

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER
KAPSAMINDA KALAN FAALİYETLERİN
MAHKUMİYET KARARLARINDA DELİL
OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ**

Muhammed Fatih KARABULUT

2501181865

TEZ DANIŞMANI

Prof. Dr. H. Burak GEMALMAZ

İSTANBUL - 2021

ÖZ

TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER KAPSAMINDA KALAN FAALİYETLERİN MAHKUMİYET KARARLARINDA DELİL OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ MUHAMMED FATİH KARABULUT

Bir temel hak ve özgürlük kapsamında kalan bir eylem, bir suçun maddi unsurunu oluşturup doğrudan cezalandırmaya konu olabilir. Bununla birlikte gerçekleştirilmeleri başlı başına suç teşkil etmeyen temel hak ve özgürlükler kapsamında kalan faaliyetler bir suçun işlendiğinin ispatında delil olarak da kullanılabilir. Özellikle hazırlık hareketleri cezalandırılmaz ilkesine istisna teşkil eden ve bir statü suçu olarak kabul edilen terör örgütüne üye olmak suçu bakımından ifade özgürlüğü, toplanma ve örgütlenme özgürlüğü, mülkiyet hakkı gibi birçok temel hak ve özgürlük kapsamında kalan birçok faaliyet, fail ile örgüt arasındaki organik bağın ortaya koyulmasında önemli bir işleve sahip olabilmektedir. Söz konusu faaliyetler aynı zamanda terör örgütüne yardım etme ve üyesi olmadığı örgüt adına suç işleme suçları bağlamında da cezalandırmaya konu olabilmektedir. Bu kapsamda temel hak ve özgürlükler kapsamında kalan bir faaliyetin mahkumiyet kararına konu olması ilgili hak bakımından müdahale teşkil etmektedir. Çalışma kapsamında söz konusu müdahale tipi, insan hakları hukuku bağlamında ele alınmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruları inceleme metodunun benimsendiği çalışma üç ana bölümden oluşmaktadır. Bu doğrultuda müdahale “kanunilik”, “meşru amaç” ve “ölçülülük/demokratik toplum düzeninde gereklilik” testleri bağlamında ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: temel hak ve özgürlükler, mahkumiyet kararı, delil, terör örgütüne üye olmak, ölçülülük/demokratik toplum düzeninde gereklilik.

ABSTRACT

CONSTRUING THE ACTS THAT ARE IN THE SCOPE OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND FREEDOM AS EVIDENCE IN THE VERDICT OF CONVICTION MUHAMMED FATİH KARABULUT

An activity that is in the scope of a fundamental right and freedom can constitute the material element of a crime and be subject to punishment directly. However, activities that are in the scope of fundamental rights and freedoms that do not constitute a crime in itself can be used as evidence to prove that a crime has been committed. Especially in terms of crime of being a member of a terrorist organization, which is accepted as a status offense and constitutes an exception to the principle that preparatory actions are not punishable, many activities that are in the scope of many fundamental rights and freedoms, such as freedom of expression, freedom of assembly and association, right to property, can have an important function in proving the organic link between the perpetrator and the organization. These activities may also be subject to punishment in the context of aiding a terrorist organization and committing crimes on behalf of an organization that it is not a member of. In this context, the fact that an activity that is in the scope of fundamental rights and freedoms is the subject of a verdict of conviction constitutes an interference in terms of the relevant right. Within the scope of the thesis, the mentioned type of interference is discussed in the context of human rights law. The thesis, in which the European Court of Human Rights and Constitutional Court's method of examining individual applications is adopted, consists of three main sections. In this respect, the interference is considered in the context of tests of "prescribed by law", "legitimate aim" and "proportionality/necessity in a democratic society".

Keywords: fundamental rights and freedoms, verdict of conviction, evidence, being a member of a terrorist organization, proportionality/necessity in a democratic society.

ÖNSÖZ

Bir yüksek lisans tezi olan ve insan hakları ile ceza hukukunun kaynaştığı bu çalışmanın yazım süreci boyunca desteklerini ve ilgisini hiç esirgemeyerek bana ışık tutan ve lisans döneminden itibaren insan hakları konusunda ufkumu genişleten hocam ve danışmanım Prof. Dr. H. Burak GEMALMAZ'a teşekkürü borç bilirim.

Tezin eksikliklerini tamamlayan ve değerli eleştirileriyle katkılar sunan jüri üyeleri Doç. Dr. Tolga ŞİRİN, Dr. Selman DURSUN, Dr. Serdar TALAS ve Dr. Erkan DUYMAZ'a teşekkürlerimi sunarım. Ayrıca çalışma sürecinin başından sonuna kadar beni cesaretlendiren, öneri ve eleştirileriyle çalışmanın olgunlaşmasına büyük katkı sağlayan değerli dostum Arş. Gör. Semih Oğuz AYDIN'a teşekkür ederim.

Son olarak bugüne kadar benden desteklerini hiç esirgemeyen sevgili annem Hatice KARABULUT ve babam Fethi Ahmet KARABULUT'a teşekkür ederim.

MUHAMMED FATİH KARABULUT
İSTANBUL, 2021

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	ii
ABSTRACT.....	iii
ÖNSÖZ.....	iv
İÇİNDEKİLER	v
KISALTMALAR LİSTESİ.....	vii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

MÜDAHALE

I. TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER KAPSAMINDA GERÇEKLEŞTİRİLEN FAALİYETLERİN DELİL OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ	5
A. Suç Tipleri.....	6
1. Terör Örgütüne Üye Olmak (TCK 220/2, 314/2)	7
2. Terör Örgütüne Yardım Etme (TCK 220/7, 314/2, 314/3).....	14
3. Üyesi Olmadığı Terör Örgütü Adına Suç İşleme (TCK 220/6, 314/2, 314/3)	16
B. Ceza Muhakemesinde Delillerin Değerlendirilmesi	18
II. MÜDAHALE GERÇEKLEŞTİRİLEN HAKLAR.....	27
A. Düşünce Özgürlüğü Kapsamındaki Eylemler.....	31
B. İfade Özgürlüğü Kapsamındaki Eylemler.....	38
C. Toplanma Özgürlüğü Kapsamındaki Eylemler.....	41
D. Örgütlenme Özgürlüğü Kapsamındaki Eylemler.....	44
E. Din ve Vicdan Özgürlüğü Kapsamındaki Eylemler.....	45
F. Haberleşme Özgürlüğü Kapsamındaki Eylemler.....	46
G. Mülkiyet Hakkı Kapsamındaki Eylemler	50

İKİNCİ BÖLÜM

KANUNİLİK VE MEŞRU AMAÇ

I. KANUNİLİK	57
A. Öngörülebilirlik.....	59

1.	Belirlilik İlkesine Aykırı Suç ve Ceza Hükümleri	62
2.	Suç ve Cezada Geniş Yorum ve Kıyas Yasağı	63
B.	Geriye Yürümezlik İlkesi	68
C.	AİHM ve AYM'nin TCK 220 Yaklaşımı	72
1.	AİHM Yaklaşımı	72
a.	Üyesi Olmadığı Terör Örgütü Adına Suç İşleme	72
b.	Terör Örgütüne Yardım Etme	78
c.	Terör Örgütüne Üye Olmak	83
2.	AYM Yaklaşımı	100
II.	MEŞRU AMAÇ	102
A.	Sınırlama Ölçütleri	102
B.	Terörizmle Mücadele	107
1.	Kavram: Terörizm	107
2.	Terörizmle Mücadele ve İnsan Hakları	109
<u>ÜÇÜNCÜ BÖLÜM</u>		
ÖLÇÜLÜLÜK/ DEMOKRATİK TOPLUM DÜZENİNDE GEREKLİLİK		
I.	GENEL İLKELER	114
A.	Zorlayıcı Toplumsal İhtiyaç	117
B.	İlgili ve Yeterli Gerekçe	119
1.	Kavram: Gerekçe	119
2.	Gerekçeli Karar Hakkı	120
3.	Müdahalenin Gerekçesi	123
C.	Değerlendirme	156
II.	CAYDIRICI ETKİ	162
SONUÇ		166
KAYNAKÇA		171

KISALTMALAR LİSTESİ

AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AY	: Türkiye Cumhuriyeti Anayasası
AYM	: Anayasa Mahkemesi
A.e.	: Aynı eser
a.g.e.	: Adı geçen eser
App. No.	: Application No
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
bkz.	: Bakınız
C	: Cilt
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CMK	: 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
Çev.	: Çeviren
D.E.Ü.	: Dokuz Eylül Üniversitesi
E.	: Esas
Ed.	: Editör
E.T.	: Erişim tarihi
İÜHFH	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
md.	: Madde
MÜHF-HAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
No.	: Numara
P1-1	: AİHS'in mülkiyet hakkına yer veren 1 No'lu Protokolünün 1. maddesi
para.	: Paragraf
paras.	: Paragraflar

S	: Sayı
s.	: Sayfa
SDÜHFD	: Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TCK	: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
TMK	: 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu
v.	: Versus (karşı)
vd.	: Ve diğerleri
Y	: Yıl

GİRİŞ

Kişilerin temel hak ve özgürlükler kapsamında kalan¹ faaliyetlerinin² mahkumiyet³ kararlarında delil olarak değerlendirilmesi söz konusu haklara müdahale⁴ teşkil etmektedir.⁵ Bu müdahale türü, temel hak ve özgürlüklerin kullanımının engellenmesinden ya da kullanılması nedeniyle cezalandırılmasından farklılık arz etmektedir. Çalışmanın konusunu oluşturan müdahale türü, kişilerin temel hak ve özgürlükler kapsamında gerçekleştirdikleri eylemlerinin bir suçun ispatı

¹ Eylemin, “temel hak ve özgürlükler kapsamında kalması” ile eylemin ilgili temel ve hak özgürlüğün norm alanı içinde bulunması ifade edilmektedir.

² AYM kararları incelendiğinde çalışmanın konusu bağlamında yapılan başvurularda kavramsal olarak “faaliyet” kavramının kullanıldığı görülmüştür. Paralellik sağlamak adına çalışmanın isminde özellikle “faaliyet” kavramı tercih edilmiştir. Bununla birlikte çalışma kapsamında yer yer “eylem” kavramı, “faaliyet” kavramıyla aynı anlama gelecek şekilde kullanılmaktadır.

³ Çalışma bağlamında “mahkumiyet” terimi Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 223. maddesinin 5. fıkrasında düzenlenen mahkumiyet kararı bağlamında kullanılmaktadır.

⁴ “Bir temel hakkın koruma alanı kapsamına giren bir davranış, bireye Devlet tarafından yasaklandığında, Devletin temel hakka bir **müdahalesinden, sınırlama ve kayıtlamasından söz edilir** (vurgu orijinaldir) (Zafer Gören, **Anayasa Hukuku**, 5. bs., Ankara, Yetkin, 2020, s. 486). Temel hak ve özgürlüklere ilişkin müdahale/sınırlama ve düzenleme kavramları ise eşdeğer değildirler. Bir düzenlemenin, müdahale/sınırlama olup olmadığının anlaşılması için içeriğine bakılması gerekmektedir. Bu bağlamda bir düzenlemenin temel hak ve özgürlüğün norm alanını daraltmasına müdahale/sınırlama denir. Buna karşın, temel hak ve özgürlüğün norm alanını daraltmayan, tersine daha kolay ve etkin kullanabilmesini temin eden düzenlemeler sınırlama değildir. Bazı haklarsa anayasal tanımları itibariyle kanunla getirilen sınırlamalar dışında bir takım anayasal sınırlara sahiptir. Örneğin, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının ancak “silahsız ve saldırısız” olarak kullanılması gerekliliği, anayasal sınırlara örnek olarak verilebilir. Bu kapsamda müdahale/sınırlama, bir temel hak ve özgürlüğün anayasaca öngörülmüş norm alanının kanunla ya da kanuna dayanılarak daraltılmasıdır (Fazıl Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1982, s. 21-23). Anayasa Mahkemesi de temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasını şöyle tanımlamıştır: “Sınırlama, belirli bir temel hak ve özgürlüğün Anayasa’da öngörülen ya da belirlenen alanı içinde kişiye sağlanan olanakların kanun koyucu tarafından daraltılmasıdır. Başka bir anlatımla, sınırlamada, belirli bir temel hak ve özgürlüğün kullanım olanakları sınırlamadan sonra da devam eder.” [Anayasa Mahkemesi’nin 26/12/2013 tarihli, 2012/157 E. ve 2013/162 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> (E.T.: 11.04.2021)]. Dolayısıyla bu bölümde kullanılan “müdahale” kavramının “ihlal” kavramıyla eşdeğer olmadığı, bireysel başvuru kapsamında her müdahalenin ihlal sonucunu doğurmadığı belirtilmelidir. Bir temel hak ve özgürlüğün ihlal edildiğinden bahsedilebilmesi için gerçekleştirilen müdahalenin haklı olmadığı sonucuna varılması gerekmektedir. Bireysel başvuru bağlamında sınırlandırılabilen bir hak bakımından müdahalenin haklı kabul edilebilmesi için şu üç şartı haiz olması gerekmektedir: 1- “kanunla/yasayla öngörülmüş” olması, 2- meşru amaçlardan birini hedeflemesi (sınırlama ölçütlerinden birine girmesi), 3- ölçülü/demokratik toplumda gerekli olması (Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 2. Cilt, 8. bs., İstanbul, Legal Yayıncılık, 2012, s. 21-22.). Bireysel başvuru kapsamında müdahalenin haklılığı kural olarak bu üç şartın sırayla incelenmesi şeklinde gerçekleşmektedir. Şartlardan birinin bulunmaması halinde bir sonraki şartın varlığının incelenmesine gerek duyulmamaktadır (Osman Doğru, Atilla Nalbant, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar**, 2. Cilt, 2. bs., İstanbul, Legal Yayıncılık, 2016, s. 11).

⁵ *Işıkırık v. Turkey*, App. No. 41226/09, Judgment of 14 November 2017, para. 54.

bakımından delil olarak değerlendirilmesi şeklinde gerçekleşmektedir. Yani kişilerin temel hak ve özgürlükler kapsamında kalan faaliyetleri doğrudan cezalandırılmamakta, bir suçun işlendiğinin ispatı bakımından sadece delil olarak değerlendirilmektedir.⁶

Bu müdahale türü birçok suç tipi kapsamında söz konusu olabilmektedir. Fakat çalışmanın suç tipleri bağlamında bütünselliğinin sağlanması amacı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (bundan sonra AİHM) ve Anayasa Mahkemesi (bundan sonra AYM) içtihatlarının belli suç tiplerinde yoğunlaşması nedeniyle konu sınırlandırılmıştır. Bu doğrultuda çalışma, birbiriyle yakın ilişki içerisinde olan şu üç suç tipi ile sınırlandırılmıştır: terör örgütüne üye olmak, terör örgütüne yardım etmek ve üyesi olmadığı terör örgütü adına suç işlemek. Yine çalışma esas olarak mahkumiyet kararları ile sınırlandırılmışsa da birinci bölümde temel hak ve özgürlükler kapsamında kalan eylemlerin tutuklama kararlarına da konu olabileceklerini göstermek adına sınırlı sayıda örnek verilmektedir. Ayrıca ikinci bölümde AİHM tarafından terör örgütüne üye olmak suçu kapsamında gerçekleştirilen müdahalenin kanunilik incelemesi, başvuruçunun tutukluluğa ilişkin şikayetler ileri sürmüş olması nedeniyle tutuklama kararı bağlamında ele alınmaktadır.

Çalışmanın konusu, bireysel başvuru denetiminde kullanılan yöntemlere göre bölümlere ayrılmaktadır. Yukarıda bahsedildiği şekliyle müdahalenin; birinci bölümde varlığı, ikinci bölümde kanunla öngörülüp öngörülmediği ve hedeflediği meşru amaçlar, üçüncü bölümde ise ölçülü/demokratik toplum düzeninde gerekli olup olmadığı üzerinde durulmaktadır.

Birinci bölümde öncelikle müdahalenin konusunu oluşturan suç tipleri çalışmanın ilgi alanıyla sınırlı olacak şekilde maddi ceza hukuku boyutuyla ele alınmaktadır. Suç tipleri incelenirken, yer verilen yargı kararlarının olabildiğince çalışmanın konusuna örnek teşkil etmesi amaçlanmaktadır. Bu kapsamda uygulamada

⁶ Haberleşme özgürlüğü kapsamında kalan bir fiilin delil olarak kullanılmasına ilişkin bir değerlendirme için bkz. “Başvurucunun ByLock kullanma fiilinden değil örgüt üyeliği suçundan mahkûm olduğu vurgulanmalıdır. Bu açıdan derece mahkemesinin ByLock kullanımını suç olarak nitelendirmesi söz konusu değildir. Derece mahkemesi, başvuruçunun ByLock kullanmış olmasını örgüt üyeliği suçunu işlediğinin bir delili olarak kabul etmiştir...” *Bestami Eroğlu Başvurusu*, Genel Kurul, No. 2018/23077, 17/9/2020, para. 160.

temel hak ve özgürlüklere müdahale anlamına geleceği bilinciyle veya değil, birçok faaliyetin mahkumiyet kararlarında delil olarak değerlendirildiği gösterilmektedir. Suç tiplerinin açıklanmasının akabinde, çalışmanın konusu bakımından önem arz ettiğinden ceza muhakemesinde delillerin değerlendirilmesi üzerinde durulmaktadır. Bir temel hak ve özgürlük kapsamında kalan eylemin mahkumiyet kararında delil olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine cevap aranmaktadır. Bu kapsamda delillerin taşınması gereken özellikler, hakim delilleri serbestçe takdir edebilme yetkisi ve vicdani kanaat kavramı incelenmektedir. Birinci bölümün ikinci kısmında ise müdahalenin varlığı her bir maddi hak açısından ayrı ayrı tespit edilmeye çalışılmaktadır. Bu kısımda yalnızca müdahalenin varlığının tespit edilmesi amaçlanmakta olup müdahalenin ihlal oluşturup oluşturmadığına dair bir değerlendirmede bulunulmamaktadır.

Çalışmanın ikinci bölümü iki ana başlıktan oluşmaktadır: kanunilik ve meşru amaç; bireysel başvuru incelemesinde müdahalenin hukuki olup olmadığının incelendiği testin birinci ve ikinci aşamaları. Kanunilik testi altında müdahalenin maddi anlamda kanunun sahip olması gereken nitelikleri haiz olup olmadığı incelenmektedir. Bu inceleme özellikle suçta ve cezada kanunilik ilkesiyle kaynaştırılarak yapılmaktadır. Bu kapsamda müdahalenin öngörülebilirliği, suç tiplerinin normatif niteliği ve yargısal yorumları bağlamında ele alınmakta ve ayrıca geçmişe etkili suç ihdas etme yasağı üzerinde durulmaktadır. Bölümün ikinci kısmında ise müdahalenin hedeflediği meşru amaçlar saptanmaktadır. Suç tipleri bakımından sınırlama ölçütlerinin ortaklaştığı, terörizmle mücadelenin ortak sınırlama sebebi olduğu görülmektedir. Bu kapsamda terörizm kavramı ile terörizmle mücadele ve insan hakları arasındaki ilişki ele alınmaktadır.

Son olarak üçüncü bölümde sınırlamanın sınırı üzerinde durulmaktadır. Hukukilik denetiminin son testi olan ölçülülük/demokratik toplum düzeninde gerekliliğin maddi haklar açısından usuli bir güvence teşkil eden ilgili ve yeterli gerekçe kavramıyla olan ilişkisi incelenmektedir. İlgili ve yeterli gerekçe kavramının maddi haklar açısından ortak bir usuli güvence teşkil etmesi nedeniyle bu bölümde, birinci bölümde yapılandan farklı olarak, hak temelli inceleme yerine somut dava bazı

inceleme esas alınmaktadır. Bölümün sonunda ayrıca caydırıcı etki kavramı üzerinde durulmaktadır.

Çalışmanın konusunu oluşturan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi kararları⁷ dipnotlarda farklı formatlarda gösterilmektedir. AİHM kararları için kullanılan formata şu başvuru örnek gösterilebilir:

Işıkırık v. Turkey (başvurucu ve ülke adı), App. No. 41226/09 (başvuru numarası), Judgment of 14 November 2017 [(karar tarihi), (bu kısımda büyük daire kararları “Grand Chamber”, kabul edilebilirlik kararları “Admissibility Decision” olarak ayrıca gösterilmektedir)].

AYM bireysel başvuru kararları için kullanılan formata ise şu başvuru örnek gösterilebilir:

Bestami Eroğlu Başvurusu (başvuru adı), Genel Kurul (bu kısımda Genel Kurul Kararları “Genel Kurul” olarak gösterilmektedir), No. 2018/23077 (başvuru numarası), 17/9/2020 (karar tarihi).

Bunların dışında, yer verilen AYM norm denetimi, Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi kararları; karar tarihi, esas ve karar numaraları verilerek gösterilmektedir.

Çalışmada yer verilen;

- i. AİHM kararları HUDOC isimli
<https://hudoc.echr.coe.int/> ,
- ii. AYM kararları Kararlar Bilgi Bankası isimli
<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> ,
- iii. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (bundan sonra AİHS) Türkçe çevirisi AİHM’in
www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf ,
- iv. Kanunlar, T.C. Cumhurbaşkanlığı Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü’nün

⁷ Bu çalışmada Haziran 2021 tarihine kadar yayınlamış olan kararlar bulunmaktadır.

<https://www.mevzuat.gov.tr> ,

- v. Kanun gerekçeleri ise Türkiye Büyük Millet Meclisinin

https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanunlar_sd.sorgu_baslangic

internet adreslerinden temin edilmiştir. Diğer yargı kararlarının hangi kaynaklardan temin edildiği ise dipnotlarda gösterilmektedir.

Son olarak HUDOC isimli veri tabanında İngilizce'si bulunmayan Fransızca AİHM kararlarının çevirisinde Google'nin

<https://translate.google.com>

internet sitesinden yararlanılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

MÜDAHALE

I. TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER KAPSAMINDA GERÇEKLEŞTİRİLEN FAALİYETLERİN DELİL OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ

Bağımsız olarak bir cezai yaptırımı gerektirmeyen, temel hak ve özgürlükler kapsamında kalan faaliyetler/eylemler ceza yargılamalarında bir suçun işlendiğinin ispatı bakımından delil olarak değerlendirilebilmektedirler. Bu tür faaliyetlerin ceza yargılamalarında delil olarak değerlendirilmeleri ilgili maddi hak açısından müdahale teşkil etmektedir. Aşağıda ayrıntıları incelenecek olan terör örgütüne üye olmak suçu bu müdahale türünün tipik örneğidir. Bununla birlikte terör örgütüne yardım etme ve üyesi olmadığı terör örgütü adına suç işleme suçları da bu müdahalenin konusunu oluşturabilmektedir.

Çalışma kapsamında da söz konusu müdahale biçiminin, yukarıda sayılan suç tipleri esas alınarak incelenmesi tercih edilmiştir. Aslında üyesi olmadığı terör örgütü adına suç işleme suçu, çalışma konusu bağlamında terör örgütüne üye olma ve yardım etme suçlarından farklılık arz etmektedir. Kişilerin terör örgütüne üye olma ve yardım etme suçlarından cezalandırılabilmesi için henüz bir suç işlemiş olmaları gerekmemektedir. Yani bu iki suç tipi bakımından kişilerin cezalandırılabilmesi için gerçekleştirdikleri eylemlerin bağımsız olarak suç oluşturmaya gerek bulunmaktadır. Dolayısıyla bu iki suç tipi çalışmanın konusu ile doğrudan ilgilidir. Bununla birlikte kişinin, Türk Ceza Kanunu'nun 220. maddesinin 6. fıkrasında düzenlenen ismi ile müsemma suç (üyesi olmadığı örgüt adına suç işleme) kapsamında cezalandırılabilmesi için gerçekleştirdiği eylem veya faaliyetlerinin bağımsız olarak suç teşkil etmesi gerekmektedir. Uygulamada ise kişilerin temel hak ve özgürlükler kapsamında kalan faaliyetlerinin, benzerlik göstermelerine rağmen, üç ayrı suç tipi bakımından da farklı suçlamalara konu olabildiği ileri sürülmektedir.¹ Bu nedenle

¹ “... Gerçekten de, savcıların kovuşturmalarda 220/6 veya 220/7. Maddelere başvurma tercihlerinin genellikle keyfî olduğu, bazen maddelerden birinden, bazen diğerinden – ve bazen de doğrudan 314. Maddeden (terör örgütü üyeliği) kovuşturma açtığı anlaşılmaktadır. 220/6. Madde çerçevesinde açılan

çalışmanın konusuyla doğrudan ilgili olmasa da üyesi olmadığı terör örgütü adına suç işleme suçu da çalışma kapsamına alınmıştır.

Sonuç olarak bu bölümde öncelikle temel hak ve özgürlüklere yönelik birer müdahale aracı olarak kullanılan mezkur suçlar, çalışmanın ilgi alanı sınırlarında, maddi ceza hukuku boyutu ile incelenecek ve genel hatlarıyla ceza muhakemesinde delillerin değerlendirilmesi müessesesi üzerinde durulacaktır.

A. Suç Tipleri

Yukarıda temel hak ve özgürlükler kapsamında gerçekleştirilen eylemlerin mahkumiyet kararına delil teşkil ettiği tipik suçların, Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. maddesinin 1. fıkrası² ve TCK'nın 314. maddesinin³ yollamasıyla TCK'nın 220. maddesine ilişkin hükümlerin uygulandığı terör örgütüne üye olmak, terör örgütüne yardım etme ve üyesi olmadığı terör örgütü adına suç işleme suçları oldukları belirtilmişti. Bu suçlar⁴, aşağıda Türk hukuku bağlamında incelenmektedir.

kovuşturmalarda olduğu üzere, savcılar bir kişiye 220/7. Madde'den suç isnad ettiklerinde, bir terör örgütüyle bağlantısını gösteren kanıtları çoğu zaman ortaya koymadıkları gibi, zanlının yasaklanmış örgüte yardım ettiği iddiasının dışında, herhangi bir cezai suça karışmış olduğunu, ya da yardım ve yataklık ettiğini kanıtlamaya da çabalamamaktadırlar..." Amnesty International, **Türkiye: İfade Özgürlüğünün Tam Zamanı**, Uluslararası Af Örgütü Yayınları, 2013, s. 24, (Çevrimiçi) <https://amnesty.org.tr/public/uploads/files/Rapor/TURKEY%20DECRIMINALIZE%20DISSENT%20TIME%20TO%20DELIVER%20ON%20THE%20RIGHT%20TO%20FREEDOM%20OF%20EXPRESSION.pdf> (E.T.: 13.08.2020). Ayrıca AİHM de kararlarında TCK'nın 220. maddesinin 6 ve 7. fıkralarının temel bir farklılığa sahip olmadığını vurgulamıştır (*Bakır and others v. Turkey*, App. No. 46716/10, Judgment of 10 July 2018, para. 60; *İmret v. Turkey (No.2)*, 57316/10, Judgment of 10 July 2018, para. 49).

² **TMK md. 7/1:** "Cebir ve şiddet kullanılarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemleriyle, 1 inci maddede belirtilen amaçlara yönelik olarak suç işlemek üzere, terör örgütü kuranlar, yönetenler ile bu örgüte üye olanlar Türk Ceza Kanununun 314 üncü maddesi hükümlerine göre cezalandırılır. Örgütün faaliyetini düzenleyenler de örgütün yöneticisi olarak cezalandırılır."

³ **TCK md. 314:** "(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. (3) Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna ilişkin diğer hükümler, bu suç açısından aynen uygulanır."

⁴ Doktrinde TCK md. 220'deki her fıkranın tek bir suça ilişkin seçimlik hareketler olarak düzenlendiği ve maddede farklı yaptırım miktarları öngörülen farklı fiillerin olması nedeniyle söz konusu maddede birden fazla suç tipinin düzenlendiğini ileri süren görüşler vardır (Erkan Sarıtaş, **Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 155-156, 164-165).

1. Terör Örgütüne Üye Olmak (TCK 220/2, 314/2)

Örgütlenme özgürlüğünü kötüye kullanan örgütler, hakkın korumasından yararlanamazlar.⁵ Demokratik bir toplumda amaçların meşru olduğu kadar araçların da meşru olması gerekmektedir. Şiddeti, suç işlemeyi, kanunlara uymamayı teşvik ve tahrik eden eylemlerin -bu eylemler meşru amaçlar uğruna gerçekleşse bile- araçları gayri meşru olduğundan demokratik bir toplumda suç olarak düzenlenmelidir. Bu çerçevedeki geçici veya sürekli birleşmeler de temel hak ve özgürlüklerin korumasından yararlanamazlar.⁶ Henüz bir suç işlenmemiş olursa dahi suç/terör örgütlerini kuranlar ve bu örgütlere üye olanlar ceza yasaları kapsamında cezalandırılmaktadır.⁷ TCK'nın 220. maddesinde düzenlenen "suç işlemek amacıyla örgüt kurma" suçuyla korunan hukuki değer kamu güvenliği ve kamu barışıdır.⁸ Burada kamu düzeninden anlaşılması gerekirse toplumu oluşturan bireylerin düzen, uyum ve barış içinde yaşamalarını temin ederek huzurun sağlanmasıdır. Bu kapsamda kamu barışının korunması amaçlanmaktadır.⁹

Klasik ceza hukuku, kural olarak tepkiseldir. İnsanların canlarına, vücutlarına veya mallarına yönelik saldırıları, bu hareketlere cezalar öngörerek caydırmayı, hareket gerçekleştiğinde ise cezalandırarak ıslah etmeyi amaçlar. Bununla birlikte terörizmle mücadelede tepkisel ceza adaleti stratejisi yetersiz kalmakta ve bu nedenle terörizmle mücadelenin önleyici bir fonksiyona sahip olması gerekmektedir.¹⁰ Bu

⁵ İzzet Özgenç, **Suç Örgütleri**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 13. bs., Ankara, Seçkin, 2020, s. 83 (Bu kitap bundan böyle "Suç Örgütleri" olarak gösterilecektir).

⁶ Mikeal Lyngbo vd., **Örgütlü Suçlar ve Terör Suçları Eğitim Modülü: "Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi"** Avrupa Birliği - Avrupa Konseyi Ortak Projesi, Ankara, Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Hukukun Üstünlüğü Genel Müdürlüğü, 2014, s. 39.

⁷ Ersan Şen, H. Sefa Eryıldız, **Suç Örgütü**, Güncellenmiş 3. bs., Ankara, Seçkin, 2020, s.45; Lyngbo vd., **a.g.e.**, s. 39.

⁸ TCK'nın 220. maddesinin gerekçesi (Gerekçe için bkz. TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664 (Çevrimiçi) <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss664m.htm> (E.T.: 18.08.2020).)

⁹ Vesile Sonay Evik, "Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu", **MÜHF-HAD**, C: 19, S: 2, 2013, s. 670-671, (Çevrimiçi) <http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fakultedergisi/nurcentel/vesilesonayevik.pdf> (E.T.: 03.05.2020) (Bu makale bundan böyle "Örgütlenme Suçu" olarak gösterilecektir).

¹⁰ United Nations Office on Drugs and Crime, **Counter-Terrorism Legal Training Curriculum – Module 4: Human Rights and Criminal Justice Responses to Terrorism**, New York, 2014, s. 38 (Çevrimiçi) [https://www.unodc.org/documents/terrorism/Publications/Module on Human Rights/Module HR and CJ responses to terrorism ebook.pdf](https://www.unodc.org/documents/terrorism/Publications/Module%20on%20Human%20Rights/Module%20HR%20and%20CJ%20responses%20to%20terrorism%20ebook.pdf) (E.T.: 02.04.2021).

kapsamda kural, hazırlık hareketlerinin cezalandırılmamasıdır. Fakat bizzat hazırlık hareketlerinin kamu düzeni bakımından tehlike arz etmesi (terör örgütü kurmak, yönetmek ve terör örgütüne üye olmak gibi) de söz konusu olabilir. Bu durumda kurala istisna getirilerek hazırlık hareketlerinin cezalandırılması yoluna gidilebilmektedir.¹¹

Suç işlemek amacıyla örgüt kurulması, amaçlanan suçlar bakımından hazırlık hareketi niteliğinde olsa da salt bu hareketin devamının kamu barışı bakımından taşıdığı potansiyel tehlike sebebiyle kanun koyucu, henüz bir suç işlenmemiş olsa dahi gelecekte bu birliktelik kapsamında işlenecek suçları önlemek amacıyla örgüt üyesi faillerin cezalandırılmalarını öngörmüştür.¹² Salt örgütlenme sebebiyle kişilerin cezalandırılması; kişi güvenliği, düşünce ve örgütlenme özgürlükleri üzerinde sınırlayıcı bir etki yaratabilmektedir. Bununla birlikte bu örgütlenme modelinde hukuka aykırı olan salt “amaç” olmayıp, amaç kapsamında gerçekleştirilen örgütlenmenin doğurduğu “somut tehlike¹³”dır.¹⁴ Bu kapsamda suç işlemek amacıyla örgütlenme suçu içerdiği potansiyel haksızlık tehlikesi sebebiyle, “hazırlık hareketleri

¹¹ Çetin Özek, **Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler**, İstanbul, Cezaevi Matbaası, 1967, s. 345. (Bu kitap bundan böyle “**Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler**” olarak gösterilecektir). “... suç örgütünün varlığından bahsetmek için onun amaç suçları işlemek için gerekli araç ve gerece sahip olmasını beklemek de, örgütün planladığı suçları işlemesini göze almak anlamına gelecektir. Oysa hükmün amacı, suç örgütlerinin örgüt faaliyeti çerçevesinde planladığı suçları işlemesini engellemek adına erken müdahalede bulunmaktadır. Bu nedenle örgütü cezalandırmak için bir anlamda bu suçların işlenmesini beklemek, bu tür suçluluğun günümüzdeki gelişimi, bünyesi ve yarattığı tehlike de göz önüne alındığında geç kalınmış bir önlem niteliği taşıyacaktır.” Cihan Kavlak, **Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu**, 3. bs., Ankara, Seçkin, 2017, s. 339.

¹² Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 24.04.2017 tarihli, 2017/956 E. ve 2017/370 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr> (E.T.: 05.08.2020). Ayrıca bkz. Nurullah Bodur, Eshat Özkul, **Uygulamada Terör Örgütü ve Terör Suçları**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. bs., Ankara, Seçkin, 2020, s. 83.

¹³ Tehlike suçları, kanun koyucunun bazı hukuki değerleri daha etkin koruyabilmesi amacıyla düzenlediği suçlardır. Zarar suçlarından farklı olarak tehlike suçlarında suçun konusu üzerinde henüz bir zarar doğmuş olması aranmamakta, objektif olarak zararın doğma tehlikesi cezalandırma bakımından yeterli görülmektedir (Mahmut Koca, İlhan Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. bs., Ankara, Seçkin, 2020, s. 118). TCK’nın 220. maddesinde düzenlenen suç işlemek amacıyla örgütlenme suçları birer somut tehlike suçu olarak kabul edilmektedir (Sarıtaş, **a.g.e.**, s. 185-186; Kavlak, **a.g.e.**, s. 335; Önder Tozman, **Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu**, 2. bs., Adalet, Ankara, 2017, s. 110).

¹⁴ Çetin Özek, “Organize Suç”, **Nurullah Kunter’e Armağan**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1998, s. 228 (Bu eser bundan böyle “**Organize Suç**” olarak gösterilecektir).

cezalandırılmaz” ilkesine istisna olacak şekilde özel bir suç tipi olarak düzenlenmiştir.¹⁵

Salt örgüte üye olmak, başlı başına örgütün güçlenmesine ve devamlılığına katkı sağlamaktadır. Zira örgüte üye olan kişinin; örgüte sağlayacağı katkının maddi bir katkı olması gerekmez, manevi katkıları da bu kapsamda değerlendirilebilir. Dolayısıyla örgüte üye olmanın suç olarak düzenlenmesinin sebebi, kişinin örgütün niteliğini ve amaçlarını bilmesine rağmen örgütün hiyerarşik yapısına girerek verilecek emirlere itaat etmeye hazır bulunmasıdır.¹⁶ Fakat kişinin böyle bir durumda olduğunun ispatı ise pratikte çok zordur.¹⁷

Failin, söz konusu örgütün suç işlemek amacıyla kurulmuş bir örgüt olduğunu bilmesi gerekir. Dolayısıyla örgüte üye olmak suçu ancak doğrudan kastla işlenebilir.¹⁸ Bu kapsamda örgüt üyeliğinden anlaşılması gereken, örgütün amaçlarını benimseyip verilecek emirleri yerine getirmeye hazır olarak hiyerarşik yapıya dahil olmaktır.¹⁹ Failin örgütün hiyerarşik yapısına dahil olması örgütle arasındaki organik bağın kurulmuş olmasına bağlıdır. Organik bağ; canlı, geçişken, etkin ve faili emir almaya açık tutan bağıdır.²⁰ Bununla birlikte sadece örgütün faaliyetlerini benimsemek, örgüt üyeliği için yeterli olmayıp örgüte bir katkı sunulmuş olması gerekmektedir. Fakat bu katkının maddi bir katkı olma zorunluluğu yoktur. Çünkü örgütün söz konusu kişiyi her an kullanabileceğini bilmesi dahi örgütü güçlü kılmaktadır. Bu sebeple kişinin,

¹⁵ Vesile Sonay Evik, “Silahlı Örgütlenme Suçu”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2006-1, s. 131, (Çevrimiçi) <http://dosya.gsu.edu.tr/Docs/HukukFakultesi/TR/FakulteDergisi/fakulte-dergisi-2006-1-hukuk-fakultesi.pdf> (E.T.: 11.08.2020) (Bu makale bundan böyle “**Silahlı Örgütlenme Suçu**” olarak gösterilecektir).

¹⁶ *Metin Birdal Başvurusu*, Genel Kurul, No. 2014/15440, 22/5/2019, para. 62. “Örgüt üyesi, örgüt amacını benimseyen, örgütün hiyerarşik yapısına dahil olan ve bu suretle verilecek görevleri yerine getirmeye hazır olmak üzere kendi iradesini örgüt iradesine terk eden kişidir... Örgüte yardımda veya örgüt adına suç işlemede de, örgüt yöneticileri veya diğer mensuplarının emir ya da talimatları vardır. Ancak örgüt üyeliğini belirlemede ayırt edici fark, örgüt üyesinin örgüt hiyerarşisi dahilinde verilen her türlü emir ve talimatı sorgulamaksızın tamamen teslimiyet duygusuyla yerine getirmeye hazır olması ve öylece ifa etmesidir.” Yargıtay 16. Ceza Dairesi’nin 20/04/2021 tarihli, 2020/1340 E. ve 2021/2748 K. sayılı kararı (UYAP)

¹⁷ Evik, **Silahlı Örgütlenme Suçu**, s. 121-122.

¹⁸ Özgenç, **Suç Örgütleri**, s. 25.

¹⁹ Yargıtay 16. Ceza Dairesi’nin 26/10/2017 tarihli, 2017/1809 E. ve 2017/5155 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr> (E.T.: 05.08.2020).

²⁰ Lyngbo vd., **a.g.e.**, s. 151.

örgüte sadece üye olması örgüt faaliyetleri kapsamında henüz bir suç işlememiş olsa bile cezalandırılması için yeterlidir.²¹

Kişinin örgüt üyesi olarak kabul edilebilmesi için fiili bir katılmanın gerçekleşmiş olması gerekir.²² Bu fiili katılma ise ancak failin örgütün faaliyetleri kapsamındaki eylemlerinin süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk göstermesi halinde söz konusu olur.²³ Ancak kimi zaman kişinin eylemlerine ilişkin aranan bu özellikler failin eylemleri bakımından söz konusu olmaz. Bu halde, kişinin örgüt üyesi olup olmadığını belirleyecek olan, eyleminin niteliğidir. Eğer failin gerçekleştirdiği eylem, örgütün faaliyetleri ile bu eylemi yalnızca örgütün bir üyesinin gerçekleştireceğinin iddia edilebileceği kadar sıkı ve doğrudan bir bağlantı içindeyse bu halde kişinin terör örgütüne üye olduğu kabul edilmektedir.²⁴ Yani, örgütün faaliyetleriyle doğrudan ve

²¹ **A.e.**, s. 66-67. “Terör örgütü üyeliği suçu uluslararası hukuk literatüründe *statü* suçu olarak nitelendirilmektedir. Bu bağlamda kişinin başka bir suç işlemesi gerekmeksizin yalnızca örgüte üye olmasının cezalandırılması kişisel cezai sorumluluktan ziyade, kolektif cezai sorumluluğa yol açma potansiyeline sahiptir.” *Metin Birdal Başvurusu*, para. 62.

²² Özgenç, **Suç Örgütleri**, s. 24.

²³ “... sanıkların süreklilik ve çeşitlilik gösterir şekilde terör örgütüne önem atfedilen belirli günlerde önceden hazırlık yaparak yasadışı hale gelen toplantı ve gösteri yürüyüşlerine katıldıkları, örgüt ve faaliyetlerine gelir sağlamak amacıyla CD satışı yapıp bağış topladıkları, örgütsel amaçlı toplantı yaptıklarının dosya kapsamına uygun olarak kabul edilmesi karşısında; eylemlerinin TCK’nın 314/2. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekirken yazılı şekilde uygulama yapılması...” Yargıtay 9. Ceza Dairesi’nin 2013/5229 E. ve 2014/1369 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://legalbank.net/arama> (E.T.:11.10.2020);

“... bir Devlet okulunda öğretmen olarak görev yapan, örgütle irtibatlı olduğu için kapatılmasına karar verilen sendikaya üye olan, örgütün kriptolu iletişim ağı olan ByLock iletişim sistemini kullanmayan ancak 25.09.2014 ve 13.10.2014 tarihlerinde örgüt liderinin talimatı doğrultusunda anılan örgütle irtibatlı Bank Asya’ya eşi adına para yatıran sanığın faaliyetlerinin, silahlı terör örgütünün hiyerarşik yapısına dahil olduğunu gösterir biçimde çeşitlilik, devamlılık ve yoğunluk içermemesi karşısında örgüt üyesi olarak kabul edilmesine yasal olanak bulunmadığından, konusu suç oluşturmayan ancak örgüt liderinin talimatı doğrultusunda amaca hizmet eden faaliyetlerin yardım suçunu oluşturacağı gözetilmeden...” Yargıtay 16. Ceza Dairesi’nin 20/12/2017 tarihli, 2017/1862 E. ve 2017/5796 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr> (E.T.: 07.04.2021)

²⁴ “...Bilindiği üzere silahlı terör örgütüne üyelik suçunun oluşabilmesi bakımından üyeye örgüt arasında organik bir bağın bulunması ve kural olarak süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk arz eden eylem ve faaliyetlerin bulunması gerekmektedir birlikte bazı durumlarda olayın niteliği, işleniş şekli, meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı, eylemin gerçekleştiği yer, zaman ve şartlar ile sanığın dış dünyaya yansıyan davranışları dikkate alındığında kural olarak belirtilen süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk özellikleri olmasa dahi sadece örgüt üyeleri tarafından işlenebilecek olan suçu işleyen sanıkların bu sebeple tek bir fiille dahi olsa örgüt üyesi kabul edilmesi mümkün olabilecektir.” İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 6. Ceza Dairesi kararı (Karar için bkz. Şen, Eryıldız, **a.g.e.**, s. 134.);

“Terör örgütlerinin; amaç suçun işlenmesi yolunda güven, disiplin ve sıkı irtibata önem veren, iş bölümüne dayalı, hiyerarşik düzene sahip yapılar olarak istihbarat, gizlilik, güvenlik ve denetim konularında duyarlı oldukları, örgütün hiyerarşik yapısına dahil olmayan, irtibat halinde olmadıkları, güvenilir bulmadıkları, denetleyemedikleri, gizlilik ve güvenlik kuralları ile hiyerarşiye uymayan kişilerin faaliyetlerine izin vermeyecekleri, bu kapsamda FETÖ/PDY silahlı terör örgüt lideri Fethullah

sıkı bir bağlantı içerisindeki bu suçu işlemek, örgüt üyeliği suçunu da oluşturmaktadır. Bu durumda kişinin örgüt faaliyetleri kapsamında suç işlemesi, tek başına örgüt üyeliği suçunda delil olabilmektedir.²⁵

Bireylerin temel hak ve özgürlükler kapsamında kalan eylemleri kimi durumlarda “süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk” unsurlarının tespitinde değerlendirmeye tabi tutulabilmektedir.²⁶ Bu kapsamda kişinin, örgütle arasındaki bağın araştırılması; ifade, örgütlenme, din ve vicdan özgürlüğü gibi temel hak ve özgürlükler üzerinde baskı oluşturabilir.²⁷ Bununla birlikte sadece örgüte sempati duymak, örgütün ideolojisini benimsemek, bunlara ilişkin yayınlar bulundurup okumak, örgüt liderine saygı duymak gibi eylemler örgüt üyeliği için yeterli kabul edilmemelidir.²⁸

Gülen’in 19.04.2015 günü örgütün yayın organlarından "www.herkul.org" isimli internet sitesinde yayınlanan talimatı doğrultusunda, FETÖ/PDY silahlı terör örgütü üyeliği ve bu örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlara ilişkin yedi ayrı soruşturma dosyasında tutuklu olan altmış üç şüphelinin müdafiliğini yapan yirmi avukatın, örgüt liderinin talimatından bir gün sonra 20.04.2015 tarihinde toplu halde verdikleri elli bir adet dilekçeye istinaden dosyaları kısmen dahi olsa incelemeyen ve delillere temas etmeksizin, altmış üç şüphelinin tamamının istisnasız olarak tahliyelerini sağlamak için örgüt tarafından verilen görevi yerine getirmek üzere birlikte harekete geçen ve ancak "adanmış" bir örgüt mensubunca yapılabilecek bir yöntem ve üslupla, hukuka açıkça aykırı bir zeminde bulunduklarını bilerek önceden tasarlanmış, amaç ve örgütsel faaliyetleri yönünden bilinçli olarak söz konusu usulsüz ve hukuka aykırı kararları veren sanıkların FETÖ/PDY silahlı terör örgütünün amaçlarını gerçekleştirmesine hizmet ettikleri ... örgütün hiyerarşik yapısına dahil oldukları ve böylelikle silahlı terör örgütüne üye olma suçunu işledikleri anlaşılmaktadır.” Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 24/04/2017 tarihli, 2017/956 E. ve 2017/370 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr> (E.T.: 05.08.2020).

²⁵ Yusuf Emek, “Terörizm Çerçevesinde Terör Örgütü Kurma, Yönetme ve Üye Olma Suçu”, **İstanbul Üniversitesi Yayınlanmamış Doktora Tezi**, İstanbul, 2016, s. 197.

²⁶ Ceren Sedef Eren, **İfade Özgürlüğü Bağlamında Terör Örgütü Üyeliği Suçu**, Ankara, Seçkin, 2020, s. 108.

²⁷ *Metin Birdal Başvurusu*, para. 64.

²⁸ Lyngbo vd., **a.g.e.**, s. 67. Bu doğrultuda bir Yargıtay kararı için bkz. “Sanıkların toplanan delillere ve dosya kapsamına uygun olarak kabul edilen, **örgüte müzahir Ufuk Büro Sendikası ile Aksaray Memurlar Yardımlaşma Derneği’ne üye olmak ve Zaman gazetesine abone olmaktan ibaret eylemlerinin, sempati düzeyini aşan, nitelikleri itibariyle örgüt hiyerarşisine organik bağla dahil olduklarını gösterir biçimde çeşitlilik, devamlılık ve yoğunluk içermediği** (vurgu eklenmiştir) gibi, örgütle irtibatlı Bank Asya nezdinde, açılış tarihleri itibariyle örgütsel bir özellik göstermeyen hareketsiz hesap açtırmalarının, müsnet örgüt üyesi olmak ya da örgüte bilerek ve isteyerek yardım etmek suçunu oluşturmayacağı gözetilmeksizin yerinde olmayan gerekçe ile yazılı şekilde hüküm kurulması,” Yargıtay 16. Ceza Dairesi’nin 19/10/2020 tarihli, 2019/5604 E. ve 2019/5065 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr> (E.T.: 07.04.2021);

“...sanığın kullandığını ikrar ettiği 05... numaralı telefon hattı ile DAESH örgütü ile iltisaklı olduğu tespit edilen "İslami Haberler Şebekesi, Kılıçlar'ın Şakırtısı, Hilafet'in Ensarları" isimli whatsapp gruplarına üye olduğu anlaşılmış ise de, sanığın silahlı terör örgütü ile hiyerarşik bağlantı içinde organik ilişkiye girdiğine dair süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk içeren faaliyetleri olduğunu ve örgüte olan ilgisinin

Uygulamada kişilerin çeşitli eylemleri/faaliyetleri terör örgütleriyle aralarındaki organik bağın tespitinde delil olarak kullanılabilir. Örneğin, “*terör örgütünün legal görünümlü seksiyonu olan örgütlerde faaliyetlerde bulunma*”²⁹, “*birden fazla gösteriye katılıp slogan atma*”³⁰ gibi eylemler örgüte üye olmak suçunda delil olarak kullanılabilir. Buna karşın bazı eylem ve faaliyetler de kişinin örgüt üyesi olduğunu göstermeye yeterli kabul edilmemektedir. Örneğin, kişinin sadece bir terör örgütü mensubunun cenazesine katılması ve basın açıklaması yapması, terör örgütü üyesi olduğunu her türlü şüpheden uzak biçimde ispatlamaya yeterli kabul edilmemektedir.³¹ Bunların yanı sıra Yargıtay, kişinin, çocuğunu terör örgütüyle

sempatizanlık düzeyini aştığını gösterir bir delil bulunmadığı, sanığın telefon whatsapp konuşmaları çözümlenerek; örgütsel faaliyet ve emirlere ilişkin konuşmaların olup olmadığının tespiti yapıldıktan sonra hukuki durumunun değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması,” Yargıtay 16. Ceza Dairesi’nin 20/04/2021 tarihli, 2020/1340 E. ve 2021/2748 K. sayılı kararı (UYAP)

²⁹ “... sanıkların **TKİP terör örgütünün legal görünümlü seksiyonlarından olan Bağımsız Devrimci Sınıf Platformu, İşçi Kültür Evi ve Ekim Gençliği adına faaliyetlerde bulundukları** (vurgu eklenmiştir), bu yapılanma içerisinde toplantılar ve organizasyonlar düzenledikleri, bunlara katılımı sağladıkları, ... böylelikle sanıkların, çeşitlilik, süreklilik ve yoğunluk gösteren eylem ve faaliyetlerinin terör örgütü üyeliği boyutuna ulaştığının anlaşılması karşısında; örgüt üyeliğinden cezalandırılmaları yerine yazılı şekilde hüküm kurulması...” Yargıtay 16. Ceza Dairesi’nin 14/06/2016 tarihli, 2015/4479 E. ve 2016/4419 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr> (E.T.: 05.08.2020); Farklı bir değerlendirmenin yapıldığı bir Yargıtay kararı için bkz. “Sanıklar savunmalarında, suçlamaları kabul etmeyip, bütün faaliyetlerinin yasal olduğunu herhangi bir suç teşkil edecek illegal faaliyetlerinin olmadığını, derneğin hukuken geçerli bir zeminde örgütlenme özgürlüğü çerçevesinde faaliyet gösterdiğini, iddianamedeki etkinliklerin dernek tüzüğü doğrultusunda düzenlendiğini belirtmiş olmaları karşısında, dernek tüzüğünün ilgili maddeleri uyarınca, Mustazaf-Der ve Vahdet-Der Derneklerine üye olmak gerekçeli kararda terör örgütü etkinliği olarak kabul edilmiş ise de, sanıkların dernek faaliyetlerinden bağımsız olarak hangi eylemleriyle atılı suçu işledikleri açıklanmamış olup, **sanıkların mevzuata uygun olarak kurdukları derneklerin tüm faaliyetlerinin terör örgütü etkinliği olarak kabul edilemeyeceği, legal olarak kurulan derneklere üye olmanın terör örgütü üyeliğine karine teşkil etmeyeceğinin nazara alınmaması** (vurgu eklenmiştir), ... usul ve kanuna aykırı bulunmuştur.” Yargıtay 16. Ceza Dairesi’nin 10/05/2017 tarihli, 2016/7017 E. ve 2017/3884 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr> (E.T.: 05.08.2020); Yargıtay 16. Ceza Dairesi’nin 24/12/2015 tarihli, 2015/5453 E. ve 2015/5278 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr> (E.T.: 05.08.2020).

³⁰ “Sanığın, ... yasadışı DHKP/C terör örgütünün alt birimi olan Ümraniye DHG yapılanması içinde yer alarak, örgüt talimatlarıyla 14.03.2000 tarihinde Kadıköy İSKİ binası önünde düzenlenip, slogan atılan, pankart asılan ve havaya ateş edilen korsan gösteriye katılarak yola Molotof kokteyli attığı, yine **21.03.2000 ve 28.04.2000 tarihli eylemlere de katılarak slogan atan sanığın süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk gösteren eylemlerinin niteliği** (vurgu eklenmiştir) ve bu eylemlerin örgütün hiyerarşik yapısı içinde gerçekleştirilmiş olması itibarıyla örgüt üyeliği suçunu oluşturacağı...” Yargıtay 9. Ceza Dairesi’nin 2012/4191 E. ve 2013/3971 K. sayılı kararı (Karar için bkz. Bodur, Özkul, **a.g.e.**, s. 103.)

³¹ “Bir dernekte görevli olan sanığın mahkemece kabul edilen dört ayrı örgüt mensubu için düzenlenmiş cenaze törenlerine katılmak ve 14.01.2009 tarihinde basın açıklaması yapmak biçimindeki eylemlerinin, terör örgütü ile organik bağ içerisinde hareket ettiğini ve dolayısıyla örgütün üyesi olduğunu her türlü şüpheden uzak biçimde kanıtlamaya yeterli olmadığı, ...” Yargıtay 9. Ceza Dairesi’nin 2010/16599 E. ve 2012/15350 K. sayılı kararı (Karar için bkz. Bodur, Özkul, **a.g.e.**, s. 104.)

iltisaklı okula göndermesini ve örgüt liderinin talimatı üzerine gerçekleştirildiği yönünde delil bulunmayan banka hesabındaki mutad hesap hareketlerini örgütsel faaliyet olarak değerlendirmemiştir.³² Bu doğrultuda bir hakkın kullanılması kapsamında kalabilecek örneğin; haber yapmak, görüş bildirmek, hukuka uygun bir şekilde birtakım materyaller bulundurmak gibi eylemleri gerçekleştirenler de örgüt üyesi olarak kabul edilmemelidir.³³

Örgüte tek taraflı irade beyanıyla üye olunup olunamayacağı ve örgütün, üyeliği kabulünün gerekip gerekmediğine ilişkin öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür.³⁴ TCK'nın 220. maddesinin gerekçesinde örgüt üyeliğinin fiili bir katılma olduğu, örgüt yöneticilerinin rızalarına gerek olmaksızın tek taraflı irade beyanıyla örgüte üye olunabileceği belirtilmiştir.³⁵ Yargıtay'ın iki görüşe göre de vermiş olduğu kararlar bulunmaktadır.³⁶

³² “Vicdani kanının oluştuğu duruşma sürecini yansıtan tutanaklar, belgeler ve gerekçe içeriğine göre, **sanığın çocuğunu örgütle iltisaklı okula göndermesi ve örgüt liderinin talimatı üzerine hesap açtığı, işlem yaptığı yönünde delil bulunmayan sanığın Bank Asya nezdindeki mutad hesap kayıtlarının örgütsel faaliyet olarak değerlendirilemeyeceği** (vurgu eklenmiştir) belirlenerek yapılan incelemede; Dosyada mevcut diğer delillerin atılı suçun sübutu için yeterli olduğu görülmekle, ByLock tespit ve değerlendirme tutanağı beklenilmeden karar verilmesi sonuca etkili görülmemiştir.” Yargıtay 16. Ceza Dairesi’nin 03/07/2019 tarihli, 2019/2951 E. ve 2019/4682 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr> (E.T.: 09.11.2020).

³³ Lyngbo vd., **a.g.e.**, s. 50.

³⁴ Tek taraflı irade beyanıyla üye olunabileceğini savunan görüş için bkz.: Bodur, Özkul, **a.g.e.**, s.83-84; Özgenç, **Suç Örgütleri**, s. 24; Emek, **a.g.e.**, s. 196. Tek taraflı irade beyanın yeterli olmadığını savunan görüş için bkz.: Caner Yenidünya, Zafer İçeri, “Suç işlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu”, **MÜHF-HAD**, C: 19, S: 2, 2013, s. 807, (Çevrimiçi) http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fakultedergisi/nurcentel/caneryenid_nya.pdf (E.T.: 13.05.2020); Lyngbo vd., **a.g.e.**, s. 67; Kavlak, **a.g.e.**, s. 402; Tozman, **a.g.e.**, s. 288.

³⁵ Gerekçe için bkz. TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664 (Çevrimiçi) <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss664m.htm> (E.T.: 18.08.2020).

³⁶ Failin tek taraflı irade beyanıyla üye olunabileceğini belirten bir karar için bkz. “Doktrinde farklı görüşler ... olsa da istikrar kazanmış uygulamaya (Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 10.06.2008 tarih ve 2007/9-270-164 sayılı kararı vb.) göre tek taraflı irade beyanı ile örgüte üye olmak imkanı bulunmamaktadır. Örgüt yönetiminin açık ya da zımni bir kabulü olmalıdır. Örgüt yöneticilerinin, örgüt faaliyeti kapsamında işledikleri bütün suçlardan asli fail olarak sorumlu tutuldukları (TCK m. 220/5) bir sistemin, tek taraflı irade beyanı ile kendi içinde gizlilik, disiplin ve mutlak sadakat gibi zorunlu kuralları barındıran, dış dünyaya kapalı bir yapıya üye olunabileceğini kabul etmesi beklenemez.” Yargıtay 16. Ceza Dairesi’nin (ilk derece mahkemesi sıfatıyla) 24/04/2017 tarihli, 2015/3 E. ve 2017/3 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://legalbank.net/arama> (E.T.: 05.12.2020). Tek taraflı irade beyanın yeterli olmadığını belirten bir karar için bkz. “Örgüte üye olmak fiili bir katılma olup örgüte üye olmak için örgüt yöneticilerinin rızasının varlığına gerek yoktur, tek taraflı iradeyle bile örgüte katılmak mümkündür.” Yargıtay 16. Ceza Dairesi’nin 20/04/2015 tarihli, 2015/1069 E. ve 2015/840 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr> (E.T.: 06.12.2020).

2. Terör Örgütüne Yardım Etme (TCK 220/7³⁷, 314/2, 314/3)

TCK'nın 220. maddesinin 7. fıkrasına göre örgüte yardım etme suçunun oluşabilmesi için örgüte yardım eden failin örgütün hiyerarşik yapısına dahil olmaması gerekmektedir. Bu kapsamda gerçekleştirilen yardımın süreklilik arz edip etmediği araştırılmalıdır. Zira yardımın süreklilik arz etmesi durumunda somut olayın koşullarına göre fail örgüt üyesi olarak kabul edilebilecektir.³⁸

Maddeye göre yardımın bilerek ve isteyerek yapılmış olması gerekmektedir.³⁹ *“Gayesinin suç teşkil ettiği bilinmeyen bir topluluğa yardım etmek, suç teşkil eden bir fiil değildir. Zira failde, suçlu bir gayeye yardım etmek maksadı mevcut değildir. Hiç bir kanun, suç teşkil ettiği bilinmeyen bir birliğe, (...) yardım edilmesini suç olarak kabul edemez.”*⁴⁰

Fail, örgütün amacını biliyorsa yardımını bir kere dahi yapmış olması suçun oluşması için yeterlidir. Fakat söz konusu örgütün amacının bilinmediği durumda devamlı yapılan yardım dahi suç oluşturmaz. Ancak devamlılık, failin örgütün amacını bilip bilmediğinin ispatı açısından önem taşımaktadır.⁴¹ Bunun dışında failin, örgütün amaçlarını teşkil eden motifi bilmekle beraber bu amaçların ayrıca hangi suçlara tekabül ettiğini bilmemesinin önemi bulunmamaktadır. Failin söz konusu amaçların hangi suçlara tekabül ettiğine ilişkin bilgisizliği kanunu bilmemek anlamına gelmektedir ki TCK'nın 4. maddesinde kanunu bilmemenin mazeret sayılamayacağı

³⁷ **TCK md. 220/7:** “(Değişik: 2/7/2012 – 6352/85 md.) Örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dahil olmamakla birlikte, örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişi, örgüt üyesi olarak cezalandırılır. Örgüt üyeliğinden dolayı verilecek ceza, yapılan yardımın niteliğine göre üçte birine kadar indirilebilir.”

³⁸ Yenidünya, İçeri, **a.g.e.**, s. 810.

³⁹ “Yardım fiilini işleyen failin, örgütün hiyerarşik yapısına dahil olmaması, yardımda bulunduğu örgütün TCK'nın 314. maddesi kapsamında silahlı terör örgütü olduğunu bilmesi, yardım ettiği kişinin örgüt yöneticisi ya da üyesi olması ve yapılan yardımın örgütün amacına hizmet eder nitelikte bulunması gereklidir. Yardımdan fiilen yararlanmak zorunlu değildir. Örgütün istifadesine sunulmuş olması ve üzerinde tasarruf imkanının bulunması suçun tamamlanması için yeterlidir.” Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin 20/12/2017 tarihli, 2017/1862 E. ve 2017/5796 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr> (E.T.: 07.04.2021)

⁴⁰ Özek, **Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler**, s. 377.

⁴¹ **A.e.**, s. 377.

belirtmiştir. Bununla birlikte fail, yardım ettiği topluluğun mahiyetini bilmemekte ise bu hatasından yararlanır.⁴²

Gerçekleştirilen yardım maddi nitelikte⁴³ olabileceği gibi örgüte belli bir konuda bilgi ve belge sağlanması gibi maddi olmayan bir şekilde de olabilir.⁴⁴ Ancak manevi yardımların bu kapsamda değerlendirilmemesi gerekmektedir. Genişletici bir şekilde genel manevi destek, propaganda, sempati duymak gibi eylemlerin de yardım olarak kabul edilmeleri, “suçta ve cezada kanunilik” ilkesine aykırı bir şekilde ceza sorumluluğunu genişletebilecektir. Böyle bir durumda ise örgüte sempati duymak, örgütü soyut olarak desteklemek veya örgütün cesaretini artıracak şekilde açıklamalar yapmak, örgüte yardım etmek olarak kabul edilebilecektir.⁴⁵

Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında, Terörle Mücadele Kanunu’nun 7. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen suçun unsurları ile TCK’nın 220. maddesinin 7. fıkrasında düzenlenen suçun unsurlarının benzerlik arz ettiğini, gerçekleştirilen yardımın maddi nitelikte olmaması durumunda failin Terörle Mücadele Kanunu’nun 7. maddesinin 2. fıkrası uyarınca cezalandırılması gerektiğini belirtmiştir.^{46,47} Bu

⁴² A.e., s. 382.

⁴³ “...25/9/2014 ve 13/10/2014 tarihlerinde örgüt liderinin talimatı doğrultusunda anılan örgütle irtibatlı Bank Asya ya eşi adına para yatıran sanığın faaliyetlerinin, silahlı terör örgütünün hiyerarşik yapısına dahil olduğunu gösterir biçimde çeşitlilik, devamlılık ve yoğunluk içermemesi karşısında örgüt üyesi olarak kabul edilmesine yasal olanak bulunmadığından, konusu suç oluşturmayan ancak örgüt liderinin talimatı doğrultusunda amaca hizmet eden faaliyetlerin yardım suçunu oluşturacağı ...” Yargıtay 16. Ceza Dairesi’nin 20/12/2017 tarihli, 2017/1862 E. ve 2017/15796 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr> (E.T.: 29.08.2020).

⁴⁴ Bodur, Özkul, **a.g.e.**, s. 121-122. Yardımın mutlaka maddi nitelikte olması gerekmemekle birlikte somutluk taşıması gerektiğini savunan görüş için bkz. Şen, Eryıldız, **a.g.e.**, s. 275.

⁴⁵ Şen, Eryıldız, **a.g.e.**, s. 301.

⁴⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 12/02/2008 tarihli, 2007/9-230 E. ve 2008/23 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr> (E.T.: 05.08.2020).

⁴⁷ Bu konudaki güncel bir karar için ayrıca bkz. “Ceza Genel Kurulunun 12.02.2008 tarihli ve 230-23 sayılı ile 03.03.2009 tarihli ve 184-43 sayılı kararlarına yansıyan ve silahlı terör örgütünün propagandasını yapma suçunu oluşturduğu kabul edilen, “örgütün ve amacının toplum içinde benimsenmesini sağlamaya yönelik olarak; ‘ben bir Kürdistanlı olarak, Kürdistan’da sayın Abdullah Öcalan’ı bir siyasal irade olarak görüyorum ve kabul ediyorum’ ibarelerini içeren bildirileri imzalatmak” şeklindeki eylemlerin ötesinde, PKK silahlı terör örgütünün sözde yürütme konseyince alınan kararlar ve yapılan eylem çağrıları doğrultusunda başlatılan kampanya kapsamında, sanığın, örgütün aldığı bu kararlara ve çağrılarına uyup örgüt adına projelendirilen ve ancak çok sayıda insanın katılımı ile gerçekleştirilmesi mümkün olan eylem üstlenilerek terör örgütü elebaşı Abdullah Öcalan’a destek verilmesi ve sahiplenilmesi amacıyla hazırlanan matbu dilekçeyi imzalamakla birlikte, hem bu dilekçenin hem de başka kişilere ait aynı mahiyetteki çok sayıda dilekçenin posta yoluyla gönderilmesine yönelik işlemlerin tamamlanabilmesi için gereken zarflama ve zarflarda yer alan gönderici ve alıcı kısımlarını doldurma işlerini tamamlayıp söz konusu dilekçelerin D. Cumhuriyet

koşulların dışında, gerçekleştirilen yardım fiilinin ayrıca suç teşkil etmemesi de gerekmektedir.⁴⁸

Bireylerin sendika, dernek, vakıf gibi yasal örgütlere üye olmaları, terör örgütüne üye olmak suçu bakımından delil olabilecekken, terör örgütüne yardım olarak değerlendirilmemelidir. Çünkü yardım fiilinin fail tarafından aktif bir şekilde gerçekleştirilmiş olması, maddi bir değer veya örgüte veya mensuplarına somut bir katkı sunmuş olması gerekmektedir.⁴⁹

3. Üyesi Olmadığı Terör Örgütü Adına Suç İşleme (TCK 220/6⁵⁰, 314/2, 314/3)

TCK'nın 220. maddesinin 6. fıkrasında silahlı bir örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyenlerin örgüte üye olmak suçundan cezalandırılacakları düzenlenmiştir. Bu suç bakımından da failin terör örgütünün hiyerarşik yapısına dahil olmaması gerekmektedir.

Örgüt adına suç işlenmesinden bahsedilebilmesi için söz konusu suçun örgütün bilgisi ve emri doğrultusunda işlenmiş olması gerekmektedir.⁵¹ Uygulamada bu suç daha çok terör örgütünün yayın organları tarafından yapılan çağrılar üzerine

Başsavcılığına gönderilmek üzere PTT Müdürlüğüne teslimi şeklindeki PKK terör örgütünün amacını gerçekleştirmeye hizmet eden faaliyetlerinin, silahlı terör örgütüne yardım etme niteliğinde olduğu kabul edilmelidir.” Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 30/04/2019 tarihli, 2017/693 E. ve 2019/352 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr> (E.T.: 05.08.2020).

⁴⁸ “TCK’nın 220/7. maddesinde düzenlenen örgüte yardım bakımından yardımın konusunun suç teşkil etmeyen bir fiilden ibaret olması gerektiği, yardımı oluşturan fiilin suç teşkil etmesi halinde ise artık örgüte yardım suçundan söz edilemeyip fiilin aynı Kanunun 220/6. maddesi kapsamında örgüt adına suç işleme olarak değerlendirilmesi gerektiği, ...” Yargıtay 9. Ceza Dairesi’nin 26/04/2013 tarihli, 2013/903 E. ve 2013/6607 K. sayılı kararı (Karar için bkz. Şen, Eryıldız, **a.g.e.**, s. 314.); Yargıtay 16. Ceza Dairesi’nin 12/09/2019 tarihli, 2019/7004 E. ve 2019/5220 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr> (E.T.: 05.08.2020).

⁴⁹ Şen, Eryıldız, **a.g.e.**, s. 276.

⁵⁰ **TCK md. 220/6:** “(Değişik: 2/7/2012 – 6352/85 md.) Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca örgüte üye olmak suçundan da cezalandırılır. Örgüte üye olmak suçundan dolayı verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir.(Ek cümle: 11/4/2013-6459/11 md.) Bu fıkra hükmü sadece silahlı örgütler hakkında uygulanır.”

⁵¹ “Örgüt üyesi olmayan bir kişinin örgüt adına suç işlediğinin kabulü için, bu suçun işlenmesinin örgüt tarafından istenmesi ya da örgütün bilgisi dahilinde gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir.” Yargıtay 16. Ceza Dairesi’nin (ilk derece mahkemesi sıfatıyla) 24/04/2017 tarihli, 2015/3 E. ve 2017/3 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://legalbank.net/arama> (E.T.:11.10.2020).

gerçekleşen yasa dışı gösterilerde suç işlenmesi halinde gündeme gelmektedir.⁵² Örgütün genel çağrısı, örgüte ait yayın organları tarafından somutlaştırıldığı için bu çağrının belirli bir kişi ya da kişilere yapılmış olması şartının aranmasına gerek bulunmadığı kabul edilmektedir.⁵³ Yargıtay’a göre terör örgütün çağrılarının yanı sıra legal örgütlerin de eylem çağrılarında bulunmaları tek başına söz konusu gösterilerde işlenen suçların örgüt adına işlenmiş suç vasıflarını ortadan kaldırmaya yetmemektedir.⁵⁴

11.04.2013 tarihli 6459 sayılı Kanun’un 8. maddesiyle yapılan değişiklikle Terörle Mücadele Kanunu’nun 7. maddesinin son fıkrasında terör örgütlerinin cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösteren veya öven ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik eden bildiri veya açıklamalarını basan veya yayınlayanların (TMK md. 6/2), terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yapanların (TMK md. 7/2) ve kanuna aykırı toplantı veya gösteri yürüyüşleri düzenleyen veya yönetenlerle bunların hareketlerine katılanların (2911 sayılı Kanun md. 28/1) ayrıca TCK’nın 220. maddesinin 6. fıkrası uyarınca cezalandırılmayacakları düzenlenmiştir.

⁵² “Sanığın, PKK terör örgütünün internet sitelerinden yaptığı çağrılara uygun olarak 30.03.2009 - 02.04.2009 tarihlerinde sivil itaatsizlik (serhildan) eylemleri kapsamında Ağrı ilinde düzenlenen ve örgütün propagandasına dönüştürülen yasadışı toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılarak güvenlik güçlerinin ihtar ve zor kullanmalarına rağmen dağılmayıp cebir kullandığı,... eylemleri nedeniyle ... görevi yaptırmamak için direnme ve örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme suçlarından mahkumiyeti yerine...” Yargıtay 9. Ceza Dairesi’nin 18/04/2013 tarihli, 2011/2412 E. ve 2013/6246 K. sayılı kararı (Karar için bkz. Lyngbo v.d., **a.g.e.**, s. 103.)

⁵³ Bodur, Özkul, **a.g.e.**, s. 112-113. Aksi yönde bir direnme kararı için bkz. “Buna karşılık örgütün soyut ve genel çağrısı üzerine bir terör örgütü mensubunun cenazesine veya nevrüz kutlamalarına katılma ve slogan atarak örgüt propagandası yapılması halinde bu suçların örgüt adına işlendiğini söylemek mümkün değildir. Örgüt adına suç işlendiğinin söylenebilmesi için örgütün eylem çağrısının muhatabı belirsiz bir topluluğa değil, doğrudan doğruya fiili icra edecek kişiye yöneltilmiş olması gerekir.” Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 04/03/2008 tarihli, 2007/9-282 E. ve 2008/44 K. sayılı kararı “Diyarbakır 4. Ağır Ceza Mahkemesi 31.05.2007 gün ve 163-218 sayılı Direnme Kararı” (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr> (E.T.: 05.08.2020).

⁵⁴ “Örgütün amaçları doğrultusunda yayın yapan internet sitelerinin çağrıları ile uyumlu olarak sanığın 27.12.2009 tarihinde Batman ilinde katıldığı ve terör örgütünün propagandasını yaptığı yasadışı hâle gelmiş gösteri için legal kuruluşların da katılım çağrısı yapmış olmasının tek başına eylemin örgüt adına işlenmediği şeklindeki yoruma dayanak yapılamayacağı, kabul edilen eylemin örgütsel çağrılarla birleşen nitelik ve işleniş şekli ile Ceza Genel Kurulunun 04.03.2008 tarih ve 2007/9-282 esas, 2008/44 sayılı kararı karşısında; eylemin örgüt adına işlendiğinin kabulünde zorunluluk bulunduğu gözetilmeden...” Yargıtay 9. Ceza Dairesi’nin 10/04/2013 tarihli, 2011/12287 E. ve 2013/5518 K. sayılı kararı (Karar için bkz. Lyngbo v.d., **a.g.e.**, s. 160.)

B. Ceza Muhakemesinde Delillerin Değerlendirilmesi

Kamu düzeni ve bireysel özgürlükler bakımından büyük önemi haiz olan ceza muhakemesi, bir ülkedeki anayasal düzenin ve politik durumun aynasıdır. Muhakeme sırasında birbirine zıt iki menfaatin çatışması söz konusudur. Sanığın kişisel özgürlüğüne ilişkin bireysel menfaati ile kamu düzenine ilişkin toplumsal menfaat arasında adil bir denge kurulmaya çalışılmaktadır.⁵⁵ Bu bağlamda ceza yargılaması ile hem kamu düzenini bozan davranışlar yargılanmakta hem de bireyin temel hak ve özgürlüklerine müdahale edilebilmektedir.⁵⁶

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun *Delilleri takdir yetkisi* kenar başlıklı 217. maddesinin 1. fıkrası "*Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hâkimin vicdanî kanaatiyle serbestçe takdir edilir* (vurgu eklenmiştir)." hükmünü haizdir. 1982 Türk Anayasası'nda (bundan sonra Anayasa) ise hakimlerin Anayasa'ya, kanunlara ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verecekleri düzenlenmiştir.⁵⁷

Maddi gerçeğe ulaşmak ceza muhakemesinin amaçlarından biridir.⁵⁸ Maddi gerçeğe ulaştıracak araçlar ise delillerdir.⁵⁹ Geçmişte olup bitmiş bir olay deliller⁶⁰ aracılığıyla bugün tekrar ortaya koyularak maddi gerçeğe ulaşmaya çalışılır.⁶¹ Bu özelliği ile de ulaşılan maddi gerçek, içinde hata yapılmış olma ihtimalini barındırır.⁶²

⁵⁵ Nurullah Kunter, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9. bs., İstanbul, Yaylacık Matbaası, 1989, s. 29.

⁵⁶ Hakan Karakehya, "Dolaylı Maddi Gerçek: Ceza Muhakemesinde Yargılama Makamının Maddi Gerçeğe Deliller Aracılığıyla Ulaşma Zorunluluğu Üzerine", **TAAD**, Y: 7, S: 27, 2016, s. 61, (Çevrimiçi) <https://yayin.taa.gov.tr/yuklenenler/dosyalar/dergiler/taad/taad-27/taad-27.pdf> (E.T.: 21.06.2020)

⁵⁷ **AY md. 138**: "*Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler.*"

⁵⁸ Anayasa Mahkemesi'nin 17/5/2012 tarihli, 2011/37 E. ve 2012/69 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> (E.T.: 10.12.2020)

⁵⁹ Yargıtay 6. Ceza Dairesi'nin 13/02/2018 tarihli, 2015/1932 E. ve 2018/1069 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr> (E.T.: 05.08.2020).

⁶⁰ Delil terimi, ispat vasıtası anlamında kullanılmaktadır (Kunter, **a.g.e.**, s. 584).

⁶¹ Metin Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesinde İspatın Ölçütü Olarak Vicdani Kanaat**, 2. bs., İstanbul, İslık Yayınları, 2015, s. 229 (Bu eser bundan böyle "**Vicdani Kanaat**" olarak gösterilecektir); Cumhuriyet Şahin, **Ceza Muhakemesinde İspat**, Ankara, Yetkin, 2001, s. 47.

⁶² Karakehya, **a.g.e.**, s. 68. Maddi gerçek ile mutlak gerçek birbirinden farklıdır. Mutlak gerçek her türlü farklı ihtimalin bertaraf edildiği, aksinin kabulü hiçbir şekilde mümkün olmayan gerçektir. Maddi gerçek ise geçmişte yaşanmış olayların deliller vasıtasıyla bugün ortaya koyulmuş halidir. Dolayısıyla

Kavramsal olarak “maddi gerçek” teriminin kullanılma sebebi bu gerçekliğe somut verilerle ulaşılması gerekliliğinden kaynaklanmaktadır. Somut verilere dayanmayan ve rasyonel olmayan sezgi ve tahminlerle maddi gerçeğe ulaşılamaz. Bununla birlikte maddi gerçeğin mutlak gerçekle birebir örtüşüp örtüşmediğinin bilinebilmesi ise mümkün değildir. Maddi gerçeğe mevcut en doğru bilgilerle ulaşılmış olsa da mutlak gerçeğe ilişkin akla gelebilecek tüm şüpheler ortadan kaldırılamamaktadır. Bu nedenle yargılama makamınca maddi gerçeğe ulaşmanın kıstası olan *vicdani kanaat*⁶³ de mutlak değildir.⁶⁴

Hakim delilleri serbestçe değerlendirerek⁶⁵, toplanan delillerden herhangi birine itibar etme zorunluluğu olmaksızın vicdani kanaatini oluşturacaktır.⁶⁶ Vicdani kanaat hukuki anlamda, gündelik hayattaki karşılığından farklı bir konuma sahiptir. Maddi gerçeğe ulaşacak olan hakim, vicdani kanaate hukukun sınırları içerisinde rasyonel yöntemlerle ulaşmalıdır. Bu bağlamda vicdani kanaat, rasyonel olmayan birtakım sezgi, tahminler ve hukuka aykırı yollarla elde edilmiş delillerle oluşturulamaz.⁶⁷ Mahkumiyet yüksek de olsa bir olasılığa dayandırılmaz. Çünkü bu durum maddi gerçeğe ulaşma amacıyla çelişir. Mahkumiyet büyük veya küçük olasılıklara değil; her türlü kuşkudan uzak bir kesinliğe dayanmalıdır.⁶⁸ Bu kesinliğe

maddi gerçek her zaman mutlak gerçek olmayabilir. En azından ceza muhakemesinin sonucunda ulaşılan maddi gerçeğin mutlak gerçek olup olmadığının kesinlikle bilinmesi mümkün değildir. [Feyzioğlu, **Vicdani Kanaat**, s. 115. (Catherine. M.A McCauliff, “The Protection of Human Rights in the Criminal Procedure of the Federal Republic of Germany”, **Human Rights in Criminal Procedure**, Ed. J. A. Andrews, The Hague, 1982, s. 238-258’den **naklen**)]

⁶³ Feyzioğlu, vicdani kanaatin tanımını şöyle yapmaktadır: “*Vicdani kanaat, maddi uyumsuzluğu çözmeye yetkili makamın, kovuşturma evresinde, muhakeme faaliyeti sonucunda, aklını rehber yaparak ve hukukun koyduğu usul ve esaslar içerisinde kalarak, maddi olayın oluş biçimine dair ulaştığı, kendi açısından şüpheye yer vermeyen bir kanaattir.*” (Feyzioğlu, **Vicdani Kanaat**, s. 172.)

⁶⁴ Karakehya, **a.g.e.**, s. 68-69.

⁶⁵ “... ceza muhakemesinde nelerin delil olabileceği ve delil diye ortaya konulanların delil olabilme (ispat) değeri hakim tarafından serbestçe takdir ve tayin edilebilecektir.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 22/12/2009 tarihli, 2009/9-93 E. ve 2009/308 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr> (E.T.: 10.12.2020).

⁶⁶ Yargıtay 6. Ceza Dairesi’nin 13/02/2018 tarihli, 2015/1932 E. ve 2018/1069 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr> (E.T.: 05.08.2020).

⁶⁷ Karakehya, **a.g.e.**, s. 69.

⁶⁸ Yargıtay 16. Ceza Dairesi’nin 25/06/2020 tarihli, 2020/1947 E. ve 2020/3079 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr> (E.T.: 05.08.2020).

ulaşılamaması durumunda şüpheden sanık yararlanır kuralına göre değerlendirme yapılmalıdır.^{69,70}

Delillerin temel fonksiyonu maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını sağlamaktır.⁷¹ Vicdani delil sisteminin benimsendiği ceza muhakemesinde her şey delil olabilmektedir.⁷² Yine de öğretide deliller, belli açılardan tasnif edilmektedir. Doğrudan delil – dolaylı delil ayrımı^{73,74} da bu tasniflerden biridir. Doğrudan delil bir

⁶⁹ Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 8. bs., Ankara, Seçkin, 2020, s. 510.

⁷⁰ “Bir İngiliz atasözü, yüz tavşandan bir at olmayacağı gibi, yüz kuşkudan da bir delil olmayacağını söyler, ...” (Dostoyevski, **Suç ve Ceza**, Çev. Ergin Altay, 18. bs., İstanbul, İletişim Yayınları, 2010, s. 530.)

⁷¹ Veysel Dinler, “Ceza Muhakemesinde Delillerin Toplanması”, **Polis Akademisi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Ankara, 2009, s. 12, (Çevrimiçi) <http://veyseldinler.com/wp-content/uploads/2018/07/ceza-muhakemesinde-delillerin-toplanmasi.pdf> (E.T.: 12.11.2020).

⁷² Ahmet Gökçen, Kerim Çakır, “Ceza Muhakemesinde Delil, Delillerin Muhafazası, Toplanması, Değerlendirilmesi ve Delil Yasakları”, **D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan**, C: 21, Özel Sayı, 2019, s. 2913, (Çevrimiçi) <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2019/09/AHMET-GOKCEN-KERIM-CAKIR.pdf> (E.T.: 12.11.2020); Kunter, **a.g.e.**, s. 586.

⁷³ Beyan ve belge delilleri somut olaya özgü deliller olarak değerlendirilirken belirtiler genel nitelikteki temsili deliller olarak kabul edilmektedirler. Vicdani delil sistemi kabul edilmeden önce deliller doğrudan delil – dolaylı delil (belirti) ayrımına da tabi tutulmakta idi. Örneğin, doğrudan delillerden biri olan tanık beyanı tek başına bir vakıayı ispat etmeye yeterli kabul edilirken belirtilerin tek başlarına ispat gücünü haiz olmadıkları, birbirlerini tamamladıkları takdirde delil olarak kabul edilebilecekleri kabul edilmekteydi. Kunter’e göre vicdani delil sisteminin kabul edilmesinden sonra ise bu tasnifin değeri kalmamıştır. Bugün tanık beyanı ile belirti arasında bir fark bulunmamaktadır. Hakim, tanık beyanının doğrultusunda karar vermek zorunda olmadığı gibi tanık beyanına güvenmediği yahut tanık beyanının başka delillerle desteklenmediği durumlarda tanık beyanı delil olarak kabul edilmeyebilecektir. Doğrudan delil ve belirtinin bu noktada farkı; belirtilerin temsil kabiliyeti bakımından diğer delillerle desteklenmesi gerekliliğidir (Kunter, **a.g.e.**, s. 629-630). Şahin’e göre de; kural olarak en iyi delil doğrudan delildir. Fakat kimi durumlarda dolaylı delil doğrudan delilden daha güvenilir olabilmektedir. Yargılama makamının delillerin sağlamlığını, güvenilirliğini ölçmesi gerekmektedir. Hem doğrudan hem de dolaylı delillerin bulunduğu durumlarda -maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına katkı sunması adına- dolaylı delillerin doğrudan delilleri tamamlayıcı şekilde kullanılması mümkündür (Şahin, **a.g.e.**, s. 52-53).

⁷⁴ Doğan’a göre ise delil ve belirti/emare tür olarak farklı nitelikte kavramlardır: “**Belirti esas itibarıyla bir gösterge vakıa iken; delil vakıaların ispatına yarayan şeylerdir. Deliller aracılığıyla ispatlanan vakıa, suçun esasını doğrudan açıklarken, dolaylı olarak da fikir verebilir. İşte bu noktada dolaylı da olsa suçun nasıl işlendiği hususunda yardımcı olan vakıalara emare vakıa denir. Örneğin, sanığın olay günü ve saatinde olay yerinde olması bir vakıadır; ancak bu vakıa doğrudan suçun işlenmesini açıklayan bir vakıa türü olmadığından bir belirti olarak kabul edilir. Aslında burada yapılan, bir vakıanın varlığı veya yokluğundan başka bir vakıanın varlık veya yokluğuna dair sonuç çıkarmaya çalışmaktır. Belirtiye (emareye) dayalı ispat** (vurgular orijinaldir) olarak adlandırılan bu uğraş ise, vakıa olarak belirtilerin ispat edilmesinden hareketle sanığın suç tipine ait hareketi gerçekleştirip gerçekleştirmediğine dair dolaylı yoldan da olsa bir sonuca varmaktır.” Koray Doğan, **Ceza Muhakemesinde Belirsizlik Kuşkudan Sanık Yararlanır İlkesi**, 2. bs., Ankara, Seçkin, 2018, s. 250-251.

vakıayı tek başına ispatlama gücünü haizken⁷⁵, dolaylı delil (belirti/emare) ise vakıayı tek başına ispat edememekte ancak dolaylı olarak göstermektedir.⁷⁶ Bu kapsamda maddi gerçeğe ulaşılabilmesi için öncelikle doğrudan delillerin toplanması gerekmektedir. Bununla birlikte maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında katkısı olacak ise delil serbestisi ilkesi kapsamında dolaylı delillerin de hükme esas alınması mümkündür.⁷⁷

Bu noktada çalışmanın konusu bağlamında belirti (emare) terimi üzerinde durulmasında yarar vardır. Dış dünyada meydana gelen bir olay olan belirti, genel mahiyetteki delillerden olup sadece ispat edilecek vakıayı değil, başka vakıaları da ispat etme gücünü haizdir. Mahkemeler, belirtilerden faydalanabilir, başka bir deyişle belirtileri ispat vasıtası olarak kullanabilirler. Bu sebeple belirtilerin de delil oldukları hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır.⁷⁸ Fakat delil olarak kabul edilmekle birlikte

⁷⁵ Başka materyallerle desteklenmeksizin bir delilin tek başına mahkumiyet kararına temel oluşturması doğrudan bir adillik sorununa vücut vermez. Bir delil, çok kuvvetliyse ve güvenilirliği konusunda şüphe bulunmuyorsa buna bağlı olarak müzahir delillere olan ihtiyaç da azalır (*Gäffen v. Germany*, App. No. 22978/05, Grand Chamber Judgment of 1 June 2010, para. 164).

⁷⁶ Ali Kemal Yıldız, “Ceza Muhakemesinde İspat ve Delillerin Değerlendirilmesi”, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, (Yayınlanmamış) Doktora Tezi, İstanbul, 2002, s. 135. Kunter belirtilerin niteliğine ilişkin şu açıklamayı yapmaktadır: “*Belirtilerin yargılanacak uyumsuzluk konusu olaydan fazla olarak, daha başka olayları da temsil etmesi, kısaca, genel nitelikte olması, sadece onların değerlendirilmelerinin farklı olmasını gerektirir, yoksa delil olmalarına engel olmaz. Kaldı ki beyan ve belge delilleri de değerlendirmeden geçirilir ve gerekirse delil olarak kabul edilmeliler. Görülüyor ki bir şeyin delil olabilmesi ile delil olarak kabul edilmeleri farklı şeylerdir.*” (Kunter, **a.g.e.**, s. 587)

⁷⁷ Şahin, **a.g.e.**, s. 52.

⁷⁸ Kunter, **a.g.e.**, s. 628-629; Şahin, **a.g.e.**, s. 185; Doğan Gedik, **Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphenin Sanık Lehine Yorumlanması**, Ankara, Adalet, 2020, s. 125; Ali Parlar, Reyhan Yaman, Erdal Şensoy, **İspat, Gerekçe ve Hüküm**, İstanbul, Aristo, 2017, s. 122. Bununla birlikte Yargıtay 16. Ceza Dairesi bir kararında belirtinin diğer delillerle desteklenmediği takdirde delil niteliği taşımayan iz olduğunu belirtmiştir: “İspat bakımından bir delil çok kuvvetliyse ve güvenilirliği konusunda bir risk yoksa davanın sonucunu belirleyebilir. Bu delillere belirleyici delil denmektedir. Bu halde destekleyici delile olan ihtiyaç azalacaktır. Ancak bu delil mutlaka duruşmada taraflar huzurunda tartışılmalıdır. Bir olayın ispat gücü bakımından emare ve delil arasındaki farka gelince; Arapça kökenli olan “emare”nin türkçe sözlükteki karşılığı “belirti, iz, ipucu”dur. Emare hukuki anlamda ise; başka delillerle desteklenmediği takdirde tek başına delil niteliği taşımayan izdir, delil başlangıcı veya belirti delilide denmektedir. Belirti başlı başına bir hususun varlığını ispata yetmemekle birlikte, onun vuku bulduğuna işaret eden ve ancak diğer delillerle desteklenmesi kaydı ile hükme dayanak yapılan olgulardır. Emareye, doktrinde ispatın karşılığı olarak “yaklaşık ispat” ifadeside kullanılmaktadır.” Yargıtay 16. Ceza Dairesi’nin 29/04/2019 tarihli, 2019/98 E. ve 2019/3057 K. sayılı kararı (UYAP)

tek başına bir belirti, uyuşmazlığa konu vakıanın ispatı bakımından yeterli kabul edilmemelidir. Belirtinin, diğer delillerle desteklenmesi gerekmektedir.^{79,80}

Bir şeyin delil olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hakimın takdirindedir. Bununla birlikte bu takdir yetkisi sınırsız değildir.⁸¹ Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na göre deliller birtakım özelliklere sahip olmalıdır:

“Gerçek; akla uygun ve realist, olayın bütünü veya bir parçasını temsil eden kanıtlardan veya kanıtların bütün olarak değerlendirilmesinden ortaya çıkarılmalıdır. Yoksa bir takım varsayımlara dayanılarak sonuca ulaşılması, ceza muhakemesinin amacına kesinlikle aykırıdır”⁸²

İspat, geçmişte yaşanmış bir olay hakkında kişilerde kanaat oluşturma faaliyeti olarak kabul edilmektedir. Yargılamanın konusu örgüt üyeliği olduğunda ise ispat faaliyeti, maddi gerçeği ortaya çıkarmanın yanı sıra nedensellik bağının, failin kusur yeteneğinin ve kastının onun örgüt üyesi olup olmadığını ortaya çıkarmalıdır.⁸³

İspat değeri açısından deliller arasında bir hiyerarşi söz konusu değildir. Hakimın hükmünü dayandıracığı deliller önceden sayılamaz ve uyuşmazlığın en az kaç delille ispatlanacağı önceden düzenlenemez.⁸⁴ Söz konusu terör örgütleri olduğunda da yapıları ve faaliyetleri gereği bir kişinin terör örgütüyle arasındaki bağın tespitinde değerlendirmeye alınabilecek delillere ilişkin önceden ortak ve sınırlayıcı bir öngöründe bulunulması mümkün değildir. Zira kişinin terör örgütüne üye olmak

⁷⁹ Metin Feyzioğlu, “Belirtilerin Şüphenin Yenilmesindeki İşlevi ve Benzer İsnadlara Ait Delil Araçlarının Somut Olayın Çözümünde Birlikte Değerlendirilmesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, S: 1, Y: 2000, s. 21 (Çevrimiçi) <http://www.ankarabarusu.org.tr/site/ankarabarusu/tekmakale/2000-1/2.pdf> (Bu eser bundan böyle “**Belirti**” olarak gösterilecektir).

⁸⁰ Örneğin bkz. “CMK'nın 135 ve 140. maddeleri kapsamında elde edilen tape dökümleri ile fiziki takip kayıtlarının belirti/emare delili olup tek başına hükme esas alınamayacağı...” Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin 24/05/2021 tarihli, 2020/8259 E. ve 2021/3246 K. sayılı kararı (UYAP)

⁸¹ Bülent Bayraktar, “Muhakemelerde Delillerin Önemi”, **Manas Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, S: 25, 2011, s. 37, ((Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/843173> (E.T.: 04.01.2021) (Faruk Turhan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, Asil Yayınevi, 2006, s. 155'ten naklen)

⁸² Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 19/04/1993 tarihli, 1993/6-79 E. ve 1993/108 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://legalbank.net/arama> (E.T.:11.10.2020); Delillerin sahip olması gerektiği özelliklere ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme için bkz.: Fatih Birtok, **Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat**, 2. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s. 46.

⁸³ Metin Birdal Başvurusu, para. 67.

⁸⁴ Feyzioğlu, **Vicdani Kanaat**, s. 241-242 (A. Esmein, **A History of Continental Criminal Procedure with Special Reference to France**, Çev. John Simpson, Boston, 1913, s. 620'den naklen).

suçundan mahkum edilebilmesi için henüz başka bir suç işlemesi gerekmemektedir. Ayrıca örgüt üyeliğini açıklayan maddi olaylar ele alındığında bunların ayrı ayrı veya bir bütün olarak bir suç oluşturmalarına da gerek yoktur.⁸⁵

Ceza muhakemesinde delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi benimsenmiş olmakla birlikte bu ilkenin keyfiliğe izin verdiği söylenemez.⁸⁶ Keyfiliğin önlenmesinde en önemli güvence mahkemelerin kararlarının gerekçeli olma zorunluluğudur.⁸⁷ Bu sayede hakim vicdani kanaate, duygularla değil; akıl yoluyla ulaşıp ulaşmadığı denetlenebilir.⁸⁸ Nitekim Anayasa ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nda da hakim her türlü kararını gerekçeli olarak yazması gerektiği hüküm altına alınmıştır.⁸⁹

Delillerin değerlendirilmesine ilişkin birbirini tamamlar nitelikte iki yöntem vardır. Bunlardan ilki her bir delilin gerçeğe uygunluğunun ayrı ayrı değerlendirilmesidir. Bu yöntemi tamamlayan diğer yöntem de delillerin yan yana koyularak birbirlerini tamamlayıp tamamlamadıklarına yönelik bir değerlendirilme yapılmasıdır.⁹⁰ Bu kapsamda hakim kanaati, delillerin tek tek ve bütün olarak

⁸⁵ Metin Birdal Başvurusu, para. 68-71.

⁸⁶ Bahri Öztürk, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 14. bs., Ankara, Seçkin, 2020, s. 392. Mantık kurallarına ve delillere dayanarak ortaya çıkan vicdani kanaatin sübjektif bir değer yargısı olması, hakim kararının adil olup olmaması bakımından bir şüphe doğurmayacaktır. Zira hukuk devleti ilkesinin görünümünden biri olan hakim tarafsızlığı ve bağımsızlığı ilkesi bu hususta bir güvence yaratmaktadır. [Can Canpolat, "Ceza Muhakemesinin Amacı: Objektif gerçeğin keşfi mi? Yargısal (kazai) bir gerçeklik inşa etmek mi?", **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: XV, S: 2, 2020, s. 483, (Çevrimiçi) https://hukukdergi.erciyes.edu.tr/Dosyalar/YIL_2020_CILT_15_SAYI_2.pdf (E.T.: 04.01.2021)]

⁸⁷ Kunter, **a.g.e.**, s. 594.

⁸⁸ Birtek, **a.g.e.**, s. 265; Gökcen, Çakır, **a.g.e.**, s. 2930. "Gerekçeli Karar Hakkı"yla ilgili ayrıntılı değerlendirme için bkz.: 3. Bölüm "B. İlgili ve Yeterli Gerekçe" başlığı.

⁸⁹ **AY md. 141/3**: "Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır."; **CMK md. 34/1**: "Hâkim ve mahkemelerin her türlü kararı, karşı oy dahil, gerekçeli olarak yazılır. Gerekçenin yazımında 230 uncu madde göz önünde bulundurulur. Kararların örneklerinde karşı oylar da gösterilir."

⁹⁰ Feyzioğlu, **Vicdani Kanaat**, s. 232-233; "İncelenen dosyada, sanık hakkında düzenlenmiş tüm iddianamelerdeki sanığa atılan her bir eylemin; ayrı ayrı, eylem evrakı, savunmalar, maddi kanıtlar ve başka dosya sanıklarının ifadeleri çerçevesinde tutarlı bir biçimde tartışılması, çelişkilerin giderilmesi, maddi gerçeğin kuşkuyla yer bırakmayacak bir şekilde ortaya çıkarılması ve Yargıtay denetimine olanak verecek biçimde elverişli kanıtları ile birlikte ortaya konulması; sonucuna göre, sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken eksik inceleme ve yetersiz gerekçe ile yazılı hüküm kurulması suretiyle T.C. Anayasası'nın 141, CMK'nun 230. Maddelerine muhalefet edilmesi..." Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin 26/04/2006 tarihli 2006/862 E. ve 2006/2426 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://legalbank.net/arama> (E.T.:11.10.2020).

değerlendirmesinin mahsulüdür.⁹¹ Anayasa Mahkemesi'ne göre de belirtilen iki yönleme paralel şekilde, kişilerin terör örgütlerinin hiyerarşik yapılarına dahil olup olmadıkları tespit edilirken şu hususlara dikkat edilmelidir:

“... her biri örgüt üyeliğine ilişkin bir parçayı açıklayan ve delil olarak kabul edilen faaliyetlerin birleştirilerek olayın bütününe anlaşılması sağlanmalıdır. Kişilerin terör örgütünün hiyerarşik yapısına dâhil olduğunu gösteren delillerin birlikte incelenmesi sonucunda delillerin sağlamlığı sınanmalı; her biri her terör örgütünün amacı, niteliği, bilinirliği, kullandığı şiddetin türü ve yoğunluğu ile somut olayın ilgili diğer koşulları dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Kişilerin delil olarak kabul edilen faaliyetleri birbiriyle sınanmalı ve sağlamaları yapılarak birbirlerini tamamlayıp tamamlamadığı ve tutarsızlık içerip içermediği tespit edilmelidir.”⁹²

Çalışma kapsamında terör örgütüne üye olmak suçu bağlamında temel hak ve özgürlükler kapsamında kalan ve delil olarak değerlendirilen faaliyetlerin⁹³ çoğunlukla yukarıda ayrıntıları üzerinde durulan dolaylı delil/belirti oldukları görülmektedir.⁹⁴ Söz konusu faaliyetler, çoğunlukla tek başlarına kişinin terör örgütünün hiyerarşik yapısına girdiğini açıklamaya yeterli olmamaktadır. Zira delil olarak değerlendirilen faaliyetlerin örneğin kişiye örgüt tarafından tevdi edilen görevler kapsamında gerçekleştirildikleri çoğu zaman açıkça görülememektedir. Genel nitelikteki temsili delillerden olan söz konusu faaliyetler, birlikte değerlendirildikleri zaman (süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk gösterdikleri takdirde) terör örgütüne üye olmak suçunun işlendiğinin ispatı bakımından bir anlam ifade etmektedir.⁹⁵ Bu noktada sorulması gereken soru; bir uyuşmazlığa konu vakıanın

⁹¹ Kunter, **a.g.e.**, s. 594.

⁹² *Metin Birdal Başvurusu*, para. 72.

⁹³ Örneğin; kişinin örgütün iletişim aracı olarak kullandığı kabul edilen bir haberleşme programını kullanması, örgütle irtibatlı olduğu kabul edilen bir bankaya para yatırması, örgütün legal yapılanması kabul edilen bir derneğe üye olması, propaganda teşkil edecek şekilde örgüt lehine sloganlar atılan bir gösteri yürüyüşünde bulunması ve örgütün propagandasının yapıldığının kabul edildiği kitapları ikametinde bulundurması.

⁹⁴ Örneğin bkz. “User ID numarası tespit edilemeyen by-Lock kullanıcısı olduğuna dair EGM KOM Daire Başkanlığınca rapor düzenlenen kişinin, CGNAT kayıtları mevcut olsa dahi, bu durum by-Lock kullandığına dair önemli **emare niteliğinde** (vurgu eklenmiştir) olmakla birlikte, yönlendirme (morbeyin veya başka nedenlerle) halinde de GNAT kayıtlarının mevcut olabileceği göz önünde bulundurulmalıdır.” Yargıtay 16. Ceza Dairesi’nin 29/04/2019 tarihli, 2019/98 E. ve 2019/3057 K. sayılı kararı (UYAP)

⁹⁵ “Belirti olaylar, suç tipinin şüpheli veya sanık tarafından işlendiğini doğrudan göstermedikleri için, ancak düşünsel içeriklerinin ilişkili olduğu konuları kanıtlamış kabul edilirler. Bununla birlikte yan olaylar, doğrudan doğruya önem taşıyan asli olay bakımından çıkarım yapılmasında kullanılabilirler.

sadece birbirini destekleyen belirtiler ile ispatlanmasının mümkün olup olmadığıdır. Sorunun cevabı kanaatimizce olumludur. Zira vicdani delil sisteminin benimsendiği ceza muhakemesi hukukunda birbirlerini destekleyen delillere dayanılarak mahkumiyet kararı verilebilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır.^{96,97} Bu kapsamda temel hak ve özgürlükler kapsamında kalan faaliyetlerin birlikte değerlendirilerek terör örgütüne üye olmak suçu bakımından ispat vasıtası olarak değerlendirilmeleri ceza muhakemesi bakımından imkan dahilindedir.

Bu başlık altında yapılan tüm açıklamaları öz itibarıyla ihtiva eden Yargıtay 6. Ceza Dairesi'nin bir kararı şöyledir:⁹⁸

“Belli bir olay ile ilgili suç işlediği izlenimini veren ve hakkında herhangi bir araştırma yapılan kişi, şüpheli statüsüne girer. Şüpheli muhakeme hak ve yetkilerine sahiptir.

(...) Bu şekilde, belirti olaylara dayanılarak yapılan ispata, **belirti ispatı** (vurgu orijinaldir) (Indizienbeweis) adı verilmektedir. Tanımlamak gerekirse, belirti ispatı, hüküm bakımından doğrudan doğruya önemli bulunan asli olaylara, yardımcı olaylar (belirtiler, delil göstergeleri) vasıtasıyla çıkarım yoluyla ulaşılmıştır.” Barış Erman, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Belirti ve İspat Değeri”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi-Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan**, C: 1, 2010/1, 2020, s. 696 (Çevrimiçi) <https://dosya.gsu.edu.tr/Docs/HukukFakultesi/TR/FakulteDergisi/fakulte-dergisi-2010-1-Cilt-1-hukuk-fakultesi.pdf>

⁹⁶ Feyzioğlu, **Belirti**, s. 21. Alman Federal Mahkemesi bir kararında vurguladığı üzere birden fazla belirtinin varlığı ispat bakımından tek başına yeterli değildir, belirtilerin bütünsel bir değerlendirme sonucunda hakimde kanaat oluşturmaları gerekir (**aktaran: Doğan, a.g.e.**, s.254). Bu kapsamda iki belirti/emare delilinin mahkumiyet kararına yeterli kabul edilmediği bir karar için bkz. “... ele geçirilen FETÖ/PDY emniyet mahrem yapılanmasına ilişkin dijital verilerin incelenmesi sonucunda düzenlenen veri inceleme raporunun ve gizli tanık beyanlarının ayrı ayrı tek başına emare delil olduğu nazara alındığında; UYAP'ta oluşturulan örgütlü suçlar bilgi havuzunda sanık hakkında bilgi ve beyan bulunup bulunmadığı araştırılıp, varsa aşama beyanlarının aslı veya onaylı suretleri getirtilerek, CMK'nın 217. maddesi uyarınca duruşmada sanık ve müdafii okunup diyecekleri sorulduktan sonra, gerekirse tanık olarak ifadelerine başvurularak sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması,” Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin 01/03/2021 tarihli, 2020/2347 E. ve 2021/1683 K. sayılı kararı (UYAP)

⁹⁷ İki belirti/emare delilinin mahkumiyet kararına yeterli kabul edilmediği bir karar için ise bkz. “... ele geçirilen FETÖ/PDY emniyet mahrem yapılanmasına ilişkin dijital verilerin incelenmesi sonucunda düzenlenen veri inceleme raporunun ve gizli tanık beyanlarının ayrı ayrı tek başına emare delil olduğu nazara alındığında; UYAP'ta oluşturulan örgütlü suçlar bilgi havuzunda sanık hakkında bilgi ve beyan bulunup bulunmadığı araştırılıp, varsa aşama beyanlarının aslı veya onaylı suretleri getirtilerek, CMK'nın 217. maddesi uyarınca duruşmada sanık ve müdafii okunup diyecekleri sorulduktan sonra, gerekirse tanık olarak ifadelerine başvurularak sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması,” Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin 01/03/2021 tarihli, 2020/2347 E. ve 2021/1683 K. sayılı kararı (UYAP)

⁹⁸ Yargıtay 6. Ceza Dairesi'nin 21/01/2014 tarihli, 2011/16588 E. ve 2014/1054 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr> (E.T.: 10.12.2020).

Yargılanacak her uyuşmazlıkta; şüphelilik, uyuşmazlığın somut olması ve uyuşmazlığın çözümü şeklinde özellikler vardır. O halde önce olay öğrenilmelidir. Yani sübut konusunda bir hükme varılır. Sübut (veya ispat) meselesi maddi mesele olup, bu konu geçmişteki olayı zihnimizde yeniden yaratmak, yani nasıl meydana geldiğini belirlemektir. Olay belirlendikten sonra, olaya uygulanacak hukuki norm ve bunun olayın tipine uygun olup olmadığı konusunda sonuç çıkarılır. Maddi durumun tespiti, hukuki durumun tespiti.

Hakim bu güne dayanarak dünü öğrenir. Dün hakkındaki şüphesini deliller sayesinde yener. Şüphenin yenilmesi yerini belirliliğe terk eder.

Delillerin gösterdiği objektif bakımından bir (ihtimal) dir. Buna rağmen ihtimal belli bir dereceye gelince kanaat (kanı) olacaktır. Şüphe yerini kanaate bıraktığında ispatta aranan belirlilik ortaya çıkar. Her olayda lehe ve aleyhe deliller vardır.

Kanaati meydana getiren delillerin tek tek değerlendirilişi kadar hep birlikte değerlendirilmesi de mümkündür. Deliller bütünlük teşkil ediyorsa, bir bütünün birbiri ile uyuşan ve birbirini tamamlayan parçaları ise, bu hakiki delildir. İspat konusu, gerçeğin bir parçası olan olay hakkında hüküm vermektir.

Gerçekten Hakim geçmişte ne olduğunu ve nasıl olduğunu bilmeye mecburdur. elindeki imkan, bu gündür.

Bu günden maksat da, varlığını duygularımızla öğrendiğimiz şeylerdir. İşte “delil” budur.

CMK.217/2.maddesi gereğince sanığa yüklenen suçun hukuka uygun olarak elde edilmiş, her türlü delille isbatı mümkündür. Mantığa, bilimsel verilere, fizik kurallarına, herkesce bilinen somut duruma, hayatın olağan akışı içinde gündelik yaşamda edinilen karine niteliğindeki bilgilere aykırı olması ya da tanığın gerçeği söylemediğinin ortaya çıkması gibi reddi için haklı makul ve kabul edilebilir hukuki gerekçeler gösterilmesi zorunludur.

Delillerin bu günün akılcı anlayışına göre, Hakimin kanaati, ispat edilmesi istenen olayların tahlil ve tetkiki ile lehe ve aleyhe bütün şartları tenkit ve değerlendirmesinin mahsulü olacaktır. İspat edilmesi gereken şüpheli olandır.

Delil maddi veriler olduğu gibi delillerden biri de tanıktır. Bütün ispat araçları delildir. Tanık taraflardan olmayan, fakat olay hakkında görgü ve bilgisi olmuş bir kişinin, o olay hakkında beş duyusu ile edindiği sübut konusunda karar verecek mahkeme ve/veya Hakim huzurundaki sözlü beyanıdır. Sanık dışında herkesin bu konumda ele alınabileceği dikkate alınarak, değerlendirme yapılacaktır. Soyut olarak delil eşit değerdedir. Suç konusu ve/veya aleti olayın bir parçası iken, tanık kişinin beyanı ise olayı yansıtan bir delil olup, olay yerinde kalan her türlü iz ve eserde belirti delil olup olayı temsil eden dolaylı delildir. Asıl olan bu delilin güvenilirliğidir.

Hal böyle olunca soruşturma ve kovuşturmada toplanmış bulunan tüm deliller tartışılıp, bunun sonucu filin faili olduğu saptanan sanık mahkum edileceği muhakkaktır...”

Önceki başlıklarda, çalışmanın konusu bağlamında; üç suç tipinin ilgili kısımları ve ceza muhakemesinde delillerin değerlendirilmesi müessesesi incelenmiştir. Özellikle ceza muhakemesinde delil serbestisi ilkesinin söz konusu olması, temel hak ve özgürlükler kapsamında kalan birçok faaliyetin de mahkumiyet kararlarında delil olarak değerlendirilmesine sebebiyet vermektedir. Aşağıdaki başlıkta söz konusu eylemler, ilgili oldukları maddi haklar bağlamında ayrı ayrı ele alınacak ve sonraki bölümlerde yer verilecek olan bireysel başvuru hukukilik testinin aşamalarına geçmeden önce söz konusu eylemlerin delil olarak kabul edilmesinin ilgili maddi haklara müdahale teşkil edip etmediği değerlendirilecektir.

II. MÜDAHALE GERÇEKLEŞTİRİLEN HAKLAR

Derece mahkemelerinin vermiş olduğu kararlarda suçun sübuta erip ermediği ya da mahkumiyet kararlarında kullanılan delillerin yeterli olup olmadığı ilkesel olarak bireysel başvurunun inceleme alanı dışındadır.⁹⁹ Bununla birlikte temel hak ve özgürlüklere müdahale gerçekleştirildiği durumlarda derece mahkemelerinin takdir ve değerlendirmelerinin temel hak ve özgürlüklerin sağlamış olduğu güvencelere etkisini incelemek ise bizatihi bireysel başvurunun amaçlarından biridir.¹⁰⁰

⁹⁹ “Yukarıda anılan kurallar uyarınca, ilke olarak derece mahkemeleri önünde dava konusu yapılmış maddi olay ve olguların kanıtlanması, delillerin değerlendirilmesi, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması ile derece mahkemelerince uyumsuzlukla ilgili varılan sonucun esas yönünden adil olup olmaması bireysel başvuru incelemesine konu olamaz. Bunun tek istisnası, derece mahkemelerinin tespit ve sonuçlarının Anayasa’da yer alan hak ve özgürlükleri ihlal etmiş olması veya adaleti ve sağduyuyu hiçe sayan tarzda açık bir keyfilik içermesidir. Başvurucular, yargılama sırasında delillerini, iddialarını veya savunmalarını sunmuşlar, karşı tarafça sunulan delillere ve iddialara itiraz etme imkanı bulmuşlar ve bunlar derece mahkemeleri tarafından gereği gibi değerlendirilmiş ise kanun yolu şikayeti niteliğindeki bu tür başvurular hakkında açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle kabul edilemezlik kararı verilir. Ancak söz konusu kurallara uyulsa dahi yargılamanın bütünü incelendiğinde açık bir keyfilik durumu söz konusu ise bu tip şikayetler kabul edilmektedir. Derece mahkemelerince delillerin yanlış değerlendirildiği iddiaları yönünden, Mahkeme, temyiz merci olmadığı için inceleme yapmayı gerekli görmemektedir. Bu çerçevede, kanun yolu şikâyeti niteliğindeki başvurular açıkça keyfilik bulunmadıkça Anayasa Mahkemesince incelenemez.” *İhsan Vurucuoğlu Başvurusu*, No. 2013/539, 15/5/2013, para. 44. Ayrıca bkz. *Yılmaz Çelik Başvurusu*, Genel Kurul, No. 2014/13117, 19/7/2018, para. 45; *Orhan Kılıç Başvurusu*, Genel Kurul, No. 2014/4704, 1/2/2018, para. 44.

¹⁰⁰ *Şahin Alpay Başvurusu (2)*, Genel Kurul, No. 2018/3007, 15/3/2018, para. 53.

Başvurulara konu davalarda ileri sürülen delillerin kabul edilebilirliği ve derece mahkemelerince değerlendiriliş biçimleri, maddi vakıya ilişkin kanıyı ve davanın sonucunu etkilemektedir. Fakat ikincillik prensibi gereği, hakimın vicdani delil sistemine bağlı olarak ortaya çıkan vicdani kanaati bireysel başvuru denetimine konu olamaz. Hatta vicdani kanaat, temyiz kanun yolunda bile denetlenemez.¹⁰¹ Bireysel başvuru bakımından da delillerin değerlendirilmesi kural olarak derece mahkemelerinin görevidir.¹⁰² Çünkü delillerle doğrudan temas halinde olan derece mahkemeleri delilleri inceleme ve dolayısıyla vakıyı temsil edip etmediğini değerlendirme konusunda daha elverişli konumdadır.¹⁰³

AYM de pek çok kararında derece mahkemelerinin yorumlarına müdahale etmekten kaçınmaktadır. Bununla birlikte bireysel başvuruya konu husus, temel hak ve özgürlüklere ilişkin olduğu zaman AYM'nin, derece mahkemelerinin yorumlarını denetlemesi gerekmektedir.¹⁰⁴ Nitekim bu gerekliliği AYM şöyle ifade etmektedir:

*“Anayasa’da yer alan hak ve özgürlükler ihlal edilmediği sürece derece mahkemelerinin kararlarındaki kanunun yorumuna ya da maddi veya hukuki hatalara dair hususlar bireysel başvuru incelemesinde ele alınamaz. ... Ancak kanun veya Anayasa’ya bariz şekilde aykırı yorumlar ile **delillerin takdirinde açıkça keyfilik halinde hak ve özgürlük ihlaline sebebiyet veren bu tür kararların bireysel başvuruda incelenmesi gerekir. Aksinin kabulü bireysel başvurunun getiriliş amacıyla bağdaşmaz. Dolayısıyla incelemenin bu çerçevede yapılması gerekir** (vurgu eklenmiştir).”¹⁰⁵*

¹⁰¹ Hasan Tahsin Gökcan, “Bireysel Başvuruda İkincillik İlkesi ve Denetim Yetkisinin Sınırları Sorunu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Y: 30, S: 135, 2018, s. 26, (Çevrimiçi) <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2018-135-1767> (E.T.: 04.01.2020). Bununla birlikte hakimın vicdani kanaate ulaşma sürecinde delillerin değerlendirilmesindeki isabetinin akıl yürütme/mantık kurallarına, genel hayat tecrübelerine ve bilimsel kaidelere uygun olup olmadığı kanun yolu denetimine tabiidir [Yargıtay 16. Ceza Dairesi’nin 12/09/2019 tarihli, 2019/7004 E. ve 2019/5220 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay-.gov.tr> (E.T.: 06.09.2020)].

¹⁰² *Barbera, Messegue and Jabardo v. Spain*, App. No. 10590/83, Judgment of 6 December 1988, para. 68; *Bykov v. Russia*, App. No. 4378/02, Judgment of 10 March 2009, para. 89.

¹⁰³ “Belirli bir davaya ilişkin olarak delilleri değerlendirme ve gösterilen delilin davayla ilgili olup olmadığına karar verme yetkisi kural olarak yargılamayı yürüten mahkemelere aittir. Bu konuda değerlendirme yapmak Anayasa Mahkemesinin görevi değildir. Dolayısıyla bir delilin tek başına örgüt üyeliği suçunun sübutunda yeterli olup olmadığını değerlendirmek derece mahkemelerinin takdirindedir. Derece mahkemeleri sanık ile doğrudan doğruya temasta olduğu ve delilleri ilk elden inceleme fırsatı bulduğu için bu konuda Anayasa Mahkemesine kıyasla daha elverişli konumdadır.” *Ferhat Kara Başvurusu*, Genel Kurul, No. 2018/15231, 4/6/2020, para. 160.

¹⁰⁴ Sibel İnceoğlu, **Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri**, İstanbul, On iki Levha Yayıncılık, 2017, s. 231.

¹⁰⁵ *Murat Narman Başvurusu*, No. 2012/1137, 2/7/2013, para. 48.

Bireysel başvuru bakımından bir temel hak ve özgürlüğe müdahale gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği tespit edilirken ulusal makamların suçu nasıl vasıflandırdıkları önem arz etmemektedir.¹⁰⁶ Bu bağlamda temel hak ve özgürlükler kapsamında kalan bir eylemin, cezalandırılması ile mahkumiyet kararında delil olarak değerlendirilmesi arasındaki teknik ayırım sonuç olarak hakka gerçekleştirilen müdahale bakımından bir farklılık oluşturmamaktadır. Çünkü iki müdahale türünde de kişilerin cezalandırılma gerekçelerini söz konusu eylemler oluşturmaktadır.¹⁰⁷ Dolayısıyla bireysel başvuru incelemesinde temel hak ve özgürlükler kapsamında kalan faaliyetlerin mahkumiyet kararlarında delil olarak kullanılması şeklindeki müdahale türünün meşru olup olmadığı incelenmelidir. Bu noktada eylemin cezalandırılması ve delil olarak değerlendirilmesi ayırımının doğurduğu en önemli sonuçlardan biri ikinci bölümde ayrıntılı şekilde değerlendirilen öngörülebilirlik meselesidir. Zira bireyler, hangi eylemlerinin cezai anlamda suç teşkil edebileceğini çoğunlukla ilgili kanunlar aracılığıyla açıkça bilebilecek durumundalarsa da hangi eylemlerinin bir suçun işlendiğinin ispatında delil olarak kullanılacağını kanunlardan açıkça öğrenememektedirler.¹⁰⁸ Öngörülebilirlik, fail ile örgüt arasındaki bağlantının ortaya koyulmasının gerekli olduğu örgütlü suçlar söz konusu olduğunda daha da önem kazanmaktadır.

Bununla birlikte kişilerin temel hak ve özgürlükler kapsamında kalan faaliyetlerinin mahkumiyet kararlarında delil olarak kullanılmaları bireysel başvuruya konu hak ve özgürlükler üzerinde caydırıcı bir etki yaratma potansiyeline sahiptir. Bu nedenle de bu müdahale türü bireysel başvurunun inceleme alanına girmektedir.¹⁰⁹

¹⁰⁶ *Yılmaz and Kılıç v. Turkey*, App. No. 68514/01, Judgment of 17 July 2008, para. 58.

¹⁰⁷ “Katıldığı toplantı ve gösterilerdeki faaliyetlerinin terör örgütüne üye olma suçundan **cezalandırılmasında delil olarak kullanılması** (vurgu eklenmiştir) nedeniyle başvurunun toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkına müdahalede bulunulmuştur.” Anayasa Mahkemesi’nin, *Metin Birdal Başvurusu*’nda (para. 81) yapmış olduğu bu saptamada görüldüğü üzere; “mahkumiyet kararlarında delil olarak değerlendirme” biçimindeki müdahale türü, “cezalandırma” şeklinde gerçekleşen müdahale türünden bütünüyle farklı değerlendirilemez.

¹⁰⁸ Kanunilik testi bağlamında bir kanunun öngörülebilirliğinin, sadece düzenlendiği metne bağlı olmadığına ve söz konusu maddenin yargı içtihatlarıyla netlik kazanabileceğine ikinci bölümde ayrıca değinilmektedir. Bkz. Bölüm II – Kanunilik.

¹⁰⁹ *Metin Birdal Başvurusu*, para. 48.

Örneğin, henüz bir suç işlenmemiş olsa bile kişinin terör örgütü üyesi olması nedeniyle cezalandırılabilmesi için terör örgütüyle arasındaki bağın araştırılması gerekir. Bu araştırma da bireylerin sahip olduğu fikirlerin, bağlı olduğu toplumsal grupların ve ideolojilerin, davranışlarının anlamlarının ve altında yatan amaçların değerlendirilmesini gerektirir. Somutlaştırılacak olursa; kişilerin yasal bir örgüte üye olmaları, toplantı ve gösteri yürüyüşlerine katılmaları, düşüncelerini ifade etmeleri terör örgütleriyle aralarındaki bağ araştırılırken değerlendirilmektedir. Kuşkusuz yukarıda belirtildiği üzere bu değerlendirme de örgütlenme özgürlüğü, toplanma özgürlüğü, din ve vicdan özgürlüğü, ifade özgürlüğü ve düşünce özgürlüğü gibi temel hak ve özgürlükler üzerinde ciddi bir baskı oluşturma potansiyeline sahiptir.¹¹⁰

Konusu başvurucunun, katılmış olduğu gösterilerin, terör örgütüne üye olmak suçundan verilen mahkumiyet kararında delil olarak kullanılması olan *Metin Birdal Başvurusu*'nda AYM, başvuruyu toplanma özgürlüğü bağlamında incelemiştir.¹¹¹ *Metin Birdal Başvurusu*'na atıf yapılan kararlarda da AYM, mahkumiyet kararlarında delil olarak değerlendirilen eylemlerin ilgili oldukları temel hak ve özgürlüklere ilişkin ihlal iddialarını incelerken müdahalenin, “zorunlu toplumsal bir ihtiyaca” karşılık gelip gelmediğini ve “ilgili ve yeterli gerekçe”yle ortaya koyulup koyulmadığını değerlendirmektedir.¹¹² Bu çalışmada da *Metin Birdal Başvurusu*'nda olduğu gibi delil olarak değerlendirilen eylemlerin, ilgili oldukları temel hak ve özgürlükler özelinde incelenmesi tercih edilmiş ise de üçüncü bölümde ilgili ve yeterli gerekçe kavramı ve gerekçeli karar hakkının kaynaşması üzerinde ayrıca durulmaktadır.

Çalışmanın konusunu oluşturan müdahale biçimi bir çok temel hak ve özgürlük kapsamında bireysel başvuruya konu olabilir. Bu nedenle çalışma kapsamında bu müdahale türüne ilişkin örneklerin tüketici bir şekilde ele alınması mümkün değildir. Dolayısıyla müdahale türü, bireysel başvuru kararlarına konu olan başlıca haklar

¹¹⁰ *Metin Birdal Başvurusu*, para. 63-64.

¹¹¹ *Metin Birdal Başvurusu*, para. 49. AYM, benzer başvuruları *Metin Birdal Başvurusu*'nda geliştirdiği içtihat bağlamında ele almaktadır (Örneğin bkz. *Süleyman Dağ Başvurusu*, No. 2015/3896, 17/07/2019, para. 15; *Murat Kur ve diğerleri Başvurusu*, No. 2013/7604, 4/7/2019, para. 32). Mahkeme, çalışmamızın da konusunu oluşturan temel hak ve özgürlükler kapsamında kalan faaliyetlerin mahkumiyet kararlarında delil olarak değerlendirilmesi konusundaki içtihadının temelini *Metin Birdal Başvurusu* ile inşa etmiştir.

¹¹² Örneğin bkz. *Esmâ Seydaoğlu Başvurusu*, No. 2015/15566, 8/1/2020, para. 45.

özelinde incelenmekte ve söz konusu haklara ilişkin ortak esaslar üzerinde durulmaya gayret edilmektedir. Bununla birlikte konunun somutlaştırılmasına katkı sağlaması adına müdahale örnekleri bu bölümde ilgili oldukları haklar özelinde incelenmektedir.

A. Düşünce Özgürlüğü Kapsamındaki Eylemler

Düşünce özgürlüğü ile düşünceyi açıklama özgürlüğü Anayasalarda ve insan hakları belgelerinde iki ayrı madde olarak düzenlenmiş olsalar da bu kanaat hürriyetinden açıklama hürriyetine uzanan koridorda aralarında sıkı bir ilişki bulunmaktadır.¹¹³ Yine de düşünce özgürlüğü ile ifade özgürlüğü aynı değildir. Düşünce özgürlüğü iç dünyaya ait bir işlem olup dış dünyada etki yaratmazken, ifade özgürlüğü iç dünyaya ait olan işlemin dışa vurumudur. Dolayısıyla düşünce özgürlüğü sınırlanamazken ifade özgürlüğü belli koşullarda sınırlanabilir.¹¹⁴ Düşünce, kişinin iç dünyasında kaldığı sürece mutlak olarak korunur. Fakat düşünce, asıl önemini dış dünyaya aktarıldığı anda kazanmaya başlar. İfade özgürlüğü de düşüncenin açıklanmasını koruma altına almaktadır.¹¹⁵ Düşünce özgürlüğü ile ifade özgürlüğüne ilişkin bu ayrım AİHS'in¹¹⁶ 9. maddesinde *düşünce ... özgürlüğü* ve 10. maddesinde *ifade özgürlüğü* şeklinde, Anayasa'nın ise 25. maddesinde *düşünce ve kanaat hürriyeti* ve 26. maddesinde *düşünceyi açıklama ... hürriyeti* şeklinde tezahür etmiştir. Nitekim Anayasa'nın 25. maddesinin gerekçesinde de düşünce özgürlüğünün ifade özgürlüğünden nitelikleri ve sonuçları bakımından farklı olduğuna işaret edilmiştir.¹¹⁷

¹¹³ Reyhan Sunay, **Avrupa Sözleşmesinde Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları**, Ankara, Liberal Düşünce Topluluğu, 2001, s. 7, (Çevrimiçi) <http://www.libertedownload.com/ldt/ifade-hurriyeti/ifade-hurriyetinin-muhtevasi-ve-sinirlari.pdf> (E.T.: 03.05.2020)

¹¹⁴ Osman Can, “Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü: Anayasal Sınırlar Açısından Neler Değişti?”, **Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Özgürlüğü**, Ed. Bekir Berat Özipek, Liberal Düşünce Topluluğu, 2003, s. 359-360, (Çevrimiçi) <http://www.libertedownload.com/ldt/ifade-hurriyeti/teorik-pratik-boyutlariyla-ifade-hurriyeti.pdf> (E.T.: 03.05.2020).

¹¹⁵ Mehmet Yüksek, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde İfade Özgürlüğünün Sınırları”, **TAAD**, S: 25, Y: 7, 2016, s. 108, (Çevrimiçi) <https://yayin.taa.gov.tr/yuklenenler/dosyalar/dergiler/taad/taad-25/taad-25.pdf> (E.T.: 29.12.2020).

¹¹⁶ İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi (No. 005, “*Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*”) Avrupa Konseyi tarafından 04.11.1950 tarihinde Roma’da kabul edilip imzaya açılmıştır. 03.09.1953 tarihinde yürürlüğe giren Sözleşme’ye Türkiye, 18.05.1954 tarihinden beri taraftır.

¹¹⁷ Yunus Emre Yılmazoğlu, İsmail Emrah Perdecioğlu, **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)**, 2. bs., Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2019, s. 149, (Çevrimiçi) https://www.anayasa.gov.tr/media/6382/gerekceli_anayasa.pdf (E.T.: 23.07.2020)

Bu bağlamda Anayasa'nın 25. maddesinin düzenleniş biçimi de dikkate alındığında *kanaat sahibi olma* hakkının, ifade özgürlüğünün temelini oluşturduğu ve fakat ifade özgürlüğünün tabi olduğu sınırlama rejiminin dışında kaldığı anlaşılmaktadır.¹¹⁸

AIHS'in 10. maddesinin düzenleniş biçiminden maddenin üç farklı hakkı muhtevasında barındırdığı anlaşılmaktadır.¹¹⁹ Bunlar: görüş sahibi olma, haber ve görüşlere ulaşma ile haber ve görüşleri açıklama özgürlükleridir. Maddenin ihtiva ettiği “görüş sahibi olma özgürlüğü” ile Anayasa'nın 25. maddesinde düzenlenen “düşünce ve kanaat hürriyeti”nin örtüştükleri¹²⁰, maddenin düzenleniş biçiminden görüş sahibi olma özgürlüğünün, ifade özgürlüğüne getirilecek sınırlamalardan neredeyse muaf olduğu¹²¹ doktrinde ileri sürülmüştür. Nitekim Anayasa'da da “düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti”nin ayrıca düzenlenmiş olması “düşünce ve kanaat hürriyeti”nin mutlak olarak korunması gerektiği düşüncesinin bir tezahürüdür. Düşünce ve kanaat özgürlüğünün sınırlanabilen bir hakkın muhtevasında bulunup, sınırlamalardan muaf olduğunu kabulü yerine; hakkı, bağımsız ve mutlak bir hak olarak ele almak Anayasa'nın sistematigi açısından daha isabetlidir. Bu nedenle, dış dünyaya yansımamış düşüncelere müdahale söz konusu olduğunda, AYM'ye yapılan bireysel başvurular bakımından Anayasa'daki bu ayrım doğrultusunda düşünce özgürlüğünün ifade özgürlüğünden bağımsız bir şekilde ele alınması gerektiğini düşünmekteyiz.

¹¹⁸ Seda Duysak Fidan, Aysun Yıldız, “Tazminat Hukukunda İfade Özgürlüğü ile Özel Hayatın Gizliliği Arasında Adil Denge”, **İfade Özgürlüğü Üzerine Makaleler: Uluslararası Kapanış Sempozyumu'na Katkı Kitabı**, Ankara, Avrupa Konseyi, 2017, s. 149, (Çevrimiçi) <https://rm.coe.int/1680702284> (E.T.:29.12.2020).

¹¹⁹ **AIHS md. 10:** “Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, *kanaat özgürlüğünü* ve *haber ve görüş alma* ve de *verme özgürlüğünü* (vurgu eklenmiştir) de kapsar...”

¹²⁰ Ulaş Karan, “**İfade Özgürlüğü**” **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 2**, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2018, s. 62. (Bu kitap bundan böyle “**İfade Özgürlüğü**” olarak gösterilecektir.).

¹²¹ Dominika Bychawska-Siniarska, “**Protecting The Right to Freedom of Expression Under The European Convention on Human Rights**” **A Handbook for Legal Practitioners**, Council of Europe, 2017, s. 13, (Çevrimiçi) <https://rm.coe.int/handbook-freedom-of-expression-eng/1680732814> (E.T.: 19.12.2020).

Bununla birlikte AİHM, “düşünce” kavramıyla ilgili başvuruları ifade özgürlüğü kapsamında sınırlama rejimine göre incelemektedir.¹²² Öyle ki Mahkeme, bir kamu görevlisinin bir siyasi partiye üye olması nedeniyle görevine son verilmesini görüş sahibi olma hakkı kapsamında ifade özgürlüğüne bir müdahale olarak kabul etmiştir.¹²³ AYM ise vermiş olduğu bir kararında başvuruçunun yazmış olduğu kitaplar hakkında verilen toplatma ve el koyma kararının başvuruçunun bir düşünce ve kanaate sahip olması nedeniyle değil, düşüncelerini açıklaması ve yayması nedeniyle verildiğini belirterek başvuruyu düşünce özgürlüğü kapsamında değil; mutlak olmayan ve sınırlanabilir bir hak olan ifade özgürlüğü kapsamında incelemiş ve görüş sahibi olma özgürlüğü ile ifade özgürlüğünün farklı haklar olduğuna işaret etmiştir.¹²⁴

Demokratik bir devlette hukuk, bireyin iç dünyası ile ilgilenmez. Bu durumda Anayasa’nın 13. maddesi düşünce özgürlüğü bakımından geçerli olamaz. Düşünce özgürlüğü kişinin iç dünyasında kaldığı sürece mutlak olarak korunur. Dolayısıyla kişi, iç dünyasında kalan, açıklanmayan veya davranışlarına yansımayan düşüncelerini açıklamaya zorlanamaz ve bu düşüncelerinden dolayı suçlanamaz.¹²⁵ Bu kapsamda bir açıklama içermeyen düşünceler devlet müdahalesine konu olamazlar.¹²⁶

¹²² Doğru, Nalbant, **a.g.e.**, s. 123. Yargıtay da bir kararında, bir düşünce ve kanaate sahip olmayı ifade özgürlüğü kapsamında ele almıştır: “... Anayasanın 25 ve 26. AİHS’nin 10. maddeleri ile teminat altına alınan, düşünce ve kanaate sahip olma, bilgiye erişme (haber alma), düşünce ve kanaati açıklama ve yayma haklarını da kapsayan ifade özgürlüğü; ...” Yargıtay 16. Ceza Dairesi’nin 12/09/2019 tarihli, 2019/7004 E. ve 2019/5220 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr> (E.T.: 05.08.2020).

¹²³ *Vogt v. Germany*, App. No. 17851/91, Grand Chamber Judgment of 26 September 1995, para. 44.

¹²⁴ *Abdullah Öcalan Başvurusu*, Genel Kurul, No. 2013/409, 25/6/2014, para. 63-70.

¹²⁵ Erdoğan Teziç, “Türkiye’de Siyasal Düşünce ve Örgütlenme Özgürlüğü”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C: 7, Y: 1990, s. 33-35, (Çevrimiçi) <https://ayam.anayasa.gov.tr/media/6379/tezic.pdf> (E.T.: 10.10.2020)

¹²⁶ Jim Murdoch, “**Protecting The Right to Freedom of Thought, Conscience and Religion Under The European Convention On Human Rights**” **Human Rights Handbooks**, Strasbourg, Council of Europe, 2012, s. 18, (Çevrimiçi) https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Murdoch2012_EN.pdf (E.T.: 19.12.2020). Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu kararlarında kişinin iç aleminin kanunun her çeşit müdahalesinin dışında olduğunu belirtmiştir: “Esasen kanaat besleme kişinin iç âlemini ilgilendirdiği cihetle bir kayıtlamaya da tabi tutulamaz. Bu kanaatin söz, yazı, resim vesaire gibi vasıtalarla açığa vurulmasıdır ki 38 sayılı kanunun 1 inci maddesinin (A) bendi ile bazı kayıtlamalara tâbi kılınmıştır.” Anayasa Mahkemesi’nin 08.04.1963 tarihli, 1963/17 E. ve 1963/84 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.-gov.tr> (E.T.: 15.08.2020);

“Düşünce ve kanaat hürriyeti insanların en tabii haklarından. Herkes istediği gibi düşünmekte, istediği fikre inanmakta serbesttir. Kişinin iç alemi kanunun her çeşit müdahalesinin dışındadır. Ancak

AYM, terör örgütü üyeliğiyle ilgili soruşturmalar kapsamında kişilerin ikametgahlarında yapılan aramalar sonucunda; *örgütsel nitelikteki belge, kitap vb. dokümanların* bulunması ve bunların mahkûmiyet kararında delil olarak değerlendirilmesinin ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı bir etki yaratabileceğini ve bu sebeple ifade özgürlüğüne yapılan bir müdahale bulunduğunu değerlendirmektedir.¹²⁷ Örneğin, kişilerin terör örgütüne üye olmak suçuyla cezalandırılmalarına karar verilen mahkumiyet kararlarında diğer delillerin yanı sıra ikametgahlarında yapılan aramalarda ele geçirilen;¹²⁸

- *terör örgütü lideri tarafından yazılmış kitaplar,*¹²⁹
- *terör örgütü liderinin propagandasının yapıldığı kitaplar,*¹³⁰
- *hakkında toplatma kararı bulunan kitaplar,*¹³¹
- *terör örgütü yanlısı veya örgüte destek veren bildiriler,*¹³²
- *örgüt mensuplarının örgütün propagandasını yapmak amacıyla kırsal alanda çekmiş oldukları bir filme ait CD'ler,*¹³³
- *örgütsel niteliği bulunan müzikler ve terör örgütü liderine ait fotoğraflar*¹³⁴

kişinin iç aleminde kaldığı surece mutlak ve sınırsız olan düşünce ve kanaat hürriyeti, toplum hayatını ilgilendirdiği andan itibaren hukukun ve kanunun sahasına girer ve toplumsal yaşayışın gerektirdiği bazı kayıtlamalara bağlanabilir, insanların toplum halinde yaşayabilmeleri ancak toplum hayatının bazı esaslara ve kurallara bağlanması ile yani düzenlenmesi ile mümkündür. Bu zaruret insanın iç hayatı bakımından mutlak ve sınırsız olan düşünce ve kanaat hürriyetinin, söz yazı, resim ve saire gibi çeşitli vasıtalarla açığa vurulurken toplumsal yaşayışın sürekliliği (Devam ve bekası) sağlanmak için belli esaslara ve kurallara bağlanmak suretiyle kayıtlanmasını zorunlu kılar. Zira, toplum hayatına zarar veren düşünce ve kanaatlerin açığa vurulması toplumu huzursuzluğa sevk ederek toplumsal yaşayışın ve Devletin güvenliğini sarsar. Bu bakımdan diğer hak ve hürriyetler gibi düşünce ve kanaat hürriyeti de her türlü sorumsuz davranışlara cevaz veren mutlak ve sınırsız bir hürriyet olarak telâkki ve kabul edilemez. Bu hürriyeti toplumsal yaşayışın ve demokratik nizamın icaplarıyla bağdaştırmak ve toplumsal yaşayışa düşünce ve kanaat hürriyetini denge halinde tutmak gereklidir.” Anayasa Mahkemesi’nin 08.04.1963 tarihli, 1963/16 E. ve 1963/83 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> (E.T.: 15.08.2020).

¹²⁷ *Abdulaziz Kaya Başvurusu*, No. 2015/19363, 8/1/2020, para. 18; *Uğur Ahmet Yaşar Başvurusu*, No: 2014/11842, 2/6/2020, para. 33.

¹²⁸ Aşağıda delil olarak kabul edilen kitap, dergi vb. dokümanların nitelikleri, derece mahkemelerinin mahkumiyet kararlarında kabul ettikleri şekilde gösterilmiştir.

¹²⁹ *Abdulaziz Kaya Başvurusu*, para. 8.

¹³⁰ *Ali Eren ve diğerleri Başvurusu*, No. 2015/3882, 28/1/2020, para. 10.

¹³¹ *Ali Kandil ve diğerleri Başvurusu*, No. 2014/13224, 19/11/2019, para. 8.

¹³² *Ali Soylu Başvurusu*, No. 2014/10602, 19/11/2019, para. 12.

¹³³ *Diyyadin Abak ve Mehmet Yiğit Başvurusu*, No. 2015/2331, 20/11/2019, para. 8.

¹³⁴ *Şenol Eren Başvurusu*, No. 2014/7693, 26/9/2019, para. 8.

kişilerin kendi istekleriyle terör örgütlerinin hiyerarşik yapılarına dahil olduklarının delili olarak değerlendirilmektedir.¹³⁵

Kanaatimizce düşünce kavramıyla ilgili başvurular, AİHM'in yaklaşımına göre daha güvenceli olması nedeniyle, AYM'nin yapmış olduğu ayrım uyarınca düşünce özgürlüğü kapsamında değerlendirilmelidir. Zira AİHS md. 53¹³⁶, iç hukukta daha lehe düzenlemelerin bulunması halinde söz konusu düzenlemelerin dikkate alınmasına vurgu yapmaktadır. Bu doğrultuda AİHM de iç hukuktaki düzenlemelerin daha lehe olması halinde bu hükümleri gözeterek karar vermeli ve insan haklarının ileri düzeyde uygulanmasına katkı sunmalıdır.¹³⁷ AYM'nin de bireysel başvuru kapsamında üstlendiği görevi ifa ederken AİHS'e göre daha çok güvence sağlayan iç hukuk düzenlemelerini, AİHM uygulamalarından ayrılarak tatbik etmesi gerekmektedir.¹³⁸

Kişilerin ikametgahlarında yapılan aramalar neticesinde elde edilen belge, kitap vb. dokümanlar, diğer deliller ile birlikte değerlendirildiğinde suçun manevi unsurunun tespitini kolaylaştıran ve fail ile terör örgütü arasındaki organik bağı ortaya çıkarmaya elverişli delillerdir.¹³⁹ Buna karşın demokratik bir toplumda sadece örgüte

¹³⁵ “İlk derece mahkemesi; başvurunun ..., ikametgâhında bazı yayınlar bulundurmasının, ... terör örgütünün hiyerarşik yapılanmasına kendi isteğiyle ve bilerek dâhil olduğuna dair bilgileri doğrular ve tamamlar nitelikte olduğunu ikna edici biçimde ortaya koymuştur (vurgu eklenmiştir). Bu bağlamda ilk derece mahkemesi, başvurunun şikâyet konu eylemlerinin delil olarak kullanılmasının bir toplumsal ihtiyacı karşıladığını ilgili ve yeterli bir gerekçe ile göstermiştir.” *Ali Soylu Başvurusu*, para. 31;

“İlk derece mahkemesi, başvurunun ..., kendisine ait doküman ve yayınlarının niteliğinin, ..., onun PKK terör örgütünün hiyerarşik yapılanmasına kendi isteğiyle ve bilerek dâhil olduğuna dair bilgileri doğrular ve tamamlar nitelikte olduğunu ikna edici biçimde göstermiştir (vurgu eklenmiştir). Başvurunun şikâyet konu eylemlerinin delil olarak kullanılmasının bir toplumsal ihtiyacı karşıladığı kanaatine ulaşmıştır.” *Şenol Eren Başvurusu*, para. 27; *Uğur Ahmet Yaşar Başvurusu*, para. 44, 46.

¹³⁶ **AİHS md. 53:** “Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbirisi, herhangi bir Yüksek Sözleşmecî Taraf'ın yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşme uyarınca tanınmış olabilecek insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlayacak veya onları ihlal edecek biçimde yorumlanamaz.”

¹³⁷ Akif Yıldırım, Halil İbrahim Dursun, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 53. Madde Düzenlemesinin Türk Hukukuna Etkisi”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C: 9, Sayı: 100, Aralık 2014, s. 128, (Çevrimiçi) <https://jurix.com.tr/article/2679#> (E.T.: 19.12.2020).

¹³⁸ **A.e.**, s. 134.

¹³⁹ Mehmet Taştan, **Açıklamalı - İçtihatlı Terörle Mücadele Kanunu**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2009, s. 82. Yargıtay bir kararında sanığın evinde bulunan örgütsel kitapları, terör örgütüne üyelik suçunda delil olarak değerlendirmiştir: “sanık ...'ın, iletişim tespit ile teknik takip tutanaklarına yönelik yapılan incelemede, ... terör örgütünün ideolojisini benimsediği, sanığın evinde yapılan aramada çok sayıda örgütsel kitap ve dokümanların bulunduğu, örgüte adam kazandırma ve propaganda

yakınlık duymak, örgüt ideolojisini yansıtan eserler bulundurmak ve okumak gibi sempatican düzeyde kalan hareketlerin cezalandırılması düşünce özgürlüğünü ihlal edebilir.^{140,141} Zira demokratik bir toplumda kişi, fikirleri temelinde değil; ancak davranışları ve eylemleri temelinde suçlanabilir.^{142,143} Bu bağlamda ceza yasaları, kişilerin sahip oldukları, Devlet yapısına ve ideolojisine ters düşen, tehlike yaratma potansiyeline sahip düşünceleri değil; bu düşünceler etrafındaki birleşmeleri ve bu düşüncelerin propaganda faaliyetlerini cezalandırmaktadır.¹⁴⁴ *Vogt v. Germany*

amacıyla kullanılan kitapları temin ettiği ve dağıttığı (vurgu eklenmiştir), örgütün... yapılanmasının oluşturulması yönünde faaliyette bulunduğu, örgütün diğer üyeleri ile sürekli irtibat kurduğu anlaşılacakla, eylem ve faaliyetlerindeki süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk durumu da dikkate alındığında, örgütle organik bağ kurduğu anlaşılan, sanık hakkında silahlı terör örgütüne üyelik suçundan mahkumiyet yerine yazılı şekilde beraat kararı verilmesi, Kanuna aykırı olduğundan, ..." Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin 20/04/2015 tarihli, 2015/1069 E. ve 2015/840 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr> (E.T.: 05.08.2020).

¹⁴⁰ "...Bu itibarla failin sadece örgütün benimsediği siyasal ideolojiye ve görüşe sahip olması, yakınlık duyması, yani örgütün sempaticanı olması, **soyut olarak örgüte ait eserleri okuması, bulundurması ile sınırlı eylemleri onun terör örgütü üyesi olduğunun kabulüne elverişli değildir... sanığın dosya kapsamındaki iddia ve delillerle terör örgütü üyesi olduğunun kabulü halinde**, çeşitli toplantı ve gösteri yürüyüşlerine katılıp **terör örgütlerinin fikirlerini destekler mahiyette slogan atan ve/veya evinde örgütün fikirlerini içeren belge, kitap vs. bulunduran herkesin terör örgütü üyesi olduğunun kabulü gerekecektir** (vurgu eklenmiştir). Bu ise Anayasa ve uluslararası sözleşmelerle güvence altına alınmış düşünce ve ifade özgürlüğünün ihlali anlamına gelecektir..." Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin (Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın İtiraz Nedenleri) 26/09/2017 tarihli, 2016/3695 E. ve 2017/5075 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr> (E.T.: 05.08.2020);

"... Sanıkların ev ve iş yeri aramalarında ele geçirilen delillerin içeriğinde herhangi bir suç unsuru bulunmadığı gibi, **sanıkların bazılarında ele geçirilen hakkında toplatma kararı bulunan kitaplar ile CD ve DVD içeriklerinin de sadece bulundurulması suç olmadığı gibi, tek başına bunların varlığının örgüt yöneticiliği ve üyeliği için yeterli delil teşkil etmeyeceği** (vurgu eklenmiştir) ..." Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin 10/05/2017 tarihli, 2016/7017 E. ve 2017/3884 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr> (E.T.: 05.08.2020).

¹⁴¹ AYM, şiddet eylemlerine teşvik etmeyen, terör suçlarının işlenmesi tehlikesine yol açmayan fakat terör örgütlerinin; ideolojisiyle, toplumsal, siyasal, ekonomik ve sosyal sorunlara ilişkin görüşleriyle paralellik gösteren düşünce açıklamalarını terörizmin propagandası olarak değerlendirmemektedir. Mahkeme, toplumsal ve siyasal ortama, sosyoekonomik dengesizliklere ve ülke yönetimine ilişkin eleştirilerin, toplumun büyük çoğunluğu için rahatsız edici olsa bile, açıklanmasının, yayılmasının, başkalarına telkin ve tavsiye edilmesinin ifade özgürlüğünün koruması altında olduğuna işaret etmiştir (*Ayşe Çelik Başvurusu*, No. 2017/36722, 9/5/2019, para. 44). Bu kapsamda terör veya terör örgütlerinin ideolojilerini yansıtan eserleri bulundurmamak/okumak gibi eylemler henüz bir düşünce açıklamasına konu olmamışken ve dolayısıyla terör suçlarının işlenmesi tehlikesine yol açmamışken, cezalandırmaya dayanak oluşturmamalıdır.

¹⁴² Françoise Tulkens, "Söylem Ne Zaman Eylemdir: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İfade Özgürlüğü ve Nefret Söylemi İçtihatları", **İfade Özgürlüğü: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı Nicolas Bratza'ya İthafen Kaleme Alınmış Makaleler**, Avrupa Konseyi, 2012, s. 261, (Çevrimiçi) <https://rm.coe.int/16807005e1> (E.T.: 29.12.2020).

¹⁴³ "Hareket haline gelmemiş irade veya istek cezalandırıldığı takdirde, düşüncenin suç teşkil etmesi neticesi doğar. (...) arazi maddi olarak gözükmeyen düşünce cezalandırılmaz." (Özek, **Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler**, s. 350)

¹⁴⁴ Şahin Kurt, **Uygulamada Terör Suçları ve İlgili Mevzuat**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1998, s. 201.

kararında olduğu gibi kişinin, sahip olduğu düşünceleri bir siyasi partiye üye olmak gibi dış dünyaya davranışlarıyla ya da başka bir şekilde yansıttığı durumlarda¹⁴⁵ yapılan müdahale, görüş sahibi olma hakkı kapsamında ifade özgürlüğü içinde değerlendirilebilir. Buna karşın kişinin evinde bulundurduğu belge, kitap vb. dokümanlara ilişkin düşüncelerinin henüz dış dünyaya davranışlarıyla ya da başka bir şekilde yansımamışken terör örgütü üyeliği suçundan verilen mahkumiyet kararında delil olarak değerlendirilmesi¹⁴⁶ ifade özgürlüğüne değil düşünce özgürlüğüne yönelik müdahale olarak kabul edilmelidir. Yukarıda açıklandığı üzere sınırlanabilen bir hak olmayan düşünce özgürlüğüne yönelik müdahale ise ihlal sonucunu doğurur.

AYM, düşünce özgürlüğü veya ifade özgürlüğü bağlamında olmasa da kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı bağlamında incelediği bir başvuruda bu başlık altında yapılan açıklamaları somutlaştıracak nitelikte bir değerlendirmede bulunmuştur. Başvurucu hakkında terör örgütüne üye olmak suçundan CMK 100. maddesi uyarınca tutuklama kararı verilmiştir. Tutuklama kararının kanuni dayanağı olduğunu tespit

¹⁴⁵ Örneğin bkz. “Başvurucunun A.T. isimli kişiye bağlı olarak çalıştığı, kendisine ait bir grubunun bulunduğu ve söz konusu grupta sohbet adı altında toplantılar yaptığı, **bu toplantılarda - FETÖ/PDY'nin kurucusu ve lideri olan- Fetullah Gülen'e ait kitapları okuduğu ve videoları izlettiği**, (vurgu eklenmiştir)...” *Metin Evcecen Başvurusu*, No. 2017/744, 4/4/2018, para. 26; “... sanık B. A.’nın öğrenciliği döneminde örgüte müzahir evlerde kaldığı, örgütle iltisaklı kurumlarda çalıştığı, değişik il ve ilçelerde Zaman Gazetesi’nin temsilciğini yaptığı, **örgüt liderinin kitaplarının okunup videolarının izletildiği sohbet toplantılarına katıldığı** (vurgu eklenmiştir), FETÖ/PDY silahlı terör örgütüne müzahir 23/07/2016 tarihli KHK ile kapatılan Pak Eğitim İş Sendikasına üye olduğu, terör örgütü üyeliğini çağırıştırır süreklilik, çeşitlilik ve devamlılık gösteren fiil ve davranışları nazara alındığında sanık B. A.’nın FETÖ/PDY silahlı terör örgütünün üyesi olup, ...” Samsun Bölge Adliye Mahkemesi 2. Ceza Dairesi’nin 2017/1003 E. ve 2017/1001 K. sayılı kararı (Karar için bkz. Bodur, Özkul, a.g.e., s.101.)

¹⁴⁶ “... çağcıl suç hukuku (ve de yargılama hukuku), Roma hukukundan bu yana iki bin yıldır geçerli olan bir ilkeyi benimsemiştir. “Yargıç, saikleri yargılamaz” (de internis non judicat praetor). Dolayısıyla suç hukuku, insanların iç dünyasıyla ve yaşam biçimiyle ilgilenmez. Nitekim suç hukukunda insanların “**iç dünyasıyla ilgilenmeme ilkesi**”, (vurgu orijinaldir) iki bin yıl önceki eski Roma hukukunda da vardı. Ulpianus, “Hiç kimse düşüncesinden dolayı cezalandırılmaz” ve Paulus, “Kuşkusuz ataların (eskilerin) deneyimi sonucunda şu noktaya ulaşılmıştır: Bir kimsenin davranışı sonuca ulaşmadıkça, kötü niyete sahip olmanın zarar vermediği düşünülür” derlerken suç hukukunda “maddilik ilkesi”ni (principio di materialita) ya da “davranışsız/hareketsiz suç olmaz” (nullum crimen sine actione) ilkesini getirmişlerdir. İlke, Roma hukukundan ortaçağa ve günümüz yaptıklarına geçmiştir. (...) Bu nedenle davranışsız ya da davranışı gözetmeyen dışlayan bir suç hukuku, polis, zorba, özgürlüğe kıyıcı bir suç hukukudur. Böyle bir suç hukuku, düşlerin, niyetlerin, tasarımların, iç davranışların ya da kuşkunun; hatta suçsuzluğun, suç öncesi tehlikeliliğin suç hukukudur; yalın özne durumlar ya da failin (özne) kişisel belirtileri ve tutumları üzerine kurulu bir suç hukukudur. Artık bu türden bir suç hukuku ile insanlar, yaptıkları davranışlardan dolayı değil, var oluş biçimlerinden dolayı kovuşturulur. ” (Sami Selçuk, **Suç Genel Kuramı**, Ankara, Seçkin, 2021, s. 34-36.)

eden Mahkeme, tedbirin suç işlendiğine dair kuvvetli belirtiyi haiz olup olmadığını incelerken şu değerlendirmede bulunmuştur:

“Başvurucu Aysel Güzel yönünden suçlamaya esas alınan olgulardan biri başvurunun ikametgâhında yapılan arama neticesinde toplatılmasına, dağıtım ve satışının yasaklanmasına karar verilen "Bir Savaşın Anatomisi, Kürdistan'da Askeri Çizgi" ile "Kürdistan Yurtsever Devrimci Gençlik Manifestosu" isimli kitapların ve ayrıca "Marksizm Leninizmin İlkeleri 1", "Kürt Açılımı Ergenekon Kapitalizminin Krizi, Devrim Yüklü Bulutlar Yoğunlaşıyor-Sosyalist Parti" ve "Öcalan'ın Teslimi" isimli kitapların ele geçirilmesidir. Soruşturma mercileri anılan kitapların örgüt propagandası niteliğinde yayınlar olduğunu dile getirmektedir. Bununla birlikte başvurunun bunları örgütsel bir faaliyetin propaganda aracı olarak kullandığına, bu kapsamda üçüncü kişilere verdiği ve dağıttığına yönelik soruşturma belgelerinde bir tespit ve iddia bulunmamaktadır. Kaldı ki soruşturma mercileri bu yayınların örgütsel bir faaliyette kullanıldığını da ileri sürmemişlerdir. Somut olayın koşullarında başvurunun evinde yapılan aramada söz konusu kitapların bulunmasının tek başına başvurunun PKK terör örgütü ile bağlantılı bir suç işlediğine dair kuvvetli belirti olarak kabul edilemeyeceği (vurgu eklenmiştir) değerlendirilmiştir.”¹⁴⁷

AYM'nin yapmış olduğu bu değerlendirmeye katılmakla birlikte, farklı olarak; yukarıda açıkladığımız üzere düşünce özgürlüğünün mutlak bir hak olması nedeniyle başvurucuların evinde bulunan kitapların başka delillerle birlikte de değerlendirmeye tabi tutulamayacağını düşünmekteyiz.

B. İfade Özgürlüğü Kapsamındaki Eylemler

İfade özgürlüğü, insan onurunun ayrılmaz parçalarından biridir.¹⁴⁸ AİHM'e göre de toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan biri olan

¹⁴⁷ Ali İpekli ve diğerleri Başvurusu, Genel Kurul, No. 2017/30997, 22/1/2021, para. 85. Aynı başvuruda diğer üç başvuru hakkında benzer değerlendirmeler yapılmış olup başvurulardan bir diğeri hakkında şu değerlendirme yapılmıştır: “Başvurucu Ramazan Çetinçakmak yönünden suçlamaya esas alınan olgulardan biri başvurunun konutunda yapılan aramada farklı tarihlerde yayımlanmış beş adet "Ronahî" isimli derginin ele geçirilmesidir. Soruşturma mercileri dergilerin örgüt propagandası niteliğindeki yayınlar olduğunu ifade etmektedir. Bununla birlikte dergilerin sayısı ve farklı tarihlerde yayımlanmış olması da dikkate alındığında başvurunun bunları örgütsel bir faaliyetin propaganda amacı olarak kullandığını, bu kapsamda başkalarına verdiğini ve dağıttığını söylemek oldukça zordur. Kaldı ki soruşturma mercileri bu yayınların örgütsel bir faaliyette kullanıldığını da ileri sürmemiştir. Somut olayın koşullarında başvurunun evinde yapılan aramada söz konusu beş adet derginin bulunmasının tek başına başvurunun PKK terör örgütü ile bağlantılı bir suç işlediğine dair kuvvetli belirti olarak kabul edilemeyeceği kanaatine ulaşılmıştır.”

¹⁴⁸ Sunay, a.g.e., s.9.

demokratik toplumun ana temellerinden birini oluşturmaktadır. İfade özgürlüğü, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız, ilgilenmeye değmez görülen bilgi ve düşünceler için değil ayrıca Devletin veya nüfusun bir bölümü için saldırgan, şok edici veya rahatsız edici bilgi ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün, açık fikirliliğin gerekleridir ve bunlar olmaksızın demokratik toplum olamaz.¹⁴⁹

Anayasa'nın 26. maddesi "*Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir...*" hükmünü haizdir. İfade özgürlüğü sadece bilgi ve düşüncelerin konusunu değil aynı zamanda bilgi ve düşüncelerin iletildiği ve bunlara ulaşıldığı farklı biçim ve araçları da muhtevasında barındırmaktadır.¹⁵⁰ Nitekim AYM de bilgi ve düşüncelerin söz, yazı, resim veya başka yollarla aktarılabilceğini, "başka yollarla" ifadesinden de her türlü ifade aracının anlaşılması gerektiğini belirtmiştir.¹⁵¹ Bu kapsamda konusuna ve kullanılan araca bakılmaksızın herhangi bir bilgi ve düşünce açıklamasının mahkumiyet kararında delil olarak değerlendirilmesi ifade özgürlüğüne müdahale olarak kabul edilmelidir.

AİHM'e yapılan bir başvuruda başvuru, terör örgütü lideri lehine sloganlar atılan bir gösteri yürüyüşüne katılması nedeniyle 765 sayılı mülga TCK'nın 169. maddesi¹⁵² uyarınca terör örgütüne yardım etme suçundan cezalandırılmıştır. Mahkeme, başvuru, ifade özgürlüğüne müdahale gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini tespit ederken ulusal makamların suçu nasıl niteledikleri üzerinde durmaya gerek olmadığını belirtmiştir. Mahkumiyet kararına yol açan tek delilin çeşitli ifade şekilleri olduğu durumlarda ifade özgürlüğüne bir müdahale gerçekleştiği sonucuna varılmaktadır.¹⁵³

¹⁴⁹ *Handyside v. U.K.*, App. No. 5493/72, Judgment of 7 December 1976, para. 49.

¹⁵⁰ D. J. Harris, M. O'Boyle, E. P. Bates, C. M. Buckley, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, Çev. Mehveş Bingöllü, Ulaş Karan, Ankara, Avrupa Konseyi, 2013, s. 478.

¹⁵¹ *Emin Aydın Başvurusu*, No. 2013/2602, 23/1/2014, para. 43.

¹⁵² **eTCK md. 169**: "64 ve 65 inci maddelerde beyan olunan hal haricinde her kim, böyle bir cemiyete ve çeteye hal ve sıfatlarını bilerek barınacak yer gösterir veya yardım eder yahut erzak veya esliha ve cephane veya elbise tedarik ederse üç seneden beş seneye kadar ağır hapis ile cezalandırılır."

¹⁵³ *Yılmaz and Kılıç v. Turkey*, para. 58.

AİHM'e yapılan bir diğer başvuruda başvuruçular, cezaevlerindeki hücre sisteminin kötü muamelelere ve ölüm olaylarına yol açtığı iddia edilen bir kitabın; biri editörü, diğeri de yayınevinin sahibidir. Yayınevinin sahibi olan başvuruçu söz konusu kitabın yayınlanması sebebiyle terör örgütüne yardım etme suçundan, editör ve yazar olan diğer başvuruçu da terör örgütü üyeliğinden cezalandırılmıştır. Daha sonradan yürürlüğe giren yeni TCK uyarınca editör ve yazar olan başvuruçuya terör örgütüne üye olma suçu yerine daha lehe olan terör örgütü propagandasını yapma suçundan ceza verilmiştir. Mahkeme, başvuruçuların yayınladıkları kitap nedeniyle terör örgütüne yardım etme ve terör örgütünün propagandasını yapma suçlarından cezalandırılmalarını ifade özgürlüğüne müdahale olarak kabul etmiştir.¹⁵⁴

AYM de başvuruçuların bir takım sosyal medya paylaşımlarının verilen mahkumiyet kararında terör örgütü üyeliklerini açıklayan delillerden biri olarak kullanılmasını ifade özgürlüğüne müdahale olarak değerlendirmiştir.¹⁵⁵

Temel hak ve özgürlükler kapsamında kalan faaliyetler, mahkumiyet kararlarının yanı sıra tutuklama kararlarında da delil olarak kullanılabilir. AİHM, önüne gelen bir başvuruda, başvuruçunun suç örgütünün varsayılan üyelerinin talebi ve desteğiyle yazılan iki kitabın yazımına yardımda bulunduğu varsayımına dayanılarak terör örgütüne üye olmak suçundan bir yıldan fazla süre tutuklu kalmasını,¹⁵⁶ bir diğer başvuruda ise başvuruçunun terör örgütünün talebi ve desteğiyle hazırlandığı iddia edilen bir kitabı yazmak şeklinde özetlenebilecek olgulara dayanarak terör örgütüne üye olmak suçundan bir yıldan fazla süre tutuklu kalmasını ifade özgürlüğü kapsamında incelemiştir.¹⁵⁷ Mahkeme, iki başvuruda da Hükümet'in, başvuruçuların henüz mahkum olmamaları nedeniyle mağdur sıfatlarının olmadığına yönelik itirazını, başvuruçulara uygulanan tutuklama tedbirinin tamamen farazi bir risk olarak değerlendirilemeyeceği, tutuklamanın gerçek ve fiili bir zorlama olduğu gerekçeleriyle reddedip ifade özgürlüğüne müdahale olduğunu kabul etmiştir.¹⁵⁸

¹⁵⁴ *Çamyar and Bektaş v. Turkey*, App. No. 41959/02, Judgment of 15 February 2011.

¹⁵⁵ *Abuzer Kaplan ve diğerleri Başvurusu*, No. 2014/11953, 19/11/2019, para. 22.

¹⁵⁶ *Nedim Şener v. Turkey*, App. No. 38270/11, Judgment of 8 July 2014, paras. 93.

¹⁵⁷ *Şık v. Turkey*, App. No. 53413/11, Judgment of 8 July 2014, para. 84.

¹⁵⁸ *Nedim Şener v. Turkey*, para. 96; *Şık v. Turkey*, para. 85.

AİHM'e yapılan bir diğer başvuruda başvurucular, çocuklarının Kürtçe eğitim görme taleplerini içeren dilekçelerini Devletin belirli makamlarına sunmuşlardır. Cumhuriyet Savcısı, başvurucuların söz konusu eylemlerini terör örgütü tarafından kararlaştırılan "sivil itaatsizlik" çerçevesinde gerçekleştirdiklerini iddia ederek 765 sayılı mülga TCK'nın 169. maddesinde düzenlenen terör örgütüne yardım etme suçundan cezalandırılmalarını talep etmiştir. Mahkeme, başvurucuların ceza yargılamaları neticesinde beraat etmelerine rağmen ifade özgürlüklerine müdahale edildiğini kabul etmiştir.¹⁵⁹

AYM ise vermiş olduğu kararlarında başvurucular hakkında terör örgütü üyeliği suçundan verilen tutuklama kararlarında yazmış oldukları gazete yazılarının delil olarak değerlendirilmesini kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının yanında ifade ve basın özgürlüklerine yönelik de birer müdahale olarak kabul etmiştir.¹⁶⁰

C. Toplanma Özgürlüğü Kapsamındaki Eylemler

Toplanma özgürlüğü, kullanılış biçiminin önemi olmaksızın, siyasi, dini, kültürel, toplumsal veya başka amaçlarla kullanılabilir. Hak, özerk bir rolü ve önemi olmasına karşın AİHS'in 10. maddesi ışığında değerlendirilmektedir.¹⁶¹ Hakkın en önemli unsurlarından biri toplanmanın barışçıl olmasıdır. Barışçıl olmayan gösteriler hakkın koruma alanı dışında kalmaktadır.¹⁶²

Toplanma özgürlüğü hem özel hem de kamusal alanda toplanma hakkını ihtiva eder.¹⁶³ Bu kapsamda toplanma özgürlüğü protesto gösterisi, basın açıklaması, miting, oturma eylemi, işgal gibi her türlü bir araya gelişi korumaktadır.¹⁶⁴ Hatta eğlence

¹⁵⁹ *Döner and others v. Turkey*, App. No. 29994/02, Judgment of 7 March 2017, paras. 27, 85-89. Mahkeme, sonuç olarak da başvurucuların ifade özgürlüklerinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

¹⁶⁰ *Şahin Alpay Başvurusu*, Genel Kurul, No. 2016/16092, 11/1/2018, para. 134; *Ali Bulaç Başvurusu*, Genel Kurul, No. 2017/6592, 3/5/2019, para. 86.

¹⁶¹ *Öllinger v. Austria*, App. No. 76900/01, Judgment of 29 June 2006, para. 38.

¹⁶² Ulaş Karan, "Örgütlenme ve Toplanma Özgürlüğü" *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 3*, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2018, s. 52. (Bu kitap bundan böyle "Örgütlenme ve Toplanma Özgürlüğü" olarak gösterilecektir).

¹⁶³ Bernadette Rainey, Elizabeth Wicks, Clare Ovey, **Jacobs, White and Ovey, The European Convention on Human Rights**, 7. bs., Oxford, Oxford University Press, 2017, s. 517.

¹⁶⁴ Karan, *Örgütlenme ve Toplanma Özgürlüğü*, s. 49.

amaçlı yapılsa dahi sergi, fuar, seminer gibi etkinlikler de hakkın kapsamında kalmaktadır.¹⁶⁵

Türk hukukunda toplantı ve gösteri yürüyüşü kavramları 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 2. maddesinde tanımlanmıştır. Maddeye göre toplantı “*belirli konular üzerinde halkı aydınlatmak ve bir kamuoyu yaratmak suretiyle o konuyu benimsetmek için gerçek ve tüzel kişiler tarafından bu Kanun çerçevesinde düzenlenen açık ve kapalı yer toplantılarını*”, gösteri yürüyüşü ise “*belirli konular üzerinde halkı aydınlatmak ve bir kamuoyu yaratmak suretiyle o konuyu benimsetmek için gerçek ve tüzel kişiler tarafından bu Kanun çerçevesinde düzenlenen yürüyüşler*” olarak tanımlanmıştır. 2911 sayılı Kanun'un 2. maddesi incelendiğinde Türk hukukunda demokratik bir toplumun temel unsurlarından sayılan toplanma özgürlüğünün, özüyle çelişir şekilde dar bir kalıba sokma amacıyla düzenlendiği görülmektedir.¹⁶⁶ Söz konusu Kanun'un kapsamına alınmayan, gelenek ve göreneklere göre yapılan toplantı, tören, karşılama ve uğurlama, şenlik, spor faaliyetleri, bilimsel, ticari ve ekonomik amaçlarla yapılan toplantılar ve milletvekillerinin halk ile yaptıkları sohbet niteliğindeki buluşmalar da toplanma özgürlüğünün birer kullanım biçimidir. Kanuni düzenlemelerin belirli toplanma biçimlerini tanımlayıp düzenlemesi diğer toplanma biçimlerinin hakkın kapsamı dışında kaldığı şeklinde anlaşılmamalıdır. Kanunlarda tanımlanan toplanma biçimleri birer örnek olarak görülmeli ve toplanma özgürlüğünün kullanım biçimlerinin sınırsız olduğu kabul edilmelidir.¹⁶⁷ AİHM de bir kararında toplantı ve gösteri yürüyüşünün toplanma özgürlüğünün korumasından yararlanıp yararlanamayacağının iç hukuktaki düzenlemelerden bağımsız bir şekilde değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir.¹⁶⁸

Toplanma özgürlüğüne yapılan müdahaleler toplantı ve gösteri yürüyüşü öncesinde veya esnasında gerçekleşebildiği gibi cezalandırıcı tedbirler gibi sonrasında

¹⁶⁵ *Djavit An. v. Turkey*, App. No. 20652/92, Judgment of 20 February 2003, paras. 44, 60.

¹⁶⁶ İdil Cansu Mahmutoğlu, **Toplanma Özgürlüğü Hakkının Korunması**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 5.

¹⁶⁷ Karan, **Örgütlenme ve Toplanma Özgürlüğü**, s. 49-50.

¹⁶⁸ *Navalnyy v. Russia*, App. No. 29580/12, 36847/12, 11252/13, 12317/13, 43746/14, Grand Chamber Judgment of 15 November 2018, para. 99.

da gerçekleşebilmektedir.¹⁶⁹ Kişinin bir toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılması nedeniyle soruşturma, kovuşturma ve cezalandırma işlemlerine tabi tutulması toplanma özgürlüğüne birer müdahale örneği olarak kabul edilmektedir.¹⁷⁰ AİHM, vermiş olduğu bir kararında başvurunun kamuya açık toplantılara katıldığı gerekçesiyle TCK'nın 220. maddesinin 7. fıkrası uyarınca terör örgütüne üye olmak suçundan cezalandırılmasını toplanma özgürlüğüne müdahale olarak kabul etmiştir.¹⁷¹ Mahkeme bir diğer başvuruda ise başvurunun, terör örgütünün internet sitelerinden yapılan çağrılar üzerine düzenledikleri iddia edilen gösterilere terör örgütünün talimatları doğrultusunda katılması nedeniyle TCK'nın 220. maddenin 6. fıkrası uyarınca terör örgütüne üye olmak suçundan cezalandırılmasını toplanma özgürlüğü üzerinde caydırıcı bir etki yaratması nedeniyle müdahale olarak kabul etmiştir.¹⁷²

AYM de incelediği bir başvuruda diğer delillerin yanı sıra başvurunun katılmış olduğu nevrüz etkinliğinin de terör örgütüne üye olmak suçundan verilen mahkumiyet kararında delil olarak değerlendirilmesini toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına müdahale olarak değerlendirmiştir.¹⁷³

Bunların dışında AYM'ye yapılan bireysel başvurular incelendiğinde toplanma özgürlüğü kapsamındaki eylemlerin mahkumiyet kararlarında delil olarak kullanılmasına yönelik müdahalelere şunlar örnek olarak verilebilir:

- *terör örgütünün çağrısı üzerine düzenlendiği, şiddet eylemlerine konu olduğu ve terör örgütü propagandasına dönüştüğü iddia edilen gösterilere katılma*¹⁷⁴,
- *terör örgütünün internet sitelerinden verdiği iddia edilen talimatlara uygun olarak Nevruz kutlamalarını, terör örgütü liderinin ölüm yıl dönümü nedeniyle anma törenini, öldürülen örgüt üyelerinin cenaze törenlerini, İşçi Bayramı kutlamalarını düzenleme ve bunlara katılma*¹⁷⁵,

¹⁶⁹ *Ezelin v. France*, App. No. 11800/85, Judgment of 26 April 1991, para. 39.

¹⁷⁰ *Galstyan v. Armenia*, App. No. 26986/03, Judgment of 15 November 2007, paras. 101-102.

¹⁷¹ *İmret v. Turkey (No.2)*, App. No. 57316/10, Judgment of 10 July 2018, para. 40.

¹⁷² *Gülcü v. Turkey*, App. No. 17526/10, Judgment of 19 January 2016, paras. 19, 102.

¹⁷³ *Süleyman Dağ Başvurusu*, No. 2015/3896, 17/07/2019, para. 17.

¹⁷⁴ *Metin Birdal Başvurusu*, para. 19.

¹⁷⁵ *Murat Kur ve diğerleri Başvurusu*, No. 2013/7604, 4/7/2019, para. 21.

- *terör örgütü üyeliğinden mahkum olarak ceza infaz kurumunda bulunan bir şahsın ölümü nedeniyle düzenlendiği iddia edilen festivale katılmış olma*¹⁷⁶,
- *terör örgütü liderinin yakalanışını protesto etmek amacıyla kendisini yakan kişinin ölüm yıldönümünde mezarında düzenlendiği iddia edilen anma etkinliğine katılma*¹⁷⁷,
- *bir sendikanın düzenlemiş olduğu konferans niteliğindeki toplantılara katılma*¹⁷⁸.

D. Örgütlenme Özgürlüğü Kapsamındaki Eylemler

Örgütlenme özgürlüğü, bireylerin ortak menfaatlerini gözetmek amacıyla kolektif bir oluşum meydana getirme özgürlüklerini ifade eder.¹⁷⁹ Örgütlenme kavramı AİHS ve Anayasa kapsamında özerk bir anlama sahiptir. Kavramın özerk bir anlama sahip olmasının sonucu ise bir birleşmenin örgütlenme özgürlüğü kapsamında olup olmadığı ulusal hukukta nasıl tanımlandığına, örgütlenme olarak kabul edilip edilmediğine bağlı olmamasıdır.¹⁸⁰ Hak kapsamındaki örgütlenmenin resmi olma zorunluluğu da yoktur. Sürekli ve belirli bir amaca yönelik olması halinde gayri resmi örgütlenmeler de hakkın kapsamında değerlendirilmektedir.¹⁸¹ AİHM içtihatlarına göre örgütlenme özgürlüğü muhtevasında üç tür birleşmeyi barındırır: 1- siyasi partiler, 2- sendikalar, 3- diğer birleşmeler.¹⁸²

Bireylerin örgütlenme özgürlüğüne tipik müdahale biçimleri şunlardır: belirli amaçlarla örgüt kurmayı ve bazı kişilerin örgüt kurmalarını yasaklama, kurulmuş bir örgüte girmeyi yasaklama, bir kimseye örgütten ayrılması için baskı kurulması, kişinin bir örgüte üye olması nedeniyle cezalandırılması.¹⁸³ Kişinin bir örgütlenme içinde yer almış olmasının ve faaliyetlerde bulunmasının mahkumiyet kararında delil olarak

¹⁷⁶ Süleyman Dağ Başvurusu, para. 11.

¹⁷⁷ Gaffar Bayram ve diğerleri Başvurusu, No. 2015/3712, 16/1/2020, para. 11.

¹⁷⁸ Abdulcelil Demir ve diğerleri Başvurusu, No. 2017/27572, 18/6/2020, para. 16.

¹⁷⁹ Harris, O'Boyle, Bates, Buckley, **a.g.e.**, s. 542.

¹⁸⁰ Tayfun Cengiz Başvurusu, No. 2013/8463, 18/9/2014, para. 30.

¹⁸¹ Harris, O'Boyle, Bates, Buckley, **a.g.e.**, s. 542.

¹⁸² Rainey, Wicks, Ovey, **a.g.e.**, s. 527.

¹⁸³ Osman Doğru, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Uygulamasında Toplanma ve Örgütlenme Özgürlüğü", **TBB Dergisi**, S: 64, 2006, s. 54, (Çevrimiçi) <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2006-64-224> (E.T.: 04.01.2021).

değerlendirilmesi de örgütlenme özgürlüğü kapsamında değerlendirilecek bir husustur.¹⁸⁴ AYM’ye yapılan bireysel başvurular incelendiğinde bireylerin yasalara uygun olarak kurulmuş ve faaliyetlerine devam eden derneklerle olan ilişkilerinin terör örgütü üyeliği suçunda delil olarak değerlendirilmesinin örgütlenme özgürlüğüne müdahale olarak kabul edildiği görülmektedir.¹⁸⁵

E. Din ve Vicdan Özgürlüğü Kapsamındaki Eylemler

AİHS’in 9. maddesinde¹⁸⁶ herkesin tek başına veya topluca kamuya açık veya kapalı olarak ibadet yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğü olduğu hüküm altına almıştır. Buna paralel Anayasa’nın 24. maddesinde¹⁸⁷ de ibadet, dini ayin ve törenlerin serbest olduğu düzenlenmiştir.

AİHM bir kararında, başvuruçuların güvenlik güçleri tarafından öldürülen terör örgütü üyeleri anısına bir siyasi parti binasında düzenlenen dini törene (mevlit) katılmaları nedeniyle terör örgütü propagandası yapmak suçundan mahkum edilmelerini 9. maddeye müdahale olarak değerlendirmiştir.¹⁸⁸ Mahkeme, Hükümet’in

¹⁸⁴ *Ahmet Urhan Başvurusu*, No. 2014/13961, 9/10/2019, para. 28; “... Gerekçeli kararda; sanıkların Hizbullah terör örgütü ile bağlantılı olarak derneklerde dini içerikli dersler verdikleri, Adıyaman ilinde örgüte bağlı olarak faaliyet yürüttükleri belirtilerek bu husus sanıklar yönünden terör örgütü üyeliğinin oluştuğuna dair delil olarak kabul edilmiş ise de ...” Yargıtay 16. Ceza Dairesi’nin 10/05/2017 tarihli, 2016/7017 E. ve 2017/3884 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr> (E.T.: 05.08.2020);

“Sanığın, “Temel Hak ve Özgürlükler Derneği” içerisinde DHKP/C terör örgütü adına faaliyet yürüttüğü, ... anlaşıldığından örgüt hiyerarşik yapısı içinde yer alıp gerçekleştirdiği eylem faaliyetleri itibarıyla silahlı terör örgütünün üyesi olup ...” Yargıtay 9. Ceza Dairesi’nin 2011/106412 E. ve 2013/6945 K. sayılı kararı (Karar için bkz. Bodur, Özkul, **a.g.e.**, s. 103)

¹⁸⁵ *Hakan Yılmazöz Başvurusu*, No. 2017/37725, 3/6/2020, para. 14, 26; *Tüncay Yıldız ve diğerleri Başvurusu*, No. 2014/12717, 8/1/2020, para. 13, 32; *Ahmet Urhan Başvurusu*, para. 13, 32. Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında; yasalara uygun olarak kurulmuş bir sivil toplum örgütünün daha sonradan bir suç/terör örgütüne dönüşebileceğini, bu dönüşümden itibaren de örgütün kurucusu, yöneticisi ve üyeleri bakımından ceza hukuku sorumluluğunun doğabileceğini belirtmiştir [Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 26/09/2017 tarihli, 2017/956 E. ve 2017/370 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr> (E.T.: 06.09.2020)].

¹⁸⁶ **AİHS md. 9:** “1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir; bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, kamuya açık veya kapalı ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir. 2. Din veya inancını açıklama özgürlüğü, sadece yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlık veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli sınırlamalara tabi tutulabilir.”

¹⁸⁷ **AY md. 24/2:** “14 üncü madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dini ayin ve törenler serbesttir.”

¹⁸⁸ *Güler and Uğur v. Turkey*, App. No. 31706/10 and 33088/10, Judgment of 2 December 2014, paras. 28-30.

düzenlenen programın terör örgütü üyelerinin hayatlarını kaybetmelerinin akabinde, terör örgütüne ait sembollerin bulunduğu bir siyasi parti binasında gerçekleşmesi nedeniyle siyasi bir amaç güttüğü ve sözleşmenin 9. maddesinin uygulanabilir olmadığı yönündeki itirazını kabul etmemiştir.¹⁸⁹

AYM, diğer bazı deliller yanında örgütsel talimat ve iş bölümünün bir gereği olarak "sivil cuma namazı" adı altında birden fazla kez namaz kıldırması olmalarının başvuruçuların örgüt üyeliğini açıklayan ve eylemlerinin sürekliliğini gösteren deliller olarak kullanılmasını din ve vicdan özgürlüğüne müdahale olarak kabul etmiştir.¹⁹⁰ Bir diğer başvuruda ise diğer delillerin yanı sıra başvuruçunun kıldırıldığı “sivil cuma namazı” sırasında hutbede söylediklerinin terör örgütü üyeliğinden verilen mahkumiyet kararında delil olarak kullanılmasını da yine din ve vicdan özgürlüğü kapsamında incelenmiştir.¹⁹¹

F. Haberleşme Özgürlüğü Kapsamındaki Eylemler

Anayasa’nın 22. maddesinde¹⁹² özel olarak düzenlenen haberleşme özgürlüğüne, AİHS’in 8. maddesinde¹⁹³ alt-kategori hak olarak yer verilmiştir. Haberleşme özgürlüğüne yönelik müdahale olup olmadığı, haberleşmenin içeriğinden bağımsızdır. 8. madde kapsamında koruma altında olan haberleşmenin konusundan ziyade, haberleşmenin yöntemidir.¹⁹⁴ Bu sebeple Devletler tarafından ileri sürülen, haberleşmenin içeriğinin suç teşkil etmesinin, haberleşmeyi 8. maddenin

¹⁸⁹ *Güler and Uğur v. Turkey*, paras. 38-43 [Söz konusu başvuruda ihlal edildiği ileri sürülen haklardan biri de toplanma özgürlüğüdür. Bununla birlikte Mahkeme, başvuruçuların şikayetlerini dile getiriş şekli ve içeriğini dikkate alarak esas sorunun bir dini törene katılım nedeniyle mahkumiyet kararı verilmesi olduğu kanaatine varmıştır. (para.26)].

¹⁹⁰ *Abdulfecit Er Başvurusu*, No. 2014/3825, 7/11/2019, para. 32; *İsa Turan Başvurusu*, No. 2014/2962, 12/11/2019, para. 30.

¹⁹¹ *Mehmet Bozhan Başvurusu*, No. 2014/2797, 23/10/2019, para. 50-51.

¹⁹² **AY md. 22/1:** “Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.”

¹⁹³ **AİHS md. 8/1:** “Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve *yazışmasına* (vurgu eklenmiştir) saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.”

¹⁹⁴ Ivana Roagna, **Protecting the right to respect for private and family life under the European Convention on Human Rights**, Council of Europe human rights handbooks, Strasbourg, Council of Europe, 2012, s. 33, (Çevrimiçi) <https://rm.coe.int/16806f1554> (E.T.: 19.12.2020); Ursula Kilkelly, **The Right to Respect for Private and Family Life A Guide to the Implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights**, Human Rights Handbooks, No. 1, Strasbourg, Council of Europe, 2001, s. 19, (Çevrimiçi) <https://rm.coe.int/168007ff47> (E.T.:19.12.2020).

korumasından çıkaracağı savı reddedilmektedir.¹⁹⁵ Ayrıca haberleşme özgürlüğü, bireyin sadece özel yaşamına ilişkin konuları koruma altına almaz. Mesleki ya da iş konuşmaları gibi farklı haberleşme kategorileri de hakkın korumasından yararlanır. Örneğin AIHM, avukat ile müvekkil arasındaki haberleşmenin denetlenmesinin haberleşme özgürlüğüne müdahale teşkil ettiğini belirtmiştir.¹⁹⁶

Bireylerin özel veya toplu olarak gerçekleştirmiş oldukları yazılı, sözlü veya görsel her türlü iletişimlerinin gizliliğinin sağlanması gerekmektedir. Posta, elektronik posta, telefon, faks ve internet aracılığıyla gerçekleştirilen haberleşme faaliyetleri gizliliğin kapsamında değerlendirilmelidir.¹⁹⁷

Hakkında ByLock¹⁹⁸ programını “*telefonuna yükleyerek kullanmış olduğunun, mesaj ve maillerinin bulunduğu tespit edilmiş olması nedeniyle silahlı terör örgütüne üye olma suçunu işlediğine dair*”¹⁹⁹ mahkumiyet kararı verilen başvuru, AYM’ye yapmış olduğu bireysel başvuruda; telefonuna ByLock uygulamasını indirmesinin herhangi bir suç teşkil etmediğini, yasal olmayan ByLock belgesine

¹⁹⁵ A. v. France, App. No. 14838/89, Judgment of 23 November 1993, paras. 34-37.

¹⁹⁶ Campbell v. U. K., App. No. 13590/88, Judgment of 25 March 1992, paras. 47-48.

¹⁹⁷ Yasemin Çongar ve diğerleri Başvurusu, Genel Kurul, No. 2013/7054, 6/1/2015, para. 49-50.

¹⁹⁸ ByLock programına ilişkin bir açıklama için bkz. “MİT tarafından yapılan çalışmalar kapsamında FETÖ/PDY mensuplarının örgütsel haberleşmelerinin sağlanması amacıyla geliştirildiği anlaşılan, ana sunucusu yurtdışında bulunan ByLock adlı bir mobil uygulama ve bu uygulamanın iletişim kurduğu sunucular olduğu tespit edilmiş...” Ferhat Kara Başvurusu, para. 128.

ByLock programının örgüt üyeleri arasındaki kullanılması ve delil olarak değerlendirilmesi hakkında bkz. “ByLock iletişim sistemi, FETÖ/PDY silahlı terör örgütü mensuplarının kullanmaları amacıyla oluşturulan ve münhasıran bu suç örgütünün bir kısım mensupları tarafından kullanılan bir ağ olması nedeniyle; örgüt talimatı ile bu ağa dahil olunduğunun ve gizliliği sağlamak için haberleşme amacıyla kullanıldığının, her türlü şüpheden uzak, kesin kanaate ulaştırarak teknik verilerle tespiti halinde, kişinin örgütle bağlantısını gösteren bir delil olacağı, bu minvalde;

ByLock uygulaması programının indirilmesinin, mesajlaşmak/haberleşmek için yeterli olmadığı, öncelikle kayıt esnasında kullanıcının bir kullanıcı adıyla parola üretmesi, mesajlaşma için ise kayıt olan kullanıcılara sistem tarafından otomatik olarak atanan ve kullanıcıya özel olan ID (kimlik) numarasının bilinmesi ve karşı tarafça onaylanması gerektiği, karşılıklı ekleme olmaksızın iletişime geçilme imkanının bulunmadığı;

ByLock iletişim sisteminde bağlantı tarihi, bağlantıyı yapan IP adresi, hangi tarihler arasında kaç kez bağlantı yapıldığı, haberleşmelerin kimlerle gerçekleştirildiği ve içeriğinin ne olduğu tespit edilebildiğinden bağlantı tarihinin, bağlantıyı yapan IP adresinin tespit edilmesi ve hangi tarihler arasında kaç kez bağlanıldığının belirlenmesi, kişinin özel bir iletişim sisteminin bir parçası olduğunun tespiti için yeterli olduğu, haberleşmelerin kimlerle yapıldığı ve içeriğinin ne olduğunun saptanması ise kişinin örgüt içindeki konumunu tespit etmeye yarayacak bilgiler niteliğinde olduğu;” Yargıtay 16. Ceza Dairesi’nin 17/09/2018 tarihli, 2018/2608 E. ve 2018/2629 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr> (E.T.: 07.04.2021).

¹⁹⁹ Şaban Korkmaz Başvurusu, No. 2017/30944, 22/7/2020, para. 26-29.

dayanılarak hakkında mahkumiyet kararı verilmesinin haberleşmenin gizliliğini ve haberleşme özgürlüğünü ihlal ettiğini ileri sürmüştür.²⁰⁰ AYM, başvurucunun derece mahkemeleri önünde ByLock programını kullandığını kesinlikle reddettiğine, haberleşme özgürlüğüne ilişkin herhangi bir iddia ileri sürmediğine vurgu yaparak, bireysel başvuru formunda haberleşme özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin iddiasının soyut nitelikte olduğunu, “*ByLock Tespit ve Değerlendirme Tutanağı*”nın yasal olmayan yöntemlerle elde edildiğinin ve mahkumiyet kararına esas alınamayacağı yönündeki iddianın da hukuka aykırı delil şikayeti niteliğinde olması nedeniyle adil yargılanma hakkını ilgilendirdiğini belirtmiştir. Mahkeme ayrıca, bir şikayetin haberleşme özgürlüğü kapsamında incelenebilmesi için kişinin haberleşmesinin kamu makamlarınca engellenmesi, sansüre uğratılması veya kanunsuz ve meşru amaçlar güdülmeksizin keyfi olarak dinlenilmiş olması şeklindeki iddiaların somut bilgi ve bulgulara dayalı olarak açıklanması gerektiğini, somut olayda başvurucunun, haberleşme özgürlüğüne yönelik iddialarını soyut bir şekilde ileri sürdüğünü ve yeterince temellendirmemiş olduğunu, başvurunun haberleşme özgürlüğüne ilişkin kısmının bu nedenle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.²⁰¹

Kanaatimizce *Şaban Korkmaz Başvurusu*’nda 8. madde bağlamında inceleme yapılması gerekirdi. ByLock adlı programın bir haberleşme programı olduğu hususunda bir tereddüt bulunmadığı ortadır.²⁰² Her türlü haberleşme yöntemini

²⁰⁰ *Şaban Korkmaz Başvurusu*, para. 33.

²⁰¹ *Şaban Korkmaz Başvurusu*, para. 37-38.

²⁰² “FETÖ/PDY silahlı terör örgütü mensuplarınca kullanılan kriptolu haberleşme sistemi olan ByLock kullanımının cezai sorumluluğu gerektirip gerektirmediğinin tesbiti amacıyla, özel bir iletişim ağı olup olmadığı bu ağı suç organizasyonu tarafından oluşturulup oluşturulmadığı, bu iletişim ağının suç organizasyonuna dahil olan kişilerce kullanılıp kullanılmadığının belirlenmesi için, ... Emniyet Genel Müdürlüğü Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele Daire Başkanlığına gönderilen yazı ile ‘ByLock sisteminin mahiyeti örgütsel yahut kazanç amaçlı bir yazılım olup olmadığı, sistemin yazılım, kurulum ve kimler tarafından kullanıldığı, sisteme girmenin kural ve yöntemleri ile üçüncü şahısları tarafından sisteme girilme ve kullanım imkanının bulunup bulunmadığı hususları ile sanıkların bu sisteme girip, görüşme yapıp yapmadıkları, yapmışlar ise hangi tarihler arasında yaptıklarına dair düzenlenen evrakın gönderilmesi’ istenmiştir. Emniyet Genel Müdürlüğünün ... cevabi yazısı ile talep doğrultusunda yapılan çalışmalar neticesinde ve BTİK tarafından gönderilen yazı ve CD Dairemize gönderilmiştir. cc-) Emniyet Genel Müdürlüğü KOM Daire Başkanlığı byLock veri tabanı incelemesine ilişkin uzmanlık raporu: ... 1-) ByLock sisteminin mahiyeti; ByLock uygulamasının içerisinde bulunan veri ve mesajlar incelendiğinde tarafımızca bu tarihe kadar yapılan tespitlerde; **ByLock Kriptolu Haberleşme Uygulamasında, -Kriptolu anlık mesajlaşma, -E-posta ile mesajlaşma, -Kişi listesi (Arkadaş ekleme), -Grup mesajlaşmaları, -Kriptolu sesli görüşme, -Görüntü/Belge gönderebilme (Dosya paylaşımı) özelliği bulunduğu tespit edilmiştir** (vurgu eklenmiştir) ...” Yargıtay 16. Ceza Dairesi’nin

korumasına alan haberleşme özgürlüğü, haberleşme içeriğinin gizliliğini teminat altına almaktadır. Bununla birlikte AYM'nin, başvurucunun ByLock programını kullandığını reddetmesi ve derece mahkemelerinde haberleşme özgürlüğüne ilişkin herhangi bir iddiada bulunmamış olmasına değer atfetmesi de bireysel başvuru hakkını kısıtlayıcı niteliktedir. Zira başvurucunun, ByLock programını kullandığını kabul etmesini beklemek, suçlandığı eylemleri kabul etmesini istemekle eşdeğer anlama gelmektedir. AİHS'in 6. maddesinde özel olarak belirtilmemesine rağmen kişinin kendisi suçlamama hakkı (*nemo tenetur ilkesi*), söz konusu madde kapsamında genel olarak tanınan uluslararası bir standarda tekabül etmektedir. Bu kapsamda başvurucunun bir eylemi gerçekleştirdiğini reddetmesi nedeniyle mahkumiyet kararını müdahale olarak kabul etmemek, başvurucuyu 8. maddenin korumasından mahrum bırakacak bir kısır döngüye mahkum edecektir.²⁰³

Nitekim Şaban Korkmaz Başvurusu'ndan sonra incelemiş olduğu Bestami Eroğlu Başvurusu'nda başvurucuya yönelik suçlamalarda ByLock verilerinin kullanılmış olmasını haberleşmenin gizliliğine müdahale²⁰⁴ olarak kabul eden AYM, şu değerlendirmelerde bulunmuştur:

“... Başvurucunun ByLock kullanıcı bilgileri ve yazışmaları ile log kayıtlarına erişildiği, bu bilginin analiz edilerek soruşturma ile kovuşturma makamlarınca tespit edildiği anlaşılmaktadır... Belirli bir gerçek kişi olan başvurucuya ait olduğu derece mahkemelerince tespit edilen bu elektronik bilgiler kişisel veri olarak kabul edilmelidir. Olayda kamu makamlarınca bu elektronik verilerin tespiti suretiyle kişisel verilerin toplanması, yargısal makamlara nakledilmesi suretiyle aktarılması ve analiz edilerek mahkûmiyete esas alınması suretiyle

(ilk derece mahkemesi sıfatıyla) 14/07/2017 tarihli, 2015/3 E. ve 2017/3 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://legalbank.net/arama> (E.T.:18.11.2020).

Kişinin, kullandığını kabul ettiği ByLock programında sadece diğer sanığın ekli olmasının ve yazışmalarının örgütsel niteliği haiz olmamasının, ByLock'a örgüt talimatı ile ağa dahil olunduğu ve gizli haberleşme amacıyla kullanıldığı şeklinde kabul edilemeyeceğine ilişkin Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin 25/06/2020 tarihli, 2019/11650 E. ve 2020/3039 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://legalbank.net/arama> (E.T.:26.11.2020).

²⁰³ AİHM, başvuru sahiplerinin kendilerine isnat edilen temel hak ve özgürlükler kapsamında kalan eylemleri reddetmelerinin, söz konusu eylemlere dayanarak verilmiş mahkumiyet kararlarının müdahale teşkil etmediği sonucunu doğurmayacağını belirtmektedir: ifade özgürlüğüne ilişkin bkz. *Yılmaz and Kılıç v. Turkey*, 68514/01, Judgment of 17 July 2008, para. 41, *Müdür Duman v. Turkey*, App. No. 15450/03, Judgment of 6 October 2015, para. 30; toplanma özgürlüğüne ilişkin bkz. *Zülküf Murat Kahraman v. Turkey*, App. No. 65808/10, Judgment of 16 July 2019, para. 45.

²⁰⁴ AYM, başvurucunun, aleyhine yürütülen tüm yargılama boyunca ByLock kullanıcısı olduğu iddiasını reddetmişse de söz konusu yargılamanın temelini ByLock kullanıcısı olduğu iddiasının oluşturduğuna dikkat çekmiştir (*Bestami Eroğlu Başvurusu*, para. 114).

de kullanılması kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına müdahale teşkil etmektedir. Öte yandan söz konusu veriler haberleşme kapsamında kaldığına göre bunlara erişilerek aktarılması ve kullanılması aynı zamanda haberleşmenin gizliliğine de müdahale niteliği taşımaktadır. Buna göre başvuru hakkında uygulanan söz konusu tedbirler özel hayata saygı hakkı içinde yer alan kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına ve haberleşme hürriyetine yönelik bir müdahale oluşturmaktadır.”²⁰⁵

G. Mülkiyet Hakkı Kapsamındaki Eylemler

Anayasa’nın 35. maddesinde²⁰⁶ düzenlenen mülkiyet hakkına yer veren AİHS P1-1²⁰⁷ şöyledir:

“Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka hâlel getirmez.”

Madde metni incelendiğinde P1-1’in muhtevasında üç tip kural barındırdığı görülmektedir: Birinci kural, genel nitelikteki mülkiyetten barışçıl yararlanma ilkesini ifade eder (birinci paragrafın birinci cümlesi). İkinci kural, mülkiyetten yoksun bırakmayı ve bunun koşullarını kapsar (birinci paragrafın ikinci cümlesi). Üçüncü kural ise devletlerin genel yarar uyarınca, amaç için gerekli gördükleri kanunları uygulayarak mülkiyetin kullanılmasını kontrol etme hakları olduğunu tanıır (ikinci paragraf).²⁰⁸ Bununla birlikte AİHM, bu üç ilkenin birbirinden farklı olmakla birlikte bağlantısız olmadıklarını, ikinci ve üçüncü kuralın birinci kuralda belirtilen genel ilke ışığında yorumlanması gerektiğini vurgulamıştır.²⁰⁹

²⁰⁵ Bestami Eroğlu Başvurusu, para. 114.

²⁰⁶ **AY md. 35:** “(1) Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. (2) Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. (3) Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.”

²⁰⁷ **AİHS’in mülkiyet hakkına yer veren 1 No’lu Protokolünün 1. maddesi.**

²⁰⁸ *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, App. No. 7151/75 and 7152/75, Judgment of 23 September 1982, para. 61.

²⁰⁹ *Lithgow and others v. U. K.*, App. No. 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81, 9405/81, Judgment of 8 July 1986, para. 106.

Mülkiyet hakkı diğer haklardan farklı olarak insanın kendisinde mündemiç bir hak değildir. Hakkın kullanımı için öznenin yanı sıra bir eşya, meta yahut ekonomik değer oluşturan, insan hakları dışındaki bir hak söz konusu olmalıdır.²¹⁰ Söz konusu eşya, meta yahut haklar, fiziksel eşyaların sahipliğine indirgenemeyecek ölçüde, ulusal hukukta mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmeseler bile P1-1 bakımından özerk bir anlama sahip olan “mülk” olarak kabul edilebilirler.²¹¹

Mülkiyet hakkı kapsamında P1-1’e dayanılarak mülkiyet edinme talebinde bulunulamaz. P1-1 zaman bakımından ileriye etkili olup uygulanabilirliği, başvuruçunun ulusal hukuka göre bir malvarlığı değerine sahip olup olmamasına bağlıdır.²¹²

Mülkiyet hakkı, kişiye başkalarının haklarına zarar vermediği ve kanunlara aykırı olmadığı sürece malvarlığından dilediğince yararlanma ve tasarruf etme hakkını verir.²¹³ Bu kapsamda hak, ancak sahip olunan malvarlığı değerlerine ilişkin olabilir. Kişinin sahip olmadığı bir malvarlığı değerini kazanma ihtimali, bu konuda menfaati ne kadar güçlü olursa olsun mülkiyet hakkının korumasından yararlanamaz.²¹⁴ Dolayısıyla gelecekte elde edileceği iddia edilen bir kazanç mülkiyet hakkı bağlamında mülk olarak değerlendirilemez. Bu hususun tek istisnası bir ekonomik değer ve icrası mümkün bir alacağın elde edileceğine yönelik “meşru beklenti”dir. Meşru beklenti, icra edilebilir bir iddianın doğurduğu, ulusal mevzuatta bir kanun hükmüne yahut başarılı olma şansı yüksek istikrarlı bir yargı içtihadına dayanan beklentidir. Temelsiz bir hak kazanma beklentisi veya sadece ulusal mevzuatta mülkiyet hakkı kapsamında savunulabilir bir iddia, meşru beklentinin kabulü için yeterli değildir.²¹⁵

“...örgüt liderinin talimatı üzerine örgütün amacına hizmet eden ve bankanın yararına yapılan ödeme ve sair işlemlerin, örgüte üye olmak suçu bakımından örgütsel

²¹⁰ H. Burak Gemalmaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, 2. bs., İstanbul, Beta, 2017, s. 25 (Bu kitap bundan böyle “**AİHS Mülkiyet Hakkı**” olarak gösterilecektir).

²¹¹ *Beyeler v. Italy*, App. No. 33202/96, Judgment of 5 January 2000, para. 100.

²¹² Gemalmaz, *AİHS Mülkiyet Hakkı*, s. 136-137.

²¹³ *Nazmiye Akman Başvurusu*, No. 2013/1012, 16/4/2013, para. 17.

²¹⁴ *Murat İslamoğlu Başvurusu*, No. 2013/614, 25/6/2014, para. 32.

²¹⁵ *Kemal Yeler ve Ali Arslan Çelebi Başvurusu*, No. 2012/636, 15/4/2014, para 36-37.

faaliyet, tek başına ise örgüte yardım etmek olarak kabul” edilebildiği görülmektedir.²¹⁶ AYM’ye yapılan başvurularda “örgüt ile iltisaklı bankadaki hesabına para yatırma” şeklinde özetlenebilecek bu eylem, terör örgütüne üye olmak ve yardım etme suçları kapsamında tutuklama kararlarına konu olmaları nedeniyle kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı kapsamında değerlendirilmektedir.²¹⁷ Bu çalışma hazırlanırken henüz bu eyleme ilişkin başvuruların AİHM ve AYM tarafından mülkiyet hakkı kapsamında incelendiği bir karar tespit edilememiştir. Çalışma kapsamında kişilerin gerçekleştirmiş oldukları bu eylemlerinin tutuklama ve mahkumiyet kararlarında delil olarak değerlendirilmesinin mülkiyet hakkı boyutu incelenecektir.

Bankaya yatırılan paranın örgüte yardım olarak kabul edilmesi ile örgüt üyeliğini açıklayan örgütsel faaliyet olarak değerlendirilmesi mülkiyet hakkı bağlamında farklı bir değerlendirmeyi gerektirmemektedir. İki suç tipinde de kişinin malvarlığı değeri üzerinde tasarrufta bulunması (bankaya para yatırma) mahkumiyet kararlarında delil olarak değerlendirilmektedir. Söz konusu suç tiplerinde esasen, kişinin bankaya yatırdığı para dosyaya delil olarak girmemektedir. Bankadan olan alacak hakkı, bankaya yatırılan paranın hukuk alemindeki tezahürü olarak, kişinin örgütün hiyerarşik yapısına girdiğini veya örgüte yapılan yardımı gösteren bir delil

²¹⁶ “BDDK’nın 29.05.2015 tarihli kararı ile temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimi Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna devredilen ve 22 Temmuz 2016 tarihli kararı ile de 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 107. maddesinin son fıkrası gereğince faaliyet izni kaldırılınca kadar yasal bankacılık faaliyetlerine devam eden, FETÖ/PDY silahlı terör örgütü ile iltisaklı Asya Katılım Bankası AŞ’de gerçekleştirilen mutad hesap hareketlerinin örgütsel faaliyet ya da örgüte yardım etmek kapsamında değerlendirilemeyeceği gözetilerek, örgüt liderinin talimatı üzerine örgütün amacına hizmet eden ve bankanın yararına yapılan ödeme ve sair işlemlerin, örgüte üye olmak suçu bakımından örgütsel faaliyet, tek başına ise örgüte yardım etmek olarak kabul edilebileceği nazara alındığında; Bank Asya’daki hesabında mevcut paranın yatırılan maaşı olduğunu bildiren sanığın savunmasının denetlenmesi bakımından temin edilen banka hesap kayıtlarının konusunda uzman bilirkişiye tevdi ile mutad hesap hareketleri dışında örgüt liderinin talimatları doğrultusunda, talimat tarihleri ve sonrasında para yatırma ya da sair bankacılık hizmetlerinin yapıp yapılmadığının tespit edilerek delillerin bir bütün halinde değerlendirilmesi suretiyle sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerektiğinin düşünülmemesi,” Yargıtay 16. Ceza Dairesi’nin 14/10/2020 tarihli, 2019/11903 E. ve 2020/4962 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr> (E.T.: 07.04.2021); “Soruşturma mercilerince başvurusunun Bank Asya’daki hesabında 2014 yılı Eylül ayı öncesinde herhangi bir meblağın bulunmamasına rağmen bu aydan itibaren para artışının olduğu tespit edilmiştir. **Başvurucunun böylece örgütün mali kaynağını oluşturan ve bu yolla gelir elde ettiği anlaşılan Bankaya örgüt liderinin ve yöneticilerinin çağrıları üzerine para yatırmasının** (vurgu eklenmiştir) somut olayın koşullarına göre suçun işlendiğine dair kuvvetli belirti olarak kabul edilmesinin de temelsiz ve keyfi olduğu söylenemez. Nitekim Yargıtay, FETÖ/PDY terör örgütü liderinin talimatı doğrultusunda anılan örgüt ile irtibatlı olan Bank Asya’ya eşi adına para yatıran sanığın faaliyetlerinin örgüte yardım suçunu oluşturacağını belirtmiştir.” *Metin Evecen Başvurusu*, para. 59.

²¹⁷ Örneğin bkz. *İhsan Yalçın Başvurusu*, No. 2017/8171, 9/1/2020; *Metin Evecen Başvurusu*.

olarak değerlendirilmektedir.²¹⁸ Dolayısıyla kişinin, bankadan olan alacak hakkının mahkumiyet kararında delil olarak değerlendirilmesinin mülkiyet hakkına müdahale teşkil edip etmediğinin cevaplandırılması gerekmektedir.

²¹⁸ “Dosya kapsamında sanığın Bank Asya isimli bu örgütün mali kalesi olarak bilinen bankada şahsi hesabının olduğu ve bilirkişi incelemesinden ve MASAK raporundan anlaşılabileceği üzere, 2013 yılı aralık ayında hesapta hiç para bulunmaz iken, 2014 yılının ocak ayında 1.935 TL para bulunduğu, ve ayrıca 2014 yılının eylül ayında 10.172 TL 'yi bulacak miktarlarda para bulundurulduğu, bir önceki aya oranla 9.999 TL para artışının olduğu, Bank Asya isimli bankada 19/09/2014 tarihinde 10.000 TL'lik katılım hesabı açıldığı ve aynı gün Halkbank'tan 25.000 TL tutarında bireysel ihtiyaç kredisi çekildiği, sanığın bunun dışında bylock kullanıcısı olmadığı, FETÖ/PDY silahlı terör örgütüne müzahir sendika dernek vakıf vb sivil toplum kuruluşu üyeliğinin bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Sanığın bu örgütün mali kalesi olarak bilinen Bank Asya isimli bankada şahsi hesabının olduğu resmi kayıtlar ve sanığın ikrarı ile sabittir. Mahkememizce bilirkişiye yaptırılan inceleme neticesinde ve MASAK raporundan açıkça anlaşılabileceği üzere sanığın bu bankadaki şahsi hesabında 2013 yılı aralık ayında hesapta hiç para bulunmaz iken, 2014 yılının ocak ayında 1.935 TL para bulunduğu, ve ayrıca 2014 yılının eylül ayında 10.172 TL 'yi bulacak miktarlarda para bulundurulduğu, bir önceki aya oranla 9.999 TL para artışının olduğu, Bank Asya isimli bankada 19/09/2014 tarihinde 10.000 TL'lik katılım hesabı açıldığı ve aynı gün Halkbank'tan 25.000 TL tutarında bireysel ihtiyaç kredisi çekildiği, tespit edilmiştir.

Kamooyuna yansıyan soruşturmalara ve bilgiler ile dosyada bulunan ve örgüt liderinin talimatını içeren telefon görüşmesi içeriği ve tarihi nazara alındığında örgüt lideri Fetullah Gülen'in ilki 2014 yılı Ocak ayına denk gelecek ikincisi de 2014 yılı Ağustos- Eylül aylarına denk gelecek şekilde bu **bankaya devletin müdahale etmesini engellemek, bu konuda uluslararası kamooyu oluşturmak ve mudi sayısı ile bankanın mali durumunu iyi gösterebilmek amacıyla örgüte yönelik hesap açılması ve/veya para yatırılması** böylelikle de bankanın aktifli ile müşteri sayısının çoğaltılması talimatı verdiği anlaşılmaktadır.

Her iki talimat tarihinden sonrasına denk gelecek şekilde para artışının olmasının tesadüf olamayacağı, sanığın Bank Asya'da 10.000 TL'lik katılım hesabı açtığı aynı gün Halkbank'tan 25.000 TL tutarında bireysel ihtiyaç kredisi çekmesinin de tesadüf olamayacağı, Bankasya'ya yatırılmak amacıyla Halkbank'tan para çekildiği mahkememizce değerlendirilmiştir. **Sanık** bu yapının paralel devlet yapılanması, milli güvenliğe tehdit olarak nitelendirilmesi sonrasında bu **örgütün mali kalesi olan Bank Asya isimli banka ile iş yapmaya, hesabını aktif olarak kullanmaya ve özellikle örgüt liderinin talimatlarının her ikisinden sonrasına denk gelecek şekilde hesabın aktifini yükseltmek suretiyle adı geçen örgütün varlığını devam ettirmesi ve nihai amacını gerçekleştirmesi noktasında bilerek ve isteyerek yardımda bulunduğu mahkememizce kabul edilmiştir.**

6415 sayılı yasa kapsamında düzenlenen silahlı terör örgütten yardım etmenin özel bir düzenlemesi olan örgüte fon toplamak veya sağlamak burada akla gelebilir ise de, bu suçun oluşabilmesi açısından kişinin örgüte para veya para ile temsil edilebilecek fon toplaması veya sağlamasının gerektiği gibi bu fonun geri alınmaksızın hibe bağış niteliğinde olması gerektiği, oysa ki somut dosyada ise sanığın kendi ve şirketi hesaplarına yatırdığı parının kendi parası olması ve örgüte hibe niteliğinde olmaması nedeniyle fon sağlama olarak değerlendirilemeyeceği, bu kapsamda sanığın örgütün hiyerarşisine girmemekle beraber bilerek ve isteyerek silahlı terör örgütü olan FETÖ/PDY örgütüne yardım ettiği ve üzerine atılı suçu işlediği sübut bulmuştur (vurgu eklenmiştir).

Bu kapsamda hakkında FETÖ/PDY silahlı terör örgütünün hiyerarşisine girdiğine dair yeterli delil olmayan sanığın eylemi mahkememizce 5237 sayılı TCK'nın 220/7 ve 314/3 maddesi kapsamında silahlı terör örgütüne bilerek ve isteyerek yardım etme suçu kapsamında kaldığı mahkememizce kabul edilmiştir.” Muş 2. Ağır Ceza Mahkemesi’nin 04/02/2019 tarihli, 2018/456 E. ve 2019/46 K. sayılı kararı (Karara ilişkin istinaf başvurusu Erzurum BAM 2. Ceza Dairesi’nin kararı ile esastan reddedilmiş ve BAM kararı da Yargıtay 16. Ceza Dairesi’nin 04/06/2020 tarihli, 2019/6635 E. ve 2020/2326 K. sayılı kararı ile onanmıştır.) (UYAP)

Alacak hakkı, mülkiyet hakkı kapsamında korunan değerlerden biridir. Zaman duvarını aşan her türlü alacak hakkı mülkiyet hakkının kapsamına girmektedir. Alacak hakkının zaman duvarını aşabilmesi içinse hakkın güncel ve icra edilebilir olması gerekmektedir. Zira alacak hakkını, mülkiyet hakkının kapsamına sokan ölçüt borcun kaynağı değil; hakkın icra edilebilirliğidir.²¹⁹

Mudinin banka hesabına yatırmış olduğu para, bankanın mülkiyetine geçmektedir ve bankadan alacak hakkı doğmaktadır.²²⁰ Nitekim 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 61. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesi de “4721 sayılı Türk Medenî Kanununun rehinlere ve hapis hakkına, 818 sayılı Borçlar Kanununun alacağın devir ve temlikine, takasa dair hükümleri ile diğer kanunların verdiği yetkiler ve koyduğu yükümlülükler saklı kalmak şartıyla **mevduat ve katılım fonu sahiplerine ödenmesi gereken tutarları geri alma hakları hiçbir suretle sınırlandırılmaz** (vurgu eklenmiştir).” hükmünü haizdir. Ayrıca 2004 sayılı İcra ve İflas 106. maddesinin 2. fıkrasına göre de “*Borçlunun üçüncü şahıslardaki alacağı taşınır hükmündedir*”. Bu nedenle kanaatimizce mudinin bankadan olan alacak hakkının mülkiyet hakkı bağlamında korunmaya değer bir meşru beklenti olarak kabul edilmesi mümkündür. Mülkiyet hakkının, kişilere malvarlığı değerleri üzerinde diledikleri gibi tasarruf etme

²¹⁹ Gemalmaz, **AİHS Mülkiyet Hakkı**, s. 390, 392.

²²⁰ Mevduat sözleşmelerinde bankanın asli edimi bir miktar paranın saklanmasıdır. Sözleşmenin konusu para olması nedeniyle bankanın saklama edimi misli şeylerin saklanması göre belirlenir. Genel saklama sözleşmelerindeki eşyanın güvenli bir yerde saklanması ve kullanılmaması edimi, misli şeylerin saklanmasında söz konusu değildir. Bu kapsamda misli şeylerin saklanması sözleşmesinde eşyanın mülkiyeti saklayana geçer ve saklayan eşya üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunur. Bununla birlikte saklayan, sözleşmeye konu eşyayı istenildiği an iade etmeye hazır olmalıdır. Bu kapsamda mevduat sahibi, mevduat teslim edildikten sonra her zaman sözleşmeyi sona erdirmeye, yani parasını geri alma hakkına sahiptir (Aliye Akgün, **Mevduat Sözleşmeleri**, Ankara, Seçkin, 2020, s. 138, 147). Yargıtay da mevduat sözleşmesinin kendine özgür bir sözleşme olduğunu şöyle açıklamaktadır: “... bankalar kendilerine yatırılan paraları mudilere istendiğinde veya belli bir vadede aynı veya misli olarak iade etmekle yükümlüdür. (4491 sayılı Yasa ile değişik 4389 sayılı Bankalar Kanunu’nun 10/4 ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 61. maddesi). Bu tanımlamaya göre, mevduat ödünç ile usulsüz tevdi sözleşmelerinin niteliklerini taşıyan kendine özgü bir sözleşmedir. BK’nın 306 ve 307. maddeleri uyarınca ödünç alan, akdin sonunda ödünç verilen parayı eğer kararlaştırılmışsa faizi ile iadeye mecburdur. Aynı Yasa’nın 472/1. maddesi uyarınca usulsüz tevdi paranın nef’i ve hasarı mutlak şekilde saklayana geçtiği için ayrıca açıklamaya gerek kalmadan saklayan bu parayı kendi yararına kullanabilir. Bu açıdan değerlendirildiğinde, **usulsüz işlemle çekilen paralar aslında doğrudan doğruya bankanın zararı niteliğinde olup, mevduat sahibinin bankaya karşı alacağı aynen devam etmektedir** (vurgu eklenmiştir). Usulsüz işlemlerin gerçekleşmesinde ispatlandığı takdirde mevduat sahibinin müterafik kusurundan söz edilebilir ve banka bu kusur oranı üzerinden hesap sahibinin alacağından mahsup talebinde bulunabilir.” Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 13/12/2016 tarihli, 2016/9916 E. ve 2016/9538 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr> (E.T.: 07.04.2021).

yetkisini verdiği yukarıda belirtilmişti. Dolayısıyla kişilerin bankadan olan alacak haklarının mahkumiyet kararlarında delil olarak değerlendirilmesi mülkiyet hakkına müdahale olarak kabul edilmelidir.²²¹

Müdahalenin varlığının tespitinden sonra müdahalenin P1-1 kapsamında hangi tip müdahale olduğunun saptaması yapılmalıdır. Terör örgütüne yardım etme suçu bağlamında, yardımın konusunu oluşturan maddi değerın müsaderesine karar verilmesi gerektiği belirtilmektedir.²²² Dolayısıyla kişilerin banka hesaplarına para yatırmak şeklindeki eylemlerinin mahkumiyet kararlarında delil olarak değerlendirilmesinin mülkiyetin kullanımının kontrolü (3. kural) çerçevesinde değerlendirilebileceği düşünülebilir. Fakat uygulamada, terör örgütüne ait banka hesabına para yatırılması eylemine konu olan, maddi değer teşkil eden paraların mahkumiyet kararına bağlı olarak Türk Ceza Kanunu'na göre müsaderesine²²³ karar verildiğine ilişkin bir yargı kararına rastlanılamamıştır. AYM, ulusal makamların doğrudan mülkün kullanımına yönelik olmayan fakat sonuç itibarıyla mülkiyet hakkını etkileyen müdahalelerin, mülkiyetten barışçıl yararlanma (1. kural) hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir.²²⁴ Nitekim AİHM de son dönem kararlarında hukukten karmaşık bir müdahale teşhis ettiği durumlarda incelemeyi 1.

²²¹ AİHM, bir kararında tasarruf bankasına fiilen yatırılan paranın P1-1 kapsamında “malvarlığı” teşkil ettiğine karar vermiştir (*Boyajyan v. Armenia*, App. No. 38003/04, Judgment of 22 March 2011, para. 54). Ayrıca başvurunun döviz mevduat hesabının P1-1 kapsamında “malvarlığı” olarak kabul edildiği bir karar için bkz. *Ališić and others v. Bosnia and Herzegovina, Croatia, Serbia, Slovenia and the Former Yugoslav Republic of Macedonia*, App. No. 60642/08, Grand Chamber Judgment of 16 July 2014, para. 80.

Mahkeme'ye yapılan bir başka başvuruda; ulusal makamlarca, başvurunun 20 yılı aşkın süredir mevduat hesabında herhangi bir işlem gerçekleştirmemesi nedeniyle söz konusu hesapla ilgili haklarının zamanaşımına uğradığı kabul edilmiştir. Mahkeme, başvurunun mevduat hesabıyla ilgili haklarının zamanaşımına uğramasının mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiğine karar vermiştir (*Zolotas v. Greece (No. 2)*, App. No. 66610/09, Judgment of 23 January 2013).

²²² “... yapılan yardımın TCK m. 220/7 (...) kapsamında suç sayılması halinde, yargılama aşamasında CMK m. 123, 127 ve 128’de öngörülen elkoyma tedbiri ile yargılama sonunda suç sabit olduğunda da, “Eşya müsaderesi” başlıklı TCK m.54/1 ile “Kazanç müsaderesi” başlıklı TCK m. 55/1’de düzenlenen müsadere hükümleri tatbik edilecektir.” (Şen, Eryıldız, **a.g.e.**, s. 293)

²²³ AİHM ve AYM, müsadere tedbirini kontrol tipi bir müdahale niteliğinde görmektedir [H. Burak Gemalmaz, “**Mülkiyet Hakkı**” **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 6**, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2018, s. 105-106 (Bu kitap bundan böyle “**Bireysel Başvuru Mülkiyet Hakkı**” olarak gösterilecektir.)]

²²⁴ *Recep Tarhan ve Afife Tarhan Başvurusu*, No. 2014/1546, 2/2/2017, para. 58.

kural çerçevesinde devam ettirmeye başlamıştır.²²⁵ Kanaatimizce de kişilerin banka hesaplarına para yatırmak şeklindeki eylemlerinin mahkumiyet kararlarında delil olarak değerlendirilmesi mülkiyetten barışçıl yararlanma (1. kural) hakkı çerçevesinde incelenmelidir.



²²⁵ Gemalmaz, **Bireysel Başvuru Mülkiyet Hakkı**, s. 116. *Ališić and others v. Bosnia and Herzegovina, Croatia, Serbia, Slovenia and the Former Yugoslav Republic of Macedonia* başvurusunda; başvuruçular Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti (YSFC)’nin dağılmasından önce farklı bankalarda döviz mevduat hesapları açmışlardır. Hesapların bulunduğu şubeler, YSFC’nin dağılmasından sonra farklı halef devletlerin bünyesinde kalmıştır. Başvuruçular, halef devletlerin halefiyet meselesini çözüme bağlamamaları nedeniyle eski döviz mevduat hesaplarından tasarruflarını çekememelerinin mülkiyet haklarını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. AİHM, farklı tedbirler neticesinde başvuruçuların tasarruflarını 20 yıldan uzun bir süre kullanamadıklarını gözlemlemiştir. Bu kapsamda; ilk olarak başvuruçuların banka hesaplarının dondurulmasının 3. kural kapsamında mülkiyetin kullanımının kontrolü olarak kabul edilebileceği, fakat tasarruflardan 20 yılı aşkın bir süredir yararlanılamamasını da 2. kural kapsamında mülkiyetten yoksun bırakma olarak değerlendirilebilmenin imkan dahilinde olduğu değerlendirilmiştir. Bununla birlikte Devletlerin mevzuatlarının başvuruçuların taleplerini ortadan kaldırmadığı veya hukuki anlamda geçersiz kılmadığı tespitleri gözetildiğinde de başvuruların tasarruflarından şeklen mahrum bırakılmadıkları gözlemlenmiştir. Bu kapsamda Mahkeme, davanın konusunun fiilen bir tasarruf hakkından yoksun bırakma olarak görülemeyeceğini, somut davadaki hukuki ve maddi meselenin karmaşıklığı da gözetildiğinde mülkiyet hakkına yönelik bu müdahalenin net bir kategoriye girer şekilde sınıflandırılmayacağını değerlendirmiştir. Dolayısıyla müdahale, somut davada 1. kural kapsamında genel prensipler ışığında incelenmiştir.

İKİNCİ BÖLÜM

KANUNİLİK VE MEŞRU AMAÇ

I. KANUNİLİK

Bireysel başvuru kapsamında temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalelerin incelemesinde sınırlama rejiminin birinci basamağını oluşturan kanunilik ölçütü büyük öneme sahiptir. Hak ya da özgürlüğe bir müdahale söz konusu olduğu durumlarda öncelikle tespit edilmesi gereken husus, müdahalenin kanuni bir dayanağının, yani hukuki bir temelinin olup olmadığıdır.¹

Kanun² kavramı, maddi yönden değerlendirilmeden önce şekli (organik) bir incelemeye tabi tutulabileceği gibi; maddi yönden değerlendirme, organik açıdan kanunun kimin tarafından üretildiği incelemesi yapılmaksızın doğrudan da yapılabilir. AYM, “kanunilik” incelemesi yaparken önce şekli anlamda kanunilik incelemesi yapmakta, daha sonra kanunu maddi yönden değerlendirmektedir. AİHM ise kanun kavramına AYM’den farklı olarak sadece maddi anlamda yaklaşmaktadır.³ Bir temel hakka gerçekleştirilen müdahalenin meşru olup olmadığı değerlendirilirken

¹ *Sevim Akat Eşki Başvurusu*, No. 2013/2187, 19/12/2013, para. 36.

² Sözleşmenin 8-11. maddelerinde ve P1-1’de kullanılan “*prescribed by law*”, “*in accordance with law*” ve “*provided for by law*” şeklinde görünüme sahip olan “*law*” sözcüğü için Türkçe literatürde “*kanun*” ve “*hukuk*” ifadeleri kullanılsa da yazarların çoğunun “*kanun*” ifadesini tercih etmesi [Tolga Şirin, **Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı**, 2. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 310 (Bu kitap bundan böyle “**Kanun Kavramı**” olarak gösterilecektir.)] ve Sözleşme’nin Resmi Gazete’de yayınlanan Türkçe çevirisinde de “*law*” sözcüğünün “*kanun*” şeklinde tercüme edilmesi nedeniyle [Resmi Gazete, S: 8662, 19/03/1954 (Çevrimiçi) <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/8662.pdf> (E.T.: 14.04.2021)] çalışma kapsamında “*kanun*” ifadesinin kullanması tercih edilmiştir.

³ AİHM, Sözleşmenin 8-11. maddelerinde kullanılan “kanunla öngörülmüş olmak” ifadesindeki “kanun” kavramını şeklen değil özü itibarıyla algıladığını belirtmiştir. Mahkeme, kanunlardan daha alt düzeydeki yazılı hukuk kaynakları ile hakimler tarafından oluşturulan hukuku da bu ifadeye dahil etmiştir. Hukuk deyiminden ise yetkili mahkemeler tarafından yorumlandığı şekliyle yürürlükte olan hükümlerin anlaşılması gerektiğini vurgulamıştır (*Leyla Şahin v. Turkey*, App. No. 44774/98, Judgment of 10 November 2005, para. 88). AYM ise kanunilik ölçütünün ilk olarak şekli bir kanunu gerekli kıldığını belirtmektedir. Şekli kanun deyiminden yasama yetkisini haiz olan Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kanun yapma usullerine uygun şekilde yapılan işlem anlaşılmalıdır. Bu anlayış temel hak ve özgürlükler bakımından önemli bir güvenceyi ortaya koymaktadır. Şekli kanun ölçütünün yanı sıra AYM, kanunun aynı zamanda niteliği itibarıyla maddi bir içeriği de ihtiva etmesi gerektiğine işaret etmektedir. Bu anlamıyla da kanunilik ölçütü, temel hak ve özgürlüklere gerçekleştirilen müdahaleye dayanak teşkil eden kanunun erişilebilirliğini, öngörülebilirliğini ve kesinliğini ifade eden belirliliğini garanti altına alır (*Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri Başvurusu*, Genel Kurul, No. 2014/920, 25/5/2017, para. 54-55).

müdahalenin ilk olarak kanuna dayanıp dayanmadığı, ardından da bu kanuna uygun olup olmadığı incelenir. AİHM bu incelemeyi yaparken kanunu ortaya çıkaran organa değil, kanunun niteliğine odaklanmaktadır. Söz konusu kanun AİHM'in aradığı maddi ölçütlere uygunsa inceleme meşru amaç ve ölçülülük/demokratik toplum düzeninde gereklilik testleriyle devam eder. Aksi durumda, yani kanunun aranan maddi ölçütlere sahip olmadığının tespit edilmesi halinde, diğer testlere geçilmeksizin “kanunilik” ögesi bakımından temel hak ve özgürlüğün ihlal edildiği sonucuna varılır. Yani bu durumda kanunun uygulanması veya yorumundan değil, doğrudan kanunun var olmasından kaynaklanan bir sorun olduğu düşünülebilir.⁴

AİHM, sözleşmede geçen "kanunla (yasayla) öngörülen (*in accordance with law*)"⁵ ifadesinin, yalnızca ihtilaf konusu müdahalenin iç hukukta bir temele sahip olması gerekliliği olarak anlaşılmaması gerektiğini belirterek aynı zamanda söz konusu kanunun kalitesine de önem atfeder. Mahkemeye göre müdahaleye konu kanun, ilgili kişiler tarafından erişilebilir ve etkileri açısından öngörülebilir olmalıdır.⁶ Bu özelliklerin yanı sıra kanun, hukukun üstünlüğü ilkesine de uygun olmalıdır.⁷

Çalışmanın konusuna ilişkin kararlar incelendiğinde kanunilik testinin erişilebilirlik unsuruna ilişkin uygulamada herhangi bir sorunla karşılaşmadığı görülmektedir. Buna karşın öngörülebilirlik unsuru, çalışma kapsamındaki AİHM kararlarına konu olmaktadır. Ayrıca, AİHM'e yapılan başvurularda terör örgütüne üye olmak suçu bakımından AİHS'in 7. maddesi kapsamında şikayetler ileri sürüldüğü gözlemlenmektedir. Bu nedenle aşağıda, kanunilik testi ve Sözleşme'nin 7. maddesi kaynaştırılarak ele alınmaktadır. Bunun dışında, caydırıcı etki başlığı altında değerlendirilen -kişileri, otosansür uygulamaya zorunlu kılacak ölçüde geniş ifadelerle

⁴ Şirin, **Kanun Kavramı**, s. 374-376.

⁵ Örneğin bkz. **AİHS md. 10/2**: “Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, **yasayla öngörülen** (vurgu eklenmiştir) ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.”

⁶ *De Tommaso v. Italy*, App. No. 43395/09, Judgment of 23 February 2017, para. 106.

⁷ *Association Ekin v. France*, App. No. 39288/98, Judgment of 17 July 2001, para. 44.

baskı altına alan mevzuat gibi- hususlar ise çalışmanın üçüncü bölümünde ele alınacaktır.⁸

A. Öngörülebilirlik

Öngörülebilirlik, kanunilik incelemesinin maddi boyutunun en önemli unsurudur. Bu unsurun dayanağı, AİHS’in başlangıç kısmında vurgulanan “hukukun üstünlüğü” ilkesidir.⁹ AİHM, yapılan başvurularda müdahaleye dayanak teşkil eden kanunun öngörülebilirlik özelliği taşımadığına yönelik bir iddia ileri sürülmedikçe bu konuda kapsamlı bir değerlendirme yapmamakta; demokratik toplum düzeninde gereklilik/ölçülülük gibi diğer testlere geçmektedir. Bu hususta Mahkeme’nin, kimi davalarda müdahalenin öngörülebilirliğine ilişkin bir sorun tespit edebilecek olmasına karşın bu tespitte bulunmamayı tercih ettiği gözlemlenmektedir.^{10,11}

AİHM, bireylerin davranışlarını düzenlemelerine olanak verecek kadar yeterli açıklıkta düzenlenmemiş bir normun “kanun” olarak kabul edilemeyeceğini, belirli bir eylemin doğurabileceği sonuçları -uygun bir hukuksal danışmanlık alınması gerekse bile- makul bir düzeye kadar öngörebilmeleri gerektiğini vurgulamaktadır. Bununla birlikte Mahkeme, bu sonuçların mutlak bir şekilde öngörülebilir olması arzu edilse de tecrübelerin bunun mümkün olmadığını gösterdiğini belirtmiştir. Çünkü bu durum aşırı bir katılığı beraberinde getirebilir ki hukuk değişen koşullara uyum sağlayabilmelidir. Bu nedenlerle birçok kanun, muhtevasında az veya çok muğlak ifadeler barındırabilir. Muğlak ifadelerin yorumu ise uygulamanın sorunudur.¹²

⁸ Bkz. “II. CAYDIRICI ETKİ” başlığı.

⁹ “...aynı inancı taşıyan ve siyasal gelenekler, idealler, özgürlüklere saygı ve **hukukun üstünlüğü** (vurgu eklenmiştir) konularında ortak bir mirası paylaşan Avrupa devletleri...”

¹⁰ Şirin, **Kanun Kavramı**, s. 408-409 (Geranne Lautenbach, **The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights**, Oxford, Oxford University Press, 2013, s. 96’den naklen).

¹¹ Örneğin AİHM, *Asan v. Turkey* kararında müdahalenin öngörülebilirliği konusunda şüpheleri olduğunu belirtmiş ve fakat müdahalenin gerekliliği açısından ulaştığı sonucu göz önüne aldığı bu sorunu irdelemesine gerek olmadığına karar vermiştir (*Asan v. Turkey*, App. No. 28582/02, Judgment of 27 November 2007, para. 38).

¹² *Sunday Times v. U. K.*, App. No. 6538/74, Judgment of 26 April 1979, para. 49; *De Tommaso v. Italy*, para. 107.

Dolayısıyla öngörülebilirlik ilkesi muğlak olmamayı gerektirmekle birlikte bu gereklilik mutlak bir netlik seviyesinde de değildir.¹³

AİHM kararlarında görülen öngörülebilirlik kavramı, AYM kararlarında bazen “belirlilik” bazen de “öngörülebilirlik” şeklinde kullanılmaktadır.¹⁴ AYM’nin öngörülebilirliğe ilişkin tanımı şöyledir:¹⁵

“Yasa kuralı, ilgili kişilerin mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini makul bir düzeyde öngörmelerini mümkün kılacak şekilde düzenlenmelidir. 'Öngörülebilirlik şartı' olarak nitelendirilen bu ilkeye göre yasanın uygulanmasında takdirin kapsamı ve uygulama yöntemi bireyleri keyfi ve öngöremeyecekleri müdahalelerden koruyacak düzeyde açıklıkla yazılmalıdır.”

Mahkeme, belirlilik kavramını ise şöyle tanımlamaktadır:

“... yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını belirler. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.”¹⁶

¹³ Şirin, **Kanun Kavramı**, s. 412.

¹⁴ AYM söz konusu kavramları birbirlerini tamamlayacak şekilde birlikte de kullanabilmektedir. Örneğin bkz. “Anayasal haklara yönelik müdahalenin bir kanuna dayanması yeterli olmayıp, bu kanunun **belirlilik ve öngörülebilirlik** (vurgu eklenmiştir) gibi belli niteliklere sahip olması gerekir. Başka bir ifadeyle kanun, ilgili kişinin davranışlarını belirlemesi amacıyla, kolayca ulaşabileceği, gerektiğinde profesyonel yardım almak suretiyle de olsa anlayabileceği, açık, net ve yeterince belirgin nitelikte olmalıdır.” *Youtube LLC Corporation Service Company ve diğerleri Başvurusu*, Genel Kurul, No. 2014/4705, 29/5/2014, para. 56.

¹⁵ Anayasa Mahkemesi’nin 17/4/2008 tarihli, 2005/5 E. ve 2008/93 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> (E.T.: 06.09.2020)

¹⁶ Anayasa Mahkemesi’nin 1/4/2015 tarihli, 2015/22 E. ve 2015/37 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> (E.T.: 06.09.2020)

Yapılan iki tanımlamanın da birbirleriyle kesişen noktaları olup AYM'nin, belirlilik kavramını AİHM'in öngörülebilirlik kullanımına paralel şekilde anlamlandırdığı görülmektedir.¹⁷

Bir kanun, ne kadar açık bir şekilde düzenlenirse düzenlensin her zaman açıklığa kavuşturulması gereken şüpheli noktaları olacak ve bu kanundan özel birtakım durumlara uyum sağlaması beklenecektir. Bu durum ise kanunun uygulanmasında yargısal yorumu gerekli kılmaktadır. AİHM'e göre bir kanun hükmünün farklı yorumlara açık olması tek başına öngörülebilirlik gerekliliğini karşılamadığı anlamına gelmemektedir. Yargısal organların rolü, günlük pratiklerdeki değişiklikleri dikkate alarak yoruma dayanan muğlaklıkları ortadan kaldırmaktır.¹⁸ Bu şekilde kanunlardaki muğlak ifadeler, içtihatlarla belirli hale getirilebilirler.¹⁹

Bir kanun, kamu makamlarının keyfi müdahalelerine ve herhangi bir tarafın zararına olacak şekilde kapsamlı olarak uygulanmasına karşı koruyu tedbirler içerdiği zaman öngörülebilir kabul edilir.²⁰ Temel haklara ilişkin konularda, kamu makamlarına sınırsız bir yetki anlamına gelecek şekilde hukuki takdir yetkisi tanınması, AİHS'te yer alan demokratik bir toplumun temel ilkelerinden biri olan hukukun üstünlüğü ilkesine aykırılık teşkil eder. Kanun, yetkili makamlara tanıdığı bu tür bir takdir yetkisinin kapsamını ve uygulanma şeklini yeterli açıklıkla göstermelidir, keyfi müdahalelere karşı yeterli koruma sağlamalıdır.²¹ Özellikle terörizmle mücadele

¹⁷ Şirin, **Kanun Kavramı**, s. 417. AYM'nin öngörülebilirlik ve belirlilik kavramlarına farklı fonksiyonlar atfettiği bir karar için bkz. "Hukuki güvenlik ve hukuki belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin ön koşullarındandır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar... Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir..." *Türkiye İş Bankası Başvurusu* (9), No. 2016/2400, 3/4/2019, para. 51.

¹⁸ *Gorzelik and Others v. Poland*, App. No. 44158/98, GC Judgment of 17 February 2004, para. 65. AYM'nin konuya ilişkin benzer yaklaşımı için bkz. *Halime Sare Aysal Başvurusu*, Genel Kurul, No. 2013/1789, 11/11/2015, para. 65; *Tamer Mahmutoglu Başvurusu*, Genel Kurul, No. 2017/38953, 23/7/2020, para. 108.

¹⁹ *Cantoni v. France*, App. No. 17862/91, Judgment of 11 November 1996, para. 29.

²⁰ *Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano v. Italy*, App. No. 38433/09, Judgment of 7 June 2012, para. 143.

²¹ *Magyar Kétfarkú Kutya Párt v. Hungary*, App. No. 201/17, Judgment of 20 January 2020, para. 94; *Sanoma Uitgevers B.V. v. The Netherlands*, App. No. 38224/03, Judgment of 14 September of 2010, para. 82.

kapsamında sık sık uygulamasına başvurulmuş kanun maddelerinin geniş ve belirsiz içeriklere sahip oluşları, temel hak ve özgürlükler kapsamında kalan faaliyetlerin terör kavramının içerisinde değerlendirilebilmelerine neden olabilmektedir. Bu durum ise temel hak ve özgürlükler üzerinde caydırıcı bir etki oluşturabilmektedir.²²

1. Belirlilik İlkesine Aykırı Suç ve Ceza Hükümleri

AİHS'in 7²³, Anayasa'nın 38²⁴ ve TCK'nın 2.²⁵ maddeleri hukuk devletinin en temel ilkelerinden biri olan suçta ve cezada kanunilik ilkesini²⁶ güvence altına almaktadır. Temel hak ve özgürlüklere müdahale eden yasalar, bireylerin davranışlarını düzenlemelerine olanak sağlanması adına erişilebilir olmalı ve yeterli kesinlik içerir şekilde tipikleştirilmelidir.²⁷ Bu şekilde bireyler, hangi davranışların suç olarak düzenlendiklerini bilerek bunların dışında kalan davranışları gerçekleştirme özgürlüğüne sahip olmaktadır. Bu kapsamda ceza kanunları, özgürlüklerin hem sınırını hem de güvencesini teşkil etmektedir.²⁸ Ceza kanunlarında açıkça suç olarak

²² Tuğçe Duygu Köksal, "Ulusal Güvenlik ve Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması", **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2020**, Cilt 2, Ankara, 2021, s. 283, (Çevrimiçi) <http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/2012yayin/2011sonrasikitap/2020-hukuk-kurultayi-2-cilt.pdf> (E.T.: 29.01.2021).

²³ **AİHS md. 7:** "(1) Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı biçimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez. (2) Bu madde, işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir eylem veya ihmalden suçlu bulunan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir."

²⁴ **AY md. 38:** "(1) Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez. (2) Suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkumiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır. (3) Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur..."

²⁵ **TCK md. 2:** "(1) Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz. (2) İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz. (3) Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz."

²⁶ "Kanunsuz suç olmaz ilkesi ile birlikte gelişen kanunsuz ceza olmaz ilkesi, modern ceza hukukunun temellerinden biridir. Kişilerin yaşamları, özgürlükleri ya da malları üzerindeki en etkili kısıtlamaya yol açacak olan cezaların, kanunlarla belirlenmesi gereğini ifade eden cezada kanunilik ilkesi, bireysel özgürlüklerin teminatı olduğu kadar toplumsal düzenin ve barışın sağlanmasında ve devamında da etkilidir. Bu ilke, suçlara uygulanacak yaptırım tür ve ölçülerinin, hangi sınırlar içinde uygulanacağını da yasayla belirlenmesini zorunlu kılmaktadır." Anayasa Mahkemesi'nin 19/1/2006 tarihli, 2005/99 E. ve 2006/8 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> (E.T.: 06.09.2020).

²⁷ Rainey, Wicks, Ovey, **a.g.e.**, s. 334.

²⁸ Koca, Üzülmez, **a.g.e.**, s. 59.

tanımlanmayan fiiller, bireyler bakımından serbest kabul edilmektedir. Bu ilkenin kişi hak ve özgürlükleri açısından en önemli fonksiyonlarından biri de devlet egemenliğinin ve zorlayıcı gücünün keyfi kullanımına engel olmasıdır.²⁹

Sözleşme sisteminde suçta ve cezada kanunilik ilkesi daha çok maddi boyutuyla ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamda yürürlükteki hukuk; açık, öngörülebilir ve ulaşılabilir olmalıdır.³⁰ Fiilin suç olup olmadığının ve hangi cezanın verileceğinin belli olmadığı hükümler kanunilik ilkesine ve güvence işlevine aykırılık teşkil etmektedir.³¹

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi bir takım usuli güvenceleri ihtiva etmektedir:³²

“-Ceza kuralları kıyas yoluyla yasanın öngörmediği alanlara yaygınlaştırılmaz.

-Ceza kuralları olabildiğince sözüne uygun yorumlanmalıdır.

-Bir eylemi suç durumuna getiren veya suça öngörülen cezayı etkileyici tüm kurallar ceza kuralıdır.

-Bir ceza kuralı, konuluş amacı ve anlamı belirsiz ise, yargıcın bunu sanığın lehine yorumlaması gerekir.”

2. Suç ve Cezada Geniş Yorum ve Kıyas Yasağı

TCK, temel hak ve özgürlükleri korumak amacıyla “Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz”³³ hükmünü getirmiştir.

²⁹ Oya Boyar, “Suçta ve Cezada Yasallık İlkesi”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Ed. Sibel İnceoğlu, 3. bs., İstanbul, Beta, 2013, s. 287-288 (Kenneth S. Gallant, **The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law**, Cambridge University Press, New York, 2009, s. 21’den naklen)

³⁰ Boyar, **a.g.e.**, s. 290.

³¹ Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. bs., Ankara, Seçkin, 2020, s. 70.

³² Anayasa Mahkemesi’nin 31/3/1992 tarihli, 1991/18 E. ve 1992/20 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> (E.T.: 06.09.2020).

³³ TCK’nın bu hükmü ihtiva eden 2. maddesinin gerekçesi şöyledir: “... suçta ve cezada kanunilik ilkesinin doğal bir sonucu olan evrensel ilke niteliğindeki ceza kanunlarının uygulanmasında kıyasa başvurulamayacağı, maddenin üçüncü fıkrasında açıkça düzenlenmiştir. Böylece ceza kanunlarının bireye güvence sağlama işlevinin bir gereği daha yerine getirilmiş olmaktadır. Yeni tarihli ceza kanunlarında da kıyas yasağına ilişkin olarak açık hükümlere yer verilmektedir. Örneğin yeni Fransız Ceza Kanununda bu husus “ceza kanunları dar yorumlanır” biçiminde ifade edilmiştir. Kıyas yasağıyla getirilen güvencenin tam anlamıyla uygulanabilmesini mümkün kılmak amacıyla, kıyasa yol açacak şekilde yapılacak geniş yoruma da başvurulamayacağı açıkça ifade edilmiştir. Ancak bu hükümle ceza hukukunda genişletici yorum tümüyle yasaklanmamakta, sadece bu yorum biçiminin kıyasa yol açacak

Kıyas, ceza kanunlarında açıkça suç olarak düzenlenmemiş bir fiile, belirli yönlerden benzerlik gösteren başka bir fiile ilişkin kanun hükmünün uygulanmasıdır.³⁴ Kanun metninin, kanun koyucunun kastettiği anlama uygun olmayacak şekilde yorumlanmasına ise genişletici yorum denir. TCK’da yasaklanan ise genişletici yorum yapılması değil, kıyasa varacak ölçüde genişletici yorum yapılmasıdır. 765 sayılı mülga TCK döneminde kıyasa yol açacak şekilde yapılan genişletici yorum uygulamalarına³⁵ tepki mahiyetinde olarak 5237 sayılı TCK’ya eklenen bu hüküm göz önünde bulundurulduğunda hukuki güvenliğin korunabilmesi için ceza hükümlerinin dar yorumlanması gerektiği söylenebilir.³⁶

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi kapsamındaki bu güvence, AİHS’in 7. maddesinde de kendisine özel olarak yer bulmuştur. Söz konusu madde ile sağlanan ve savaş veya başka bir olağanüstü hal durumunda dahi 15. madde kapsamında askıya alınamayan bu güvence; sadece ceza kanunlarının sanık aleyhine geçmişe etkili bir şekilde uygulanmasını önlenmemekte, ayrıca ceza kanunlarının sanık aleyhine kıyas yolu ile genişletici bir şekilde yorumlanmaması ilkesini de ihtiva etmektedir. Bireylerin, gerekirse mahkemelerinin yorumlarından yararlanarak ve uygun hukuki danışmanlığı da edindikten sonra³⁷ hangi eylemlerinin kendilerini cezai olarak sorumluluk altına alabileceğini bilmeleri halinde söz konusu madde kapsamındaki gereklilik karşılanmış olacaktır.³⁸ Bu kapsamda ulusal mahkemeler, bir suçun unsurlarını, öngörülebilir ve özülle uyumlu olacak şekilde açıklığa kavuşturmak için özel bir özen göstermelidir.³⁹ Ayrıca Mahkeme, AİHS’in 7. maddesinde geçen kanun (*law*) kavramının, sözleşmenin diğer hükümlerinde geçen yasa (*law*) kavramıyla aynı

şekilde uygulanmasının önüne geçilmek istenmektedir...” (Gerekçe için bkz. TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı, 2, Sıra Sayısı: 664 (Çevrimiçi) <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss664m.htm> (E.T.: 06.09.2020))

³⁴ Özbek, Doğan, Bacaksız, **a.g.e.**, s. 69.

³⁵ Örnek için bkz. İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 16. bs., Ankara, Seçkin, 2020, s. 139. (Bu kitap bundan böyle “**Genel Hükümler**” olarak gösterilecektir.)

³⁶ Koca, Üzülmüş, **a.g.e.**, s. 65-66; Özgenç’e göre genişletici yorumla kıyas yasağının sınırını belirlemek her zaman mümkün olmamaktadır. Bu tür bir belirsizliğin söz konusu olduğu durumlarda hukuk güvenliğini korumak uğruna cezalandırılabilirliğin alanı dar tutulmalıdır (Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 138).

³⁷ *Del Rio Prada v. Spain*, App. No. 42750/09, Grand Chamber Judgment of 21 October 2013, para. 79.

³⁸ *Parmak and Bakır v. Turkey*, App. No. 22429/07 and 25195/07, Judgment of 3 December 2019, para. 57-58.

³⁹ *Parmak and Bakır v. Turkey*, para. 77.

anlama tekabül ettiğini ve ulaşılabilirlik ve öngörülebilirlik kriterlerinin birlikte var olmasını şart koştuğunu belirtmiştir.⁴⁰

Çalışmanın birinci bölümünde AİHM'in, öldürülen üç terör örgütü üyesi için düzenlenen bir dini törene katılmaları nedeniyle Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. maddesinin 2. fıkrası⁴¹ uyarınca cezalandırılan başvurulculara ilişkin kararında, din özgürlüğüne yönelik müdahale gerçekleştirildiğini kabul ettiği belirtilmişti.⁴² Derece mahkemesi mahkumiyet kararında, dini törenin gerçekleştirildiği binanın siyasi parti binası olmasının, masalara örgütün bayraklarının serilmesinin ve örgüt üyelerinin fotoğraflarının konulmasının üzerinde durmuştur. AİHM, bir davranışın suç olarak kabul edilebilmesi için söz konusu suçun failinin dış dünyada gözlemlenebilir bir eylemde bulunması gerektiğini belirterek somut olayda ne derece mahkemelerinin gerekçelerinden ne de Hükümetin görüşlerinden, başvurulcuların ihtilaf konusu yerin seçimi hususunda rol oynadıkları ya da söz konusu törenin gerçekleştirildiği binada örgüte ait sembollerin bulunmasından sorumlu oldukları sonucuna varılamayacağını belirtmiştir. Başvurulcuların cezalandırılmalarına konu eylem; bir terör örgütüne üye olan kişiler için düzenlenen dini törene katılmalarından ibarettir. Mahkeme, derece mahkemelerinin başvurulcuları terör örgütünün propagandasını yapma suçundan mahkûm etmek için ilgili maddeyi yorumlama şekilleri dikkate alındığında, sadece dini bir törene katılmanın, TMK'nın 7. maddesinin 2. fıkrasının uygulama alanına girebileceğinin öngörülmesinin mümkün olmadığı ve dolayısıyla açıklık ve öngörülebilirlik gereklerini karşılamadığı gerekçeleriyle başvurulcuların din özgürlüğüne yapılan müdahalenin kanunla öngörülmediği sonucuna vararak 9. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁴³

⁴⁰ *Ould Dah v. France*, App. No. 13113/03, Admissibility Decision of 17 March 2009.

⁴¹ **TMK 7/2:** "Terör örgütünün; cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yapan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır. Ayrıca, basın ve yayın organlarının suçun işlenmesine iştirak etmemiş olan yayının sorumluları hakkında da bin günden beş bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur. (**Ek cümle:17/10/2019-7188/13 md.**) Haber verme sınırlarını aşmayan veya eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz..."

⁴² *Güler and Uğur v. Turkey*.

⁴³ *Güler and Uğur v. Turkey*, paras. 54-57.

AIHM, ulusal mevzuatın yorumlanması görevinin öncelikle ulusal makamlara, özellikle mahkemelere, ait olduğunu belirtmektedir. Bu bakımdan Mahkeme'nin denetim yetkisi, söz konusu yorumların Sözleşme'ye uygunluğunu incelemekten ibarettir. Bununla birlikte başvuru aleyhine verilen mahkumiyet kararları bakımından bu kararların hukuki dayanağını inceleme yetkisi daha geniş olacaktır. Özellikle başvuruya konu madde 7. madde olduğunda Mahkeme'nin daha sınırlı bir inceleme yetkisi olduğunu kabul etmek maddenin amacıyla çelişecektir. Özetle Mahkeme, mahkumiyet kararlarının yeterli belirlilikteki hukuki dayanaklarının olup olmadığını inceleyecektir.⁴⁴

AIHM'e yapılan yakın tarihli bir başka başvuruda⁴⁵, derece mahkemesi başvuru birbiriyle görüşmüş olmaları, bildiri dağıtmaları, içerikleri topluma yönelik manevi cebir derecesine vardığı kabul edilen yayınlar ve bir tüzük bulundurmaları şeklinde gerçekleşen eylemleri nedeniyle terör örgütüne üye olmak suçundan mahkumiyetlerine karar vermiştir. Derece mahkemesi gerekçeli kararında başvuru eylemlerinin, suçun işlendiği iddia edilen tarihten sonra değiştirilen Terörle Mücadele Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca terör örgütü üyeliği kapsamına girip girmediğini tartışmıştır. Söz konusu maddeye göre terör tanımı, cebir ve şiddeti zorunlu unsurlar olarak ihtiva etmektedir. Dolayısıyla bir örgütün terör örgütü olarak kabul edilebilmesi için örgütün amaç olarak cebir ve şiddeti benimsemiş olması gerekmektedir. Maddede yer verilen cebrin ise manevi cebir olarak da ortaya çıkabileceği yorumu yapılmıştır. Bu kapsamda manevi cebri amaç olarak benimseyen bir örgütün silahlı örgüt olması zorunlu görülmemiştir. Bu teorik değerlendirmelerden sonra derece mahkemesi, başvuru üyesi olduklarına karar verdiği örgüte ait olduğu iddia edilen tüzüğü göz önünde bulundurarak örgütün, terörizm çerçevesinde değerlendirilecek çalışmalar yaptığı fakat henüz silahlı faaliyetlere girişmediği kanaatine varmıştır.

Mahkeme somut davada; başvuru eylemlerinin manevi cebir olarak terör suçunun kurucu unsuru olan "şiddet ve cebir" gerekliliği kapsamına

⁴⁴ *Rohlena v. The Czech Republic*, App. No. 59552/08, Grand Chamber Judgment of 27 January 2015, para. 51-53.

⁴⁵ *Parmak and Bakır v. Turkey*.

girdiği şeklindeki yargısal yorumu öngörüp öngöremeyeceklerinin değerlendirilmesi gerektiğine işaret etmiştir. Hükümet, eylemlerin gerçekleştiği tarihte meri olan Terörle Mücadele Kanunu'nun ilgili maddelerinin terörü geniş şekilde yorumladığını, bu açıdan başvuruçuların, eylemlerinin manevi cebir olarak değerlendirilebileceğini öngörebileceklerini savunmuşsa da Mahkeme bu savunmaya, derece mahkemesinin, başvuruçuları eylem tarihindeki kanun maddesi uyarınca değil eylem tarihinden sonra değişikliğe uğrayan kanun maddesi uyarınca mahkum ettiği gerekçesiyle itibar etmemiştir. Bu nedenle Mahkeme, başvuruçular aleyhine verilen mahkumiyet kararlarının hukuka uygunluğunu suçun işlendiği sırada yürürlükte olan maddeye göre değil, sonradan değişikliğe uğrayan maddeye göre incelemeye karar vermiştir.

Derece mahkemesi, başvuruçuların; birbirleriyle görüşmüş olmaları, bildiri dağıtmaları, içerikleri topluma yönelik manevi cebir derecesine vardığı kabul edilen yayınlar ve bir tüzük bulundurmaları şeklinde gerçekleşen eylemlerinin terör örgütü üyesi olduklarını ispatlayan deliller olarak değerlendirmişse de söz konusu örgütün herhangi bir şiddet eylemine katıldığına, cebir veya şiddet kullanarak amaçlarına ulaşmaya çalıştıklarına ilişkin bir delil bulunmadığı noktasında taraflar arasında ihtilaf olduğu gözlenmemiştir. Ayrıca dava konusu örgütün bir terör örgütü olduğunun belirlenmesi için ilk kez yerel mahkemelere başvurulmuş olup aynı örgüte ilişkin bir emsal karar mevcut değildir. Başvuruçuların daha önce bir mahkeme kararıyla terör örgütü olduğu tespit edilmemiş olan bir örgüte üye olmaları nedeniyle cezalandırıldıkları göz önünde bulundurulduğunda Mahkeme, manevi cebrin terör örgütünün mahiyetiyle bağdaşıp bağdaşmadığını değerlendirmesi gerektiğine karar vermiştir. Mahkeme, bir kişinin terör örgütü üyeliği suçundan mahkum edilebilmesinin söz konusu örgütün, önceden terör örgütü ilan edilen bir yargı kararına bağlı olmadığını gözlemlemiştir. Ancak Hükümet tarafından sunulan Yargıtay içtihadı uyarınca yerel mahkemelerin, bir örgütün terör örgütü olup olmadığını ilk defa değerlendirme göreviyle karşılaştıkları durumda kapsamlı bir araştırma yapmaları gerektiğini, örgütün amacını, eylem planını, eylem planını takip ederken şiddete başvurup başvurmadığını irdelemeleri gerektiğini gözlemlemiştir. Mahkeme, somut davada derece mahkemesinin, başvuruçuların üyesi olduklarına karar verdiği örgütün Yargıtay tarafından belirlenen unsurları haiz olup olmadığını değerlendirmediyini

belirtmiştir. Derece mahkemesi, söz konusu örgütün herhangi bir silahlı faaliyette bulunmadığını tespit etmişse de örgütün bir eylem planı veya şiddet içeren bir eylem hazırlığında olduğuna ilişkin bir değerlendirmede bulunmamıştır. Bu nedenle derece mahkemesi başvuruçuları bazı belgelerde ifade edilen siyasi fikirler ve sözlerinden dolayı mahkum etmişse de başvuruçular, şiddete veya düşmanlığa tahrik gibi herhangi bir sözel suçtan değil münhasıran terör örgütüne üye olmak suçundan cezalandırılmışlardır. Bununla birlikte Terörle Mücadele Kanunu’nun 1. maddesi uyarınca bir ideolojinin taraftarı olma, bir ideolojiye ilgi kazandırmak amacıyla başkalarıyla fikir paylaşma şeklindeki eylemler terörizm olarak nitelendirmeye yeterli değildir. Örgütün sonuç olarak belli düzeyde maddi cebire işaret eden güç ve şiddeti araç olarak kullanarak suç işlemeyi amaçlaması gerekmektedir. Bu açıklamalar uyarınca Mahkeme, derece mahkemesinin haksız bir şekilde AİHS’in 7. maddesinde düzenlenen güvencelere aykırı olarak, ulusal içtihatlar ve mevzuata aykırı şekilde suçun mahiyetiyle uyuşmayan bir yorum ile yargısal takdirlerini genişletici bir şekilde kullandıklarını tespit etmiştir.⁴⁶

B. Geriye Yürümezlik İlkesi

Geriye yürümezlik ilkesi AİHS’in 7. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiştir: *“Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı biçimde, suçun işlendiği sırada*

⁴⁶ Konusu *Parmak and Bakır v. Turkey* kararıyla büyük benzerlik gösteren *Yılmaz Çelik Başvurusu* ise 7. madde bağlamında değil, gerekçeli karar hakkı bağlamında ele alınmıştır. Başvuruçunun iddiaları şöyledir: Başvuruçucu, üyesi olduğunu reddetmediği Hizb-ut Tahrir’in bir terör örgütü olmadığını iddia etmektedir. Zira örgüt belli suçları elverişli araçlarla işlemek amacıyla kurulmamış, herhangi bir şiddet eylemi de gerçekleştirilmemiştir. Bununla birlikte Hizb-ut Tahrir’in silahlı bir örgüt veya terör örgütü olarak kabul edildiği önceki mahkeme kararlarında örgütün silahlı olup olmadığı hususu tartışılmamıştır. Başvuruçucu, bu konuda ileri sürdüğü iddialarının derece mahkemesince dikkate alınmadığını, muhakemenin gidişatına etki edemediğini ileri sürmüştür. Buna karşın ne önceki mahkeme kararlarında ne de önceki mahkeme kararlarına atıf yapılan başvuruya konu derece mahkemesi kararında Hizb-ut Tahrir’in bir terör örgütü olduğu saptaması, başvuruçunun iddiaları çerçevesinde ele alınmıştır. Dolayısıyla derece mahkemelerince “silahsız terör örgütü” olgusunun kabul edilip edilmediği, kabul ediliyorsa bu suç tipinin hukuki dayanakları ortaya koyulmamıştır. Bu kapsamda AYM, Hizb-ut Tahrir’in bir terör örgütü olarak kabul edilmesine ilişkin ilgili ve yeterli değerlendirme yapılmadığını saptamıştır. Sonuç olarak başvuruçucu tarafından ileri sürülen ve yargılamanın sonucunu değiştirme ihtimali bulunan iddiaların dikkate alınmaması ve değerlendirilmemesi nedeniyle adil yargılanma hakkı kapsamında gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir (*Yılmaz Çelik Başvurusu*, Genel Kurul, No. 2014/13117, 19/7/2018). Kanaatimizce *Yılmaz Çelik Başvurusu* da *Parmak and Bakır v. Turkey* başvurusu gibi AİHS’in 7. maddesi kapsamında ele alınmalıydı.

uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.”. Sözleşme’nin yanı sıra ilkeye, Anayasa’nın 38. maddesinin 1. fıkrası ve TCK’nın 7. maddesinin 1. fıkrasında⁴⁷ da yer verilmiştir. Yani işlendiği anda ceza kanunları uyarınca suç olarak tanımlanmayan bir eylemin sonraki değişiklik uyarınca cezalandırılması kanunsuz suç ihdas etmek demektir.⁴⁸

Kanunilik ilkesinin bir sonucu olan geriye yürümezlik ilkesi ile aleyhe kanunun geçmişe yürütmesi yasaklanmış olup ceza kanunlarının zaman bakımından uygulama alanı belirlenmektedir.⁴⁹ Söz konusu geriye yürüme yasağı kişi özgürlüğü lehine bir güvence teşkil etmektedir.⁵⁰ Sonradan yürürlüğe giren kanunla **suçun unsurlarında, cezalandırılabilme şartlarında, öngörülen ceza hukuku yaptırımlarında ve cezaya mahkum olmaya bağlı kanuni neticelerde** bir değişiklik olması durumunda geriye yürümezlik ilkesi devreye girecektir.⁵¹

AİHM de ceza kanunlarının sanığın aleyhine olarak geçmişe etkili bir şekilde uygulanmasının 7. madde kapsamında koşulsuz olarak yasaklandığını belirtmektedir.⁵² Mahkeme, geriye yürümezlik ilkesinin, hem suçu tanımlayan hükümler⁵³ hem de ilgili ceza miktarını belirleyen hükümler⁵⁴ için söz konusu olduğunu saptamaktadır. Ayrıca Mahkeme 7. maddenin; özel olarak, mevcut suçların kapsamını daha önceden suç olarak kabul edilmeyen eylemleri cezalandıracak şekilde genişletmeyi yasakladığını da vurgulamaktadır.⁵⁵

⁴⁷ **TCK md. 7/1:** “İşlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolunmuşsa infazı ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar.”

⁴⁸ Muhammed Emre Tulay, “Kanunilik İlkesi Işığında Ceza Hukuku Kurallarının Zaman Bakımından Uygulanması ve Delil Elde Etme Yöntemlerinde Zaman Bakımından Uygulanma Sorunu”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C: 22, S: 3, Y: 2016, s. 2720 (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/373432> (E.T.: 07.04.2021)

⁴⁹ Koca, Üzülmüş, **a.g.e.**, s. 72.

⁵⁰ Mehmet Emin Karamehmet ve diğerleri Başvurusu, No. 2017/4902, 28/1/2020, para. 49.

⁵¹ Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 142.

⁵² *Del Rio Prada v. Spain*, para. 116.

⁵³ *Vasiliauskas v. Lithuania*, App. No. 35343/05, Grand Chamber Judgment of 20 October 2015, para. 166.

⁵⁴ *M. v. Germany*, App. No. 19359/04, Judgment of 17 December 2009, para. 135.

⁵⁵ *Del Rio Prada v. Spain*, para. 78. Mahkeme, aslında ceza kanunları uyarınca cezalandırmaya konu olabilecek eylemlere ulusal makamlar tarafından uzun bir süre tolerans gösterilmesinin bu eylemleri suç

Maddi ceza hukuku bakımından geçerli olan ve AİHS'in 7. maddesinin 1. fıkrasında da düzenlenen geçmişe uygulama yasağı, ceza muhakemesi kuralları açısından geçerli değildir. Bu noktada bir kuralın maddi ceza hukuku kuralı mı yoksa ceza muhakemesi kuralı mı olduğunun tespiti önem arz etmektedir. Kanunun bir eyleme yaptırım bağlaması söz konusu ise maddi ceza hukuku kuralından, yaptırımla karşılaşacak eylemin işlenip işlenmediğini araştırmaya yönelik bir kural söz konusu ise ceza muhakemesi kuralından bahsedilir. Yani düzenleme, norm ve normun ihlaline bağlanan sonuçları düzenlemekte ise maddi ceza hukuku kuralıdır. Fakat düzenleme, normun ihlal edilip edilmediği, ihlal edildi ise bunun kim tarafından ve nasıl gerçekleştiğinin araştırılmasına ilişkin ise ceza muhakemesi kuralıdır.⁵⁶

Bestami Eroğlu Başvurusu'nda başvuru, "sıradan bir vatandaşın temin edip kullanma imkânı olmayan ve sadece FETÖ/PDY mensuplarınca haberleşme amacıyla kullanıldığı bilinen ByLock isimli programını kullanmak, FETÖ/PDY ile irtibat ve iltisakı olması nedeniyle 667 sayılı KHK'yla kapatılan Aktif Eğitim Sen ile Silopi Eğitimciler ve Girişimci İş Adamları Derneğine üye olmak, FETÖ/PDY tarafından düzenlenen toplantılara katılmak, bu toplantılarda imamlık yapmak, Bank Asyaya gelirinin çok üzerinde para yatırarak Bank Asyayı desteklemek" şeklindeki eylemleri nedeniyle terör örgütüne üye olmak suçundan mahkum edilmiştir.⁵⁷ Başvuru, ByLock programını kullandığı tarih itibarıyla bu fiilin herhangi bir suç teşkil etmediğini, sonradan suç olarak kabul edilerek işlendiği zaman suç oluşturmayan bu fiili nedeniyle cezalandırılmasının suç ve cezaların kanuniliği ilkesini ihlal ettiğini ileri sürmüştür.⁵⁸ AYM ise başvuru, ByLock isimli programı kullanması nedeniyle cezalandırılmadığını, söz konusu programı kullanmasının terör örgütüne üye olmak suçunu işlediğinin bir delili olarak değerlendirildiğini ve derece mahkemesinin ByLock programının kullanılmış olmasını suç olarak nitelemediğini belirterek

kapsamı dışına çıkarabileceğine işaret etmiştir (*Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia*, App. No. 11082/06 and 13772/05, Judgment of 25 July 2013, para. 817).

⁵⁶ Yener Ünver, Hakan Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku (3 Cilt)**, 15. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2019, s. 184.

⁵⁷ *Bestami Eroğlu Başvurusu*, para. 36.

⁵⁸ *Bestami Eroğlu Başvurusu*, para. 158.

başvurunun bu kısmının açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.⁵⁹

Ceza muhakemesinde hukuka uygun yöntemlerle elde edilmiş her şeyin delil olarak değerlendirilebileceği ve failin terör örgütüne üye olmak suçundan cezalandırılabilmesi için bir suç işlemiş olmasının gerekmediği birinci bölümde belirtilmişti. Yani kişinin suç oluşturmayan eylemleri de terör örgütünün hiyerarşik yapısına dahil olduğunun ve örgütle organik bağ kurulduğunun tespitinde delil olarak değerlendirilebilir. Çalışmanın konusunu oluşturan bu eylemler; bir derneğe veya sendikaya üye olmak, bir haberleşme programı kullanmak, toplantılara katılmak, bir bankaya para yatırmak şeklinde temel hak ve özgürlükler kapsamında kalan eylemler de olabilmekte ve terör örgütüne üye olmak veya yardım etmek suçlarından verilen mahkûmiyet kararlarında delil olarak değerlendirilmeleri ise geçmişe etkili suç ihdas edildiği anlamına gelmemektedir. Zira geriye yürüme yasağının söz konusu olabilmesi için öncelikle failin; cezalandırıldığı ceza kuralının, eylemi gerçekleştirdiği tarihte mevcut olmaması gerekmektedir. *Bestami Eroğlu Başvurusu*'nda başvurunun, mahkûmiyetine esas teşkil eden hüküm, fiilin gerçekleştirildiği tarihte meridir. Bu kapsamda ilgili ceza kuralının uygulanma ve yorumlanma biçiminin öngörülebilirlik ilkesi açısından sorun teşkil ettiği ileri sürülebilirse de geçmişe etkili bir şekilde suç ihdas edildiği ileri sürülemez. Somut olayda başvurunun ByLock programını kullanması, suç tarihinden sonra kanun koyucu tarafından veya yargısal yorum ile terör örgütüne üye olmak suçunun unsuru haline getirilmemiştir. Başvurucunun, terör örgütünün haberleşme programı olduğu kabul edilen ByLock programını kullanması onun örgütün üyesi olduğunu açıklayan bir delil olarak değerlendirilmiştir. Zira bir eylemin, suçun delili olarak kabul edilmesi ile unsuru olması farklılık arz etmektedir.

⁵⁹ *Bestami Eroğlu Başvurusu*, para. 160-161.

C. AİHM ve AYM'nin TCK 220 Yaklaşımı

1. AİHM Yaklaşımı

Çalışma kapsamında kişilerin temel hak ve özgürlükler kapsamında kalan faaliyetleri nedeniyle cezalandırılmalarına ilişkin AİHM'e yapmış oldukları başvuruların çoğunlukla TCK'nın 220. maddesinin 6 ve 7. fıkraları ile 314. maddesinin 2 ve 3. fıkraları etrafında toplandığı görülmektedir. Bu başlık altında AİHM'in üyesi olmadığı terör örgütü adına suç işleme ve terör örgütüne yardım etme suçlarına ilişkin kanunilik açısından yapmış olduğu değerlendirmeler incelenmektedir. Ayrıca AİHM, yakın tarihli bir kararında bir tutuklama kararı bağlamında terör örgütüne üye olmak suçu kapsamında gerçekleştirilen müdahaleyi kanunilik testi bağlamında ayrıntılı bir biçimde ele almıştır. Bu nedenle, tutuklama kararları tezin kapsamı dışında olsa da suç tipine ilişkin yapılan değerlendirmenin gösterilmesi amacıyla ilgili karar da aşağıda ele alınmıştır.

a. Üyesi Olmadığı Terör Örgütü Adına Suç İşleme

Konusu; başvurucunun, terör örgütünün çağırısı üzerine düzenlendiği iddia edilen bir gösteriye katılması nedeniyle üyesi olmadığı terör örgütü adına suç işleme suçundan cezalandırılması olan *Gülcü v. Turkey*⁶⁰ kararında AİHM, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına gerçekleştirilen müdahalenin kanunla öngörülüp öngörülmediğini incelerken sadece TCK md. 220/6, 314/2 ve 314/3'ün ulaşılabilirliğini ve öngörülebilirliğini test etmemiştir. Mahkeme, TCK'nın ilgili maddelerinin, kararın içeriğinde ayrıntılı bir şekilde yer verdiği Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 4 Mart 2008 tarihli kararıyla⁶¹ birlikte ele alınması gerektiğini belirtmiştir.

⁶⁰ *Gülcü v. Turkey*, App. No. 17526/10, Judgment of 19 January 2016.

⁶¹ Ceza Genel Kurulu, AİHM önündeki başvurunun konusuyla benzerlik gösteren bu kararında şu ifadelerle yer vermiştir: “örgütün genel çağırısı, örgüte ait yayın organlarının yayınları ve çağrıları ile somutlaşmış olup, bu çağrının belirli bir kişiye yapılmış olmasına gerek bulunmamaktadır. Örgütün bilgisi ve istemi doğrultusunda gerçekleştiren bu eylemlerin, örgüt adına gerçekleştiği sabittir. Örgüt adına gerçekleştirilen bu eylemlere katılan sanığın eylemi diğer suçların yanında 5237 sayılı TCY'nın 314/3 ve 220/6. maddeleri yollamasıyla 314/2. maddesine de aykırılık oluşturduğundan,” Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 04.03.2008 tarihli, 2007/9-282 E. ve 2008/44 K. sayılı kararı.

AİHM'in önündeki bu davada Ceza Genel Kurulu'nun bu kararının yer bulmasının sebebi, başvurucunun TCK'nın 220/6. maddesinin uygulanmasına ilişkin yaptığı itirazdır. Başvurucu, kişinin TCK'nın 220/6. maddesinin yollaması ile TCK'nın 314/2. maddesi uyarınca yasa dışı örgüt üyeliğinden mahkûm edilebilmesi için yasa dışı bir örgütten kendi adına belirli bir suçu işlemesi için kişisel bir çağrı

TCK'nın ilgili hükümleri ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun kararı erişilebilirlik, öngörülebilirlik ve hukukun üstünlüğü ilkeleri açısından ele alınmıştır. AİHM, önündeki başvuruda yerel mahkemenin başvuruca ile ilişkin mahkumiyet kararının gerekçesinin Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 4 Mart 2008 tarihli kararına paralellik gösterdiğini gözlemlemiştir. Söz konusu suç, bu yorumlama biçimine göre; olayların meydana geldiği tarihte terör örgütünün, katılım için genel çağrıda bulunduğu bir gösteriye katılarak ceza kanunlarında gösterilen suçlardan birini (örneğin Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 28. maddesinde düzenlenen suçu) işleyen göstericinin sadece işlemiş olduğu suçtan değil, aynı zamanda terör örgütü üyeliğinden de cezalandırılmasını öngörmektedir. Müdahalenin kanuni dayanağı bakımından başvuruca ve Hükümet arasında bir ihtilaf olmadığına dikkat çeken Mahkeme, demokratik toplum düzeninde gereklilik açısından vardığı sonucu göz önünde bulundurarak müdahalenin kanunla öngörülüp öngörülmediğine ilişkin nihai bir sonuca varmak zorunda olmadığını belirtmiş ve incelemesine devam etmiştir.⁶²

AİHM, *Gülcü v. Turkey* kararından sonra, yine TCK md. 220/6'nın uygulanmasına ilişkin bir başvuruda kanunilik incelemesi bakımından farklı bir sonuca varmıştır. *Işıkırık v. Turkey*⁶³ kararında başvuruca, dört terör örgütü üyesinin cenaze törenine katılığı, tören esnasında tabutlardan birinin önünde yürüdüğü ve zafer işareti yaptığı, okuduğu üniversitede düzenlenen bir gösterideki katılımcıların Abdullah Öcalan lehine sloganlar attığı sırada alkış tuttuğu, söz konusu cenaze töreni ve gösterilerin terör örgütünün çağrısı ve talimatları doğrultusunda düzenlendiği gerekçeleriyle yerel mahkeme tarafından TCK md. 220/6 ile 314 uyarınca terör örgütüne üye olmak suçundan cezalandırılmıştır. Başvuruca -*Gülcü v. Turkey* kararından farklı olarak- söz konusu kanuni düzenlemeler ışığında bir cenaze töreni ile gösteriye katılması ve bu olaylar esnasındaki davranışları nedeniyle yasa dışı bir örgüte üye olmak suçundan mahkum edilebileceğini öngöremeyeceğini

almış olması gerektiğini ileri sürmüştür. Başvuruca, terör örgütünün yapmış olduğu iddia edilen çağrının belirli bir suç işlemeye çağrısı içermediğini, soyut ve genelleştirilmiş bir istem olması nedeniyle, örgüt adına suç işlemekten veya benzer şekilde yasa dışı örgüt üyeliğinden mahkûm edilmemiş olması gerektiğini belirtmiştir (*Gülcü v. Turkey*, para. 79).

⁶² *Gülcü v. Turkey*, paras. 105-108.

⁶³ *Işıkırık v. Turkey*, App. No. 41226/09, Judgment of 14 November 2017.

savunmuştur.⁶⁴ Mahkeme, *Gülcü v. Turkey* kararında TCK md. 220/6 ile 314 uyarınca terör örgütüne üye olmak suçundan 7 yıl 6 ay hapis cezasına çarptırılan ve 2 yılı aşkın süre tutuklu kalan başvurucunun bir çocuk olması nedeniyle müdahalenin gereklilik ve özellikle orantılılık çerçevesinde incelenmesinin elzem olduğuna karar verdiğini, fakat somut başvuruda ise kanunilik konusunun ayrı bir incelemeyi gerektirdiği kanaatine vardığını belirtmiştir.⁶⁵

Bu saptamadan sonra AİHM, TCK md. 220/6'nın ulaşılabilirliğine ilişkin bir sorun olmadığını tespit edip öngörülebilirlik açısından incelemeye girişmiştir. Söz konusu madde, kişilerin bir terör örgütüne gerçekten üye olup olmadıklarının ispatı açısından somut deliller sunulmasını gerekli kılmamakta, yalnızca “yasa dışı örgüt adına” hareket edilmesini yeterli görmektedir⁶⁶. Bununla birlikte kanun maddesi “yasa dışı örgüt adına” ifadesine ilişkin bir açıklama getirmemektedir. Gösteriler bağlamında düşünüldüğünde bu ifadenin ve TCK md. 220/6'nın anlamı, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 4 Mart 2008 tarihli kararıyla açıklanmıştır. Mahkeme, öngörülebilirlik koşulunun, yalnızca kanunun yeterli netlikte düzenlenmiş olmasıyla sağlanamayacağını, ayrıca kanunun herhangi bir tarafın zararına olacak şekilde kapsamlı olarak uygulanmasına karşı koruyucu tedbirler de içermesi gerektiğini vurgulayarak TCK md. 220/6'nın, 314. madde ile olan ilişkisi ve yerel mahkemelerce yapılan açıklamalar dikkate alınarak keyfi uygulamalara karşı yeterli koruma sağlayıp sağlamadığının incelenmesi gerektiğine karar vermiştir.⁶⁷

Yerel mahkemelerin yasa dışı örgüt üyeliği kavramını TCK md. 220/6 kapsamında geniş bir şekilde yorumladığını belirten AİHM, söz konusu maddeye göre yasa dışı bir örgütün katılım çağrısı yaptığı bir gösteride bulunmanın ve söz konusu

⁶⁴ *Işıkırık v. Turkey*, para. 49.

⁶⁵ *Işıkırık v. Turkey*, para. 59.

⁶⁶ Doktrinde de kişilerin TCK md. 220/6 uyarınca cezalandırılmalarının ceza sorumluluğunun şahsiliği prensibine aykırı olduğu ileri sürülmüş ve eleştirilmiştir: “Kanaatimize göre örgütün hiyerarşik yapısına dahil olmadığı için aslında örgüt üyesi olarak kabul edilmemesi gereken kişilerin örgüt üyesi gibi cezalandırılmalarına ilişkin söz konusu hüküm de, ceza sorumluluğunun şahsiliği prensibine aykırıdır... Ceza sorumluluğunun şahsiliği prensibine aykırı olarak, örgüt üyesi olmayan kişiyi örgüt üyesi gibi cezalandırmak şeklinde bir tutarsızlık, modern ceza hukuku sistemlerinde hiçbir şekilde kabul edilemez. Silahlı örgütler açısından da bu prensipten vazgeçilmemelidir. Örgüt adına, yararına suç işlenmesi önlenmek isteniyorsa, bu şekilde işlenen suçların cezasının belirli oranda arttırılmasına ilişkin bir düzenleme pekala yapılabilir.” (Evik, **Örgütlenme Suçu**, s. 691).

⁶⁷ *Işıkırık v. Turkey*, paras. 64-65.

örgüte yönelik olumlu görüş ifade eder bir davranış sergilemenin ilgili kişiyi “örgüt adına” hareket ettiğine yeter kabul edildiğini ve örgüt üyesi olarak cezalandırma yetkisinin tanındığını vurgulamıştır. TCK md. 314’ün tek başına uygulanması durumunda (silahlı örgüte üye olmak) kişinin örgüt üyesi olarak kabul edilebilmesi için eylemlerinin “süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluğunun” yerel mahkemelerce dikkate alınması gerekirken; aynı madde başvurusunun davasında olduğu gibi TCK md. 220/6’yla birlikte uygulandığında başvurusunun gerçekleştirdiği eylemler tek başına silahlı bir örgüte üye olmak suçundan verilen mahkumiyet kararı için yeterli görülmüştür. Yine aynı şekilde TCK’nın 314. maddesinin tek başına uygulanması durumunda ilgili kişinin silahlı örgütün “hiyerarşik yapısı” içerisinde olup olmadığı araştırılırken, aynı madde başvurusunun davasında olduğu gibi TCK md. 220/6’yla birlikte uygulandığında başvurusunun silahlı örgütün hiyerarşik yapısı içerisinde olup olmadığı değerlendirilmemiş, başvuru sadece silahlı örgüt adına hareket ettiği düşünüldüğü için örgüt üyesi olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle Mahkeme, TCK md. 314/2’deki mahkumiyet kriterlerinin TCK md. 220/6’yla bağlantılı olarak uygulanması ile başvurusunun zararına olacak şekilde kapsamının genişletildiğini; TCK md. 220/6’nın, lafzını ve mahkemelerce geniş bir biçimde uygulanışını da göz önünde bulundurarak kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı yeterli koruma sağlamadığını tespit etmiştir.⁶⁸

Terörle mücadelenin yol açtığı zorlukları hafife almadığını vurgulayan AİHM, başvurusunun AİHS’in 11. maddesi kapsamında kaldığı değerlendirilen eylemleri gerekçe gösterilerek terör örgütü üyeliğinden mahkum edilmesi nedeniyle barışçıl bir gösterici olmak ile terör örgütü yapılanması içerisinde suç işleyen şahıs sıfatları arasında bir fark kalmadığına dikkat çekmiştir. Buna ek olarak başvurusunun TCK md. 220/6 ve 314/2 uyarınca 6 yıl 3 ay hapis cezası aldığını hatırlatan Mahkeme, başvuru gibi göstericilerin silahlı örgüte üye olmak suçundan yargılandıklarında 5 ila 10 yıllık ilave bir ek hapis cezası alma riskiyle karşı karşıya olduklarını, bu yaptırımın çarpıcı düzeyde ağır olduğunu dikkate almış ve bu nedenlerle söz konusu maddelerin bu şekliyle uygulanmasının ifade ve toplanma özgürlükleri üzerinde caydırıcı bir etki yaratma potansiyeline sahip olduğu kanısına varmıştır. Dahası söz

⁶⁸ *Işıkırık v. Turkey*, paras. 66-67.

konusu uygulama, daha önce bu maddeler kapsamında yaptırma maruz kalan kişilerin tekrar AİHS'in 10 ve 11. maddelerince koruma altına alınan haklarını kullanmaktan caydırmakla kalmayacak, aynı zamanda toplumun diğer üyelerini de gösterilere ve daha genel manada açıkça siyasi tartışmalara katılmaktan caydıracaktır. Tüm bu sebepler ışığında Mahkeme, TCK md. 220/6'nın uygulanışının "öngörülebilir" olmadığına, zira söz konusu maddenin başvurusunun 11. madde kapsamında kalan eylemlerine yönelik keyfi müdahalelere karşı yasal koruma sağlamadığı gerekçesiyle toplanma özgürlüğüne gerçekleştirilen müdahalenin kanunla öngörülmediğine karar vermiştir.⁶⁹

TCK md. 220/6'yla ilgili kapsamlı değerlendirmeler içeren *Işıkırık v. Turkey* kararından sonra AİHM, söz konusu madde uyarınca gerçekleştirilen müdahalelere ilişkin yapılan başvurularda da *Işıkırık v. Turkey* davasındaki değerlendirmelerinin hala geçerli olduğunu vurgulayarak TCK md. 220/6'da kullanılan ifadelerin geniş kapsamı nedeniyle keyfi yargılamalara karşı güvenilir bir güvence sağlamadığı ve bu fıkranın pratik uygulamasının bu eksikliği gidermediğinin anlaşıldığı gerekçesiyle söz konusu müdahalelerin kanunla öngörülmediğine karar vermektedir.⁷⁰ Mahkeme'ye yapılan başvurular incelendiğinde gerçekleştirilen müdahalelerin genel olarak AİHS'in 10 ve 11. maddeleri kapsamında kalan eylemlere yönelik olduğu, TCK md. 220/6'da belirtilen örgüt adına işlenen "suç" tanımındaki suçun uygulamada genellikle terör örgütünün propagandasını yapma ve kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılma suçları olarak tezahür ettiği görülmektedir. Nitekim kanun koyucu 11.04.2013 tarihli 6459 sayılı Kanun'un 8. Maddesi ile 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. maddesine, terör örgütünün propagandasını yapma ve kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılma suçlarının da dahil olduğu suçları işleyenler hakkında

⁶⁹ *Işıkırık v. Turkey*, paras. 68-70.

⁷⁰ TCK 220/6. maddesi uyarınca gerçekleştirilen müdahalelerin kanunla öngörülmediğine karar verilen AİHM kararları için bkz. *Zülküf Murat Kahraman v. Turkey*, App. No. 65808/10, Judgment of 16 July 2019; *Seyfettin Demir v. Turkey*, App. No. 45540/09, Judgment of 19 May 2020; *Celal Altun v. Turkey*, App. No. 25119/11, Judgment of 23 June 2020; *Ali Abbas Yılmaz v. Turkey*, App. No. 41551/11, Judgment of 7 July 2020; *İlyas Gündüz v. Turkey*, App. No. 64607/11, Judgment of 7 July 2020; *Kerçin v. Turkey*, App. No. 55038/11, Judgment of 7 July 2020; *Ramazan Taş v. Turkey*, App. No. 42153/11, Judgment of 7 July 2020; *Bozan v. Turkey*, App. No. 56816/10 and 4175/11, Judgment of 29 September 2020; *Mustafa Çelik v. Turkey*, App. No. 46127/11, Judgment of 8 December 2020; *Kervancı v. Turkey*, App. No. 76960/11, Judgment of 8 December 2020.

ayrıca TCK md. 220/6'dan dolayı ceza verilmeyeceğine ilişkin hüküm ihdas etmiştir.⁷¹ Söz konusu kanuni düzenlemenin AİHM'in kararlarında vurgulamış olduğu kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı yasal koruma sağlayacak düzenleme ihdas etme amacından ziyade daha pratik kaygılara dayandığı anlaşılmaktadır. Nitekim bu değişiklik yetersiz bulunduğu gibi aynı zamanda eleştirilere de konu olmuştur.⁷²

Ceza hukuku ilkelerinden biri olan “ceza sorumluluğun şahsiliği ilkesine” aykırı olarak kişinin, aslında örgüt üyesi olmamasına rağmen örgüt adına suç işlediği için örgüt üyesi gibi cezalandırılmasını düzenleyen TCK md. 220/6'ya ilişkin öngörülebilirlik probleminin aşılabilmesi için ileri sürülen şu önerinin kanun koyucu tarafından dikkate alınması yerinde olacaktır: Örgüt adına veya yararına suç işlenmesinin önlenmesi için ilgili suçun; örgüt adına veya yararına işlenmesi, cezayı ağırlaştırıcı hal olarak düzenlenebilir.⁷³ Bu şekilde TCK md. 220/6'da düzenlenen suç tipine, bağımsız olarak ihtiyaç kalmayacaktır. Keza TCK'da ve özel ceza yasalarında bu öneriye uygun suç tipleri halihazırda mevcuttur. Örneğin TCK'da uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçunun⁷⁴, yine örneğin 5607 sayılı Kaçakçılıkla

⁷¹ 3713 sayılı TMK 7/4: “(Ek fıkra: 11/4/2013-6459/8 md.) Terör örgütüne üye olmamakla birlikte örgüt adına; a) İkinci fıkra tanımlanan suçu, b) 6 ncı maddenin ikinci fıkrasında tanımlanan suçu, c) 6/10/1983 tarihli ve 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun 28 inci maddesinin birinci fıkrasında tanımlanan kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılma suçunu, işleyenler hakkında, 5237 sayılı Kanunun 220 nci maddesinin altıncı fıkrasında tanımlanan suçtan dolayı ayrıca ceza verilmez.”

⁷² Bkz. European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission), “Opinion on Articles 216, 299, 301 and 314 of The Penal Code of Turkey”, Adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session (Venice, 11-12 March 2016), paras. 114-121, (Çevrimiçi) [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)002-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)002-e) (E.T.: 18.10.2020); “11 Nisan 2013 tarih ve 6459 sayılı Yasa'nın 8 inci maddesiyle Terörle Mücadele Kanunu'nun 7 nci maddesine eklenen 4 üncü fıkra ile, terör örgütüne üye olmamakla birlikte örgüt adına işlenen; “a) terör örgütünün propagandasını yapmak (TMK.m.7/2), b) terör örgütlerinin cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru göstermek, övmek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik eden bildiri veya açıklamaları basmak veya yayımlamak (TMK.m.6/2), c) 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 28/1 inci maddesinde düzenlenen kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılmak” suçları açısından, failler hakkında ayrıca 220/6 uyarınca ceza verilmez. Bu hükmü bir hukukçu olarak, suç politikası ilkeleri yönünden izah edebilmemiz mümkün değildir.” (Yenidünya, İçer, a.g.e., s. 809).

⁷³ Evik, , Örgütlenme Suçu, s. 691.

⁷⁴ TCK md. 188/5: “Yukarıdaki fıkralarda gösterilen suçların, (...), suç işlemek için teşkil edilmiş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, verilecek ceza bir kat artırılır.”

Mücadele Kanunu'nda kaçakçılık suçlarının⁷⁵ bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olması cezayı ağırlaştırıcı hal olarak düzenlenmiştir.

b. Terör Örgütüne Yardım Etme

AİHM, *Gülcü v. Turkey* kararında kanunilik incelemesinde sergilemiş olduğu yaklaşımı TCK'nın 220. maddesinin 7. fıkrasının uygulanışına ilişkin değerlendirmelerde bulunduğu *Nedim Şener v. Turkey* ve *Şık v. Turkey* kararlarında da sergilemiştir. Mahkeme, söz konusu kararlarında oldukça geniş bir anlama sahip olan “örgüte yardım etmek ve destek olmak” terimlerinin mevzuatın uygulanışında öngörülebilirliği azaltıp azaltmadığının belirlenmesi gereken bir sorun olduğunu belirtmişse de bu hususun müdahalenin gerekliliğinin incelenmesi ile bağlantılı olduğuna vurgu yaparak öngörülebilirliğe ilişkin nihai bir karar verilmesine gerek görmemiştir.⁷⁶

Ancak Mahkeme sonraki tarihli kararlarında bu yaklaşımından ayrılmıştır. Konusu; başvuruçuların, katıldıkları gösteride MLKP (Marksist Leninist Komünist Parti) lehine propaganda yaptıkları, topluluğu yönettikleri ve MLKP lehine sloganlar atmaya teşvik ettikleri, pankartlar ve flamalar taşıdıkları, üzerinde “ESP”⁷⁷ yazılı kıyafetleri giydikleri ve kollarına kırmızı kurdeleler bağladıkları iddialarına dayanarak, başvuruçuların TCK md. 314 ve 220/7 uyarınca terör örgütüne yardım ettikleri gerekçesiyle MLKