bu delilleri (*ByLock* verileri) legal hale getirmek için Yargıtay somut olayda uygulanması gereken özel yasa hükümlerini (CMK m. 135 ve MİT Kanunu m. 6 § 2 ve devamı) uygulamamış, genel kanun hükümlerini (CMK m. 134 ve MİT Kanunu m. 6 § 1) uygulamıştır. İlgisiz şekilde, bilgisayar kütüklerine el koyma ve bu kütüklerde inceleme yapılmasına izin veren CMK'nın 134. maddesine dayanılması gerektiğine karar vererek yasaları açıkça keyfi yorumlayıp uygulamıştır. Yasaların belirtilen şekilde keyfi yorumlanıp uygulanması, kanun önünde eşitlik, hukuk güvenliği ve öngörülebilirlik ve dolayısıyla adil yargılanma hakkını ihlal eder (bkz, *a contrario, Garcia Ruiz v. Spain - Teixeira de Castro v. Portugal - Van Mechelen and others v. The Netherlands*).

41. *ByLock* verileri hâkim kararı alınmadan, MİT tarafından MİT Kanununun 6 § 2 ve devamı hükümlerine aykırı olarak, satın alma yoluyla ele geçirildiği için MİT yasasına da aykırı şekilde elde edilmiştir. Yargıtay 16. Ceza Dairesi ve Ceza Genel Kurulu bu illegaliteyi yasal gösterebilmek için, **1983** tarihli MİT'in yetkilerini düzenleyen MİT Kanununun 6 § 1 hükmünü¹⁷ gerekçe göstermiştir. Bu hüküm, MİT'in genel olarak yetkilerini düzenleyen bir hükümdür (*lex generalis*). Oysa somut olayda telekomünikasyon yoluyla yapılan bir iletişim söz konusudur. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişime müdahale, MİT Kanununa **2005** yılında eklenen MİT Kanununun 6 § 2 ve devamı hükümlerinde özel olarak düzenlenmiştir (*lex specialis*). Yargıtay somut olayda **özel yasa hükmünü (MİT Kanunu m. 6 § 2 ve devamı)**¹⁸ uygulamamış ve yasa dışı elde edilen delile yasal dayanak bulabilmek için MİT'in yetkilerini genel olarak düzenleyen MİT Kanununun 6 § 1 hükmünü (*lex generalis*) uygulamıştır. Böylece “özel kanun varken genel kanun uygulanamaz ilkesi” (*lex specialis derogat lex generalis*) açıkça ihlal edilmiştir.

42. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişime MİT'in müdahalesi konusunda **1983** tarihli MİT Kanununa **2005 yılında** (sonradan) eklenen (*lex posterior*) MİT Kanununun 6 § 2 ve devamı hükümleri uygulanmayarak, **1983 tarihli MİT Kanunu m. 6 § 1 hükmü uygulanarak**, yasalar bir kez daha keyfi yorumlanıp uygulanmıştır. Zira sonradan çıkarılan özel kanun dururken önceki genel kanun uygulanamaz (*lex posterior derogat legi priori*). Somut olayda, yasa dışı elde edilmiş *ByLock* verilerini

¹⁷ MİT Kanununun 6 § 1 hükmü son derece *geniş, genel ve belirsiz* ifadelerle yazılı olup, MİT'in yetkilerine herhangi bir sınır çizilmediği için öngörülebilir (*foreseeable*) olmayıp, AİHS anlamında “yasa” niteliğine de sahip değildir.

¹⁸ 2937 sayılı MİT Kanununun 6. Maddesinin 2 ve devamı fıkralarında telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin MİT tarafından nasıl dinleneceği, kayda alınacağı ve tespit edileceği **özel olarak** düzenlenmiştir. MİT Kanunu m. 6 § 2, “... *terörist faaliyetlerin önlenmesine ilişkin olarak hâkim kararıyla* veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde 24 saat içinde **hakim onayına sunulmak üzere MİT müsteşarı veya yardımcısının yazılı emriyle iletişimin tespit edilebileceği, dinlenebileceği, sinyal bilgilerinin değerlendirilebileceği, kayda alınabileceği(ni)**” düzenlenmiştir. Dolayısıyla, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişime MİT tarafından müdahale edilmeden önce, bu **özel düzenlemeye uygun bir yargı kararının alınmış olması** gerekir.

yasal hale getirebilmek için bu husustaki “özel kanun” (*lex specialis*) ve “sonraki kanun” (*lex posterior*) uygulanmayarak yasalar Yargıtay ve mahkemeler tarafından açıkça keyfi olarak yorumlanıp uygulandığı için adil yargılanma hakkı ihlal edilmiştir.

43. *ByLock* kullanılarak yapılan haberleşmenin telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin kapsamında olduğunda en küçük kuşku yoktur. CMK’da telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişime müdahale konusu özel olarak düzenlenmiş olup, bu hususta da özel hüküm (CMK m. 135) bulunmaktadır (*lex specialis*). Ayrıca *ByLock* aracılığıyla yapılan iletişim bilgi işlem teknolojisi, eş ifade ile hard diskler (akıllı telefon hafızası veya tablet hafızası) kullanılarak gerçekleştirildiği için, bilgisayar kütüklerine el koyma ve inceleme konusunda CMK’da ayrı genel bir düzenleme (CMK m. 134) daha vardır (*lex generalis*). 24 Nisan 2017 tarihli Yargıtay 16. CD kararına kadar, Türkiye’deki tüm mahkemeler e-posta (*ByLock*, Whatsapp, Yahoo.com, gmail.com vb.) ile yapılan iletişime müdahale için, bu konudaki özel hüküm olan CMK’nın 135. maddesine dayanmışlardır. Buna rağmen, Yargıtay 16. CD ve CGK, illegal olarak ele geçirilmiş delilleri yasal gösterebilmek için, özel hükümü (CMK m. 135) görmezden gelerek bilgisayar kütüklerine el koyma hususunu düzenleyen genel hükme (CMK m. 134) dayanmışlardır. Oysa bir hususta özel hüküm varsa özel hüküm uygulanır; özel hüküm varken genel hüküm uygulanamaz (*lex specialis derogat lex generalis*). Özel hüküm yok sayılarak, yasa dışılığı yasal gösterebilmek için genel hükme dayanılarak yasalar bir kez daha yargı organlarınca keyfi yorumlanıp uygulanmıştır.

44. Bir an için CMK’nın 134. maddesinin olaya uygulanabileceği ve incelemiden önce hâkim kararı alındığı varsayılrsa dahi, bu madde sadece “**şüphelinin fiilen kullandığı bilgisayar kütüklerine el koymaya**” izin vermektedir.¹⁹ Oysa somut olayda **MİT’in üretilen kullandığı** hard disk ve flaş bellek söz konusu olup, dijital verilerde manipülasyon yapılması ve bu çerçevede sahte delil üretilmesi son derece basittir. MİT, yürütmeye doğrudan bağlı bir organ olup, herkesin bildiği gibi ilgilinin üyesi olduğu gerekçesiyle yargılandığı organizasyona yönelik soruşturma ve yargılamaların arkasında doğrudan yürütme organı vardır. Bu durum MİT’in ürettiği dijital verilerin otantikliğinden şüphelenmek için tek başına yeterli bir gerekçedir. *ByLock* aracılığıyla yapılan mesajlaşmaların yer aldığı hard disk ve flaş bellek MİT tarafından üretilip Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına gönderildiği (bu dijital materyaller şüpheliler tarafından bizzat kullanılmadığı) için, CMK’nın 134. maddesi de *ByLock* aracılığıyla yapılan iletişime müdahaleye yasal dayanak olamaz. Türkiye genelinde mahkemelerin delil olarak kabul ettiği tüm *ByLock* verileri, yukarıda açıklandığı gibi, CMK m. 134 hükmü uyarınca yapılan inceleme ile elde edilen bilgilerden ibarettir. Eş ifade ile *ByLock* verileri CMK m. 134’ün kapsamı dışında kaldığı için de yasa dışıdır; zira CMK m. 134 sadece şüphelinin fiilen kullandığı bilgisayar kütüklerini kapsar; MİT’in ürettiği bilgisayar kütükleri, *ByLock* gerekçesiyle yargılanan şüpheli ve sanıklar açısından CMK m. 134’ün kapsamı dışındadır. MİT’in ürettiği hard disk ve flaş bellek, sadece üreten MİT görevlileri açısından delil olabilir ve sadece onlar açısından CMK m. 134’ün kapsamına girebilir.

45. Ayrıca, CMK’nın 134. Maddesine göre, bilgisayar kütüklerine el koyma esnasında, sahteliği ve sahte delil üretilmesini önlemek amacıyla, el konulan dijital materyallerin bir örneği hemen üretilerek şüpheliye verilir. Bu kurala da uyulmadığı gibi, *ByLock*’a dair dijital materyaller (hard disk ve flaş bellek) bugüne kadar hiçbir

¹⁹ Bkz, Prof. Dr. Ersan Şen, “E-Posta Takibi ve CMK m. 134’ün Kapsamı”, 16 Temmuz 2014, <http://www.hukukihaber.net/m/?id=3524&t=makale>

şüpheli, sanık ya da avukatına verilmemiş, bu dijital materyaller devlet sırrı gibi saklanmıştır. CMK'nın 134. maddesine bu açıdan da aykırılık söz konusu olup, CMK'nın 134. maddesi, MİT tarafından hâkim kararı olmadan, (ilk ele geçirilmesi aşamasında) illegal şekilde elde edilen *ByLock* verilerini yasal hale getirmez.

46. Kaldı ki, yukarıda delilleriyle birlikte detaylı olarak açıklandığı gibi, *ByLock*'a dair hard disk ve flaş bellek, CMK'nın 134. Maddesi uyarınca, **9 Aralık 2016 tarihinde** alınan ilk hâkim kararından çok önce Emniyet tarafından incelenmiş, tespitler ve tasnifler yapılmış, listeler oluşturulmuş ve bu hususta bir de veri tabanı hazırlanarak Türkiye genelindeki soruşturmalarda kullanılmıştır. Kısaca, *ByLock*'a dair hard disk ve flaş bellek hiçbir hakim kararı olmadan incelendiği için, bu dijital materyallerde yer alan verilerin tamamı zaten yasa dışı delil niteliğindedir; CMK m. 134'e de açıkça aykırı elde edilmiş olup, mutlak şekilde yasa dışı delil niteliğindedir.

47. Sonuç olarak, *ByLock* verileri başlangıçta MİT tarafından MİT Kanununun 6 § 2 ve devamı hükümlerine aykırı olarak ele geçirildiği için illegaldir. Somut olayda bir an için CMK'nın 134. Maddesinin uygulanacağı varsayılsa dahi, CMK m. 134 ve 135'e de aykırı olarak ele geçirilip soruşturma ve kovuşturma işlemlerinde kullanıldığı için ayrıca illegaldir. Sonuç olarak, Türkiye genelinde tüm mahkemelerin (200 civarında Ağır ceza mahkemesi, İstinaf ve Yargıtay) kullandığı *ByLock* verileri yasal dayanağı olmayan veriler olup, mutlak şekilde yasa dışı delil niteliğindedir.

48. Anayasanın 38 § 6 hükmüne göre yasa dışı şekilde elde edilen deliller hiçbir yargılamada kullanılamaz. Anayasa Mahkemesi de 10 Nisan 2018 tarihinde verdiği bir kararda (Başvuru No: 2014/4704), hâkim kararı olmadan yapılan arama ile elde edilen delillerin kullanılmasını, yasa dışı delillerin kullanılması olarak nitelendirmiş ve bu durumun adil yargılanma hakkını ihlal ettiğine hükmetmiştir.²⁰ Yukarıda belirtilenlerden anlaşılacağı gibi, *ByLock* verileri MİT Kanununun 6 § 2 ve CMK'nın 134. ve 135. maddelerine de tamamen aykırı şekilde elde edilmiş olup, bu durum **14 Subat 2018** tarihli Yargıtay 16. CD kararında da açıkça kabul edilmiş ve kararda şu ifade kullanılmıştır: "*ByLock delili usulüne uygun olarak temin edilmemiştir*" (Y. 16. CD, 2017/3609E – 2018/335K).

49. Tüm belirtilen nedenlerle, CMK'nın 134 ve 135. maddeleri (özel kanun dururken genel kanunun uygulanması) ile MİT Kanununun 6. Maddesinin keyfi olarak yorumlanıp uygulanması sonucu (sonraki özel kanun yerine önceki genel kanunun uygulanması) adil yargılanma hakkı ihlal edilmiştir. Ayrıca, CMK m. 134 ve 135'e tamamen aykırı olarak *ByLock* dijital materyalleri üzerinde inceleme yapıldığı ve yasa dışı delil oluşturulup kullanıldığı için, AY m. 38 § 6 ve CMK m. 217 § 2 hükümleri yasaklamasına rağmen, yasa dışı olduğu açık olan *ByLock* verileri mahkûmiyete esas alındığı için de adil yargılanma hakkı ihlal edilmiştir. Aynı konuda birbiriyle çelişen kararların varlığı nedeniyle de adil yargılanma hakkı ihlal edilmiştir.

D- *ByLock*'a ilişkin delilin ısrarla maddi gerçeğe tamamen aykırı olarak değerlendirilip kullanılması nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlali

50. CMK'nın 134. maddesine göre, el konulan bilgisayar kütüklerinin birer kopyası yapılarak (talep olmadan) derhal şüpheliye verilmelidir. Bugüne kadar binlerce sanık ve avukatlarının talep etmelerine rağmen, "*Ankara Cumhuriyet Başsavcılığında tutulan ByLock' a ilişkin hard disk ve flaş belleğin*" birer örneği hiçbir sanığa veya vekiline verilmemiştir. Bu hard disk ve flaş bellek birer devlet sırrı gibi herkesten saklanmaktadır. Mahkemeler, sadece MİT, Ankara Başsavcılığı veya

²⁰<http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/basin/kararlarailiskinbasinduyurulari/bireyselbasvuru/detay/160.html>

Emniyet Genel Müdürlüğü (polis) tarafından yazılan “*Bu kişi ByLock kullanıcısıdır*” şeklindeki yazılara ve/veya “*ekindeki mesajlara*” dayanarak, kişilerin *ByLock* kullanıcısı olduğuna kanaat getirmekte ve karar vermektedirler. Bu yazıların hatalı olup olmadığı araştırılmadan mahkûmiyet kararları verilmektedir. Oysa aynı devlet kurumlarınca hazırlanan *ByLock* kullanıcıları listelerinde hata yapıldığı birçok kez ortaya çıkmış ve defalarca listelerde güncelleme yapılmıştır. Başlangıçta 215 000 kişi olan *ByLock* kullanıcısı, zamanla 90 000’lere kadar inmiştir. Bu hataları Aralık 2017 tarihinde Başbakan Sayın Binali Yıldırım da kabul etmiştir. Cep telefonunda *ByLock* olduğu iddiasıyla açığa alınan 28 yaşındaki Doktor Hasan Orhan Çetin, 19 Şubat 2017 tarihinde çalıştığı hastanenin 10. katından atlayarak intihar etmiştir. Ancak bu olaydan bir yıl sonra, 29 Mart 2018 tarihinde İzmir Cumhuriyet Başsavcılığı, Doktor Çetin’in “*güncellenmiş ByLock listelerinde yapılan sorgulamada ByLock programını kullanmadığının belirlendiğini*” açıklamıştır.²¹ Son olarak 28 Aralık 2017 tarihinde Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca *ByLock* listelerinde 11 480 kişiye ilişkin hata yapıldığı ve tutuklu olanların serbest bırakılacağı açıklanmıştır.²² (bkz, EU Commission, Turkey 2018 Report, 17 April 2018, p. 9).

51. Sadece *ByLock* kullanmanın veya *ByLock*’u cep telefonuna indirmenin terör örgütü üyeliğine delil gösterilmesinin nedenini, bu uygulamanın **münhasıran (sadece)** bahse konu örgüt mensuplarınca kullanıldığı iddiası oluşturmaktadır. MİT, polis, savcılık ve Yargıtay’a göre, *ByLock* özel bir şekilde sadece *Gülenist* olanların telefonlarına yüklenmekte ve sadece *Gülenistler* tarafından kullanılmaktadır. Oysa maddi gerçek “*münhasıran Gülenistler tarafından kullanıldığı*” iddiasını tamamen çürütmektedir. *ByLock* uygulaması hem *Google Play* hem de *Apple Store*’da bir süre herkese açık olarak yer almış ve *Play Store*’dan 500 000 kullanıcı²³, *Apple Store*’dan ise 100 000 kullanıcı tarafından indirilmiştir. Kullanıcıları arasında 34 ülkeden, Türk olmayan birçok kullanıcı da bulunduğu raporlaştırılmıştır. *ByLock*’u Burkina Faso Dışişleri Bakanı ile iletişim için kullandığını ve kendisinin *Gülenist* olmadığını açıklayan BM Uluslararası Ceza Mahkemesi yargıcı A.S.A. da, sadece *ByLock* kullandığı gerekçesiyle bir süre tutuklu kalmış ve 17 Haziran 2017 tarihinde 7 yıl hapis cezasına mahkûm edilerek serbest bırakılmıştır. Bu maddi gerçeğe rağmen, Yargıtay dâhil tüm mahkemeler **ısrarla** *ByLock*’u **münhasıran** (sadece) söz konusu örgüt üyelerinin kullandığını iddia ederek, bu uygulamayı cep telefonuna indirmeyi tek başına terör örgütü üyeliği suçuna yeterli delil görmektedirler. Delilleri ısrarla maddi gerçeğe tamamen aykırı şekilde değerlendirerek keyfi kararlar vermektedirler. MİT Teknik Analiz Raporuna göre, en az 493 000 kişinin *ByLock* kullandığı görünmesine rağmen, kullanıcılar arasından 278 000 kişi çıkarılarak, başlangıçta 215 000 kişi hakkında soruşturma açılmış, daha sonra da bu rakam 90 000’lere kadar düşürülmüştür. 400 000 *ByLock* kullanıcısı *Gülenist* değilse *ByLock*’u münhasıran *Gülenistlerin* kullandığı iddiası tamamen temelsizdir. Bir delilin maddi gerçeğe tamamen aykırı olarak değerlendirilmesi keyfiliktir. Yargıtay dâhil mahkemeler delillerin değerlendirilmesinde ısrarla keyfi kararlar vererek adil yargılanma hakkını ihlal etmişlerdir; mahkûmiyete esas alınan tek ya da ana belirleyici delilde keyfilik adil yargılanma hakkını ihlal eder (bkz, *a contrario*, *Garcia Ruiz v. Spain - Teixeira de Castro v. Portugal - Van Mechelen and others v. The Netherlands*).

²¹http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/turkiye/950485/Aciga_alindikdan_sonra_intihar_eden_doktoru_n_ByLock_kullanicisi_olmadigi_ortaya_cikti.html

²²http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/turkiye/894397/ByLock_magduru_olan_11_bin_480_kisi_acik_landi..._iste_o_liste.html#

²³<http://m.downloadatoz.com/bylock-secure-chat-talk/net.client.by.lock/>

E- Çekişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerine aykırı olarak verilen karar nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlali

52. AİHS'nin 6. maddesi anlamında bir "mahkemenin" olmazsa olmazları arasında, "çekişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerine uygun yargılama yapma" unsuru vardır (*Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia*, § 516 – 520). Bu iki ilke "yargılama işlevinin" en önemli nitelikleri arasında olup, yargılamanın tüm aşamalarında saygı gösterilmesi gerekir. Eş ifade ile, bu iki ilke, birinci, ikinci ve üçüncü derece mahkemelerinin tamamının uygun davranması gereken temel yargısal güvenceler (*guarantees of judicial procedure*) arasındadır (*Mantovanelli v. France*, § 33). Bu ilkelere aykırı bir yargılama yapan organ, mahkeme olarak adlandırılmaz. Mahkemeler, yargılanan tarafların talebi olmadan, "mahkeme" olmalarının gereği olarak, çekişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerine saygılı şekilde yargılama yapmak zorundadırlar.

53. Yargıtay 16. C.D. ve Yargıtay C.G.K.'nın yukarıda zikredilen kararlarında belirtildiği gibi, *ByLock* verilerin incelenmesine CMK'nın 134. maddesi dayanak yapılmıştır. CMK'nın 134. Maddesine göre, *ByLock*'a ilişkin hard disk ve flaş belleğin birer kopyası, **talep dahi olmadan**, başvuru veya avukatına mutlak şekilde verilmek zorundadır. *ByLock* verilerinin yer aldığı hard disk ve flaş bellek Ankara Cumhuriyet Başsavcılığında saklanmakta olup, bu konudaki ana deliller (hard disk ve flaş bellek), CMK'nın 134. maddesine tamamen aykırı olarak, ilgili veya avukatına verilmemiştir. Hiyerarşiye tabi idari organların (MİT, Emniyet, savcılık) yazılarına dayalı ve bu yazılara mutlak doğru muamelesi yapılarak, ilgili hakkında mahkûmiyet kararı verilmiştir.

54. *ByLock* nedeniyle 70 000 civarında kişi hakkında ceza soruşturması yapıldığı ifade edilmekte olup, MİT'in Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına gönderdiği *ByLock*'a ilişkin hard disk ve flaş bellek bugüne kadar, **talep etmelerine rağmen** on binlerce sanıktan hiçbirine verilmemiştir. Sadece MİT, Emniyet, BTK ve/veya savcılığın gönderdiği yazılara itibar edilerek, bu yazıların hatasız ve mutlak şekilde maddi gerçeği yansıttığı iddiasıyla kişiler tutuklanmış ve/veya mahkûm edilmiştir. Eğer sanıklardan birine verilmiş olsa, herkesin söz konusu dijital materyallere erişme ve inceleme imkânı olacak ve *ByLock*'un **sadece** "belirli bir grup" tarafından kullanılıp kullanılmadığı iddiası ve bu delilin otantik olup olmadığı, verilerde değişiklik ve ekleme yapıp yapılmadığı, şüpheye yer vermeyecek şekilde aydınlatılabilecektir. *ByLock* uygulamasını sadece cep telefonuna indirmenin terör örgütü üyeliğine tek başına delil gösterilmesinin tek nedeni "**münhasıran kullanma**" iddiası olup, bu iddianın doğru olup olmadığını ispatlayabilmek için *ByLock* ile yapılan tüm iletişim bilgilerinin yer aldığı hard disk ve flaş belleğin sanıklara da verilmesi ve onlar tarafından da incelenebilmesi gerekir. Hard disk'te yer alan tüm kullanıcılar tek tek tespit edilip tamamının bahse konu oluşuma üye olduğu objektif şekilde gösterilmediği sürece, MİT, savcılık, polis ve mahkemelerin, "**münhasıran kullanma**" iddiasını kabul etmek akla ve bilime aykırıdır. Zira "**münhasıran kullanma**" iddiasını, belirtilen yapıyla hiçbir ilgisi olmayan tek bir *ByLock* kullanıcıasını göstermek çürütür. Böylece "**münhasıran kullanma**" iddiası temelsiz hale geleceği için, bu iddia ile de terör örgütü üyeliği artık gerekçelendirilemez.

55. CMK'nın 134. maddesi emretmesine rağmen, ilgilinin mahkûmiyetine tek ya da ana dayanak gösterilen *ByLock*'a ilişkin hard disk ve flaş bellek mahkûmiyet kararından önce kendisine veya avukatına verilmemiştir. Böylece, ilgilinin, mahkûmiyet kararına dayanak yapılan ana delili inceleyip görüşlerini hazırlayarak, mahkemenin kararını etkileyecek şekilde, bu konudaki görüşlerini mahkemeye sunma

hakkı elinden alınmıştır. Eş ifade ile, kendisinin gerçekten *ByLock* kullanıcısı olup olmadığını, bu uygulamanın “münhasıran belirli bir grup üyelerince kullanılıp kullanılmadığını” ve verilerde ekleme ya da çıkarma yapılıp yapılmadığını (sahte delil üretilip üretilmediğini), hard disk ve flaş bellekteki verilere dayalı olarak ispatlayabilmesi ve masumiyetini kanıtlayabilmesi mutlak şekilde elinden alınmıştır. Böylece çekişmeli yargılama (*adversarial proceedings*) ilkesi açıkça ihlal edilmiştir. AİHM’ye göre, çekişmeli yargılama ilkesi, kural olarak, dosyaya giren veya yargılamada kullanılan tüm bilgi, belge, delil ve görüşlerin (Hatta bu görüşler bağımsız bir ulusal adli organın (mahkemenin) görüşleri de olabilir.), yargılamanın taraflarına tebliğ edilmesini, bir örneğinin verilmesini ve taraflara yeterli süre, imkân ve kolaylık sağlanarak, mahkemenin kararını etkileyecek ölçüde görüşlerini hazırlayıp mahkemeye sunabilmelerini gerektirir (*The right to adversarial proceedings means in principle the opportunity for the parties to a criminal or civil trial to have knowledge of and comment on all evidence adduced or observations filed, even by an independent member of the national legal service, with a view to influencing the court’s decision* (Ruiz-Mateos v. Spain, § 63; McMichael v. the United Kingdom, § 80; Vermeulen v. Belgium, § 33; Lobo Machado v. Portugal, § 31; Kress v. France [GC], § 74)).

56. Ayrıca, savcılığın elinde olan *ByLock*’a ilişkin hard disk ve flaş bellek sanığa verilmeyerek (sanığın masumiyetini ispatlama hakkı elinden alınarak), delillere erişim açısından yargılanan kişi ile savcılık (suçlayan kurum) arasında açık bir eşitsizlik oluşturulmuş ve böylece silahların eşitliği (*equality of arms*) ilkesi de ihlal edilmiştir. Bu ilke, yargılamanın tarafları arasında adil bir denge gözetilmesini, delillere erişim ve mahkemeye sunma dâhil tarafların görüşlerini eşit şartlarda sunabilmelerini ve bir tarafın diğer tarafa nazaran dezavantajlı duruma yerleştirilmemesini gerektirir (*Equality of arms implies that each party must be afforded a reasonable opportunity to present his case – including his evidence – under conditions that do not place him at a substantial disadvantage vis-à-vis the other party* (ECtHR, *Dombo Beheer B.V. v. the Netherlands*, § 33)).

F- *ByLock* delili açısından bağımsız mahkeme ilkesinin gereklerini karşılamayan organlarca mahkûmiyet kararı verilmesi nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlali

57. Somut olayda olduğu gibi, Türkiye’deki tüm mahkemeler *ByLock* konusunda sadece MİT, Emniyet, BTK ve Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının gönderdiği yazılara dayalı olarak ve bu yazıların mutlak doğruyu yansıttığını değerlendirerek kararlar vermektedirler. Oysa 27 Aralık 2017 tarihinde, on binlerce kişi hakkında hata yapıldığı, bizzat *ByLock*’a ilişkin hard disk ve flaş bellek ellerinde olan Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca açıklanmıştır. Belirtilen kurumlar yürütme erki içerisinde olup, bağımsız ve tarafsız değildirler; yürütmenin talimatlarını harfiyen uygulamak zorundadırlar. Bir mahkeme, ana delili ya da tek delili (hard disk ve flaş bellek) doğrudan incelemeyen veya objektif ve bağımsız bilirkişilere inceletmeden, yürütmenin talimatlarını doğrudan uygulayan (talimat alan) idari kurumların bu husustaki yazılarını baz alarak, bu yazıların maddi gerçeği yansıtmadığını hiçbir şekilde tartışmadan, söz konusu yazıların mutlak maddi gerçeği yansıttığını kabul ederek karar verirse bağımsızlığını kaybeder (*Beaumont v. France - Chevrol v. France*). Bağımsızlık talimat almamaktır; talimat alan bir idari kurumun yazısının maddi gerçeği yansıtmadığını araştırmadan, bu yazıyı noter gibi onaylayarak karar veren mahkeme bağımsız olamaz. Bağımsız olmayan bir organ AİHS’nin 6. maddesi anlamında “mahkeme” (*court*) olarak nitelendirilemez; hatta “mahkeme” sıfatının kullanılmasını dahi hak etmez (*Beaumont v. France*). *ByLock* delili

açısından, talimat alan ve bağımsız olmayan idari organların yazılarını noter gibi onaylayan ve böylece bağımsızlığını kaybeden bir organ tarafından verilen karar adil yargılanma hakkının en önemli gereğini (bağımsız mahkeme önünde yargılanma hakkını) ihlal etmiştir.

30 Haziran 2018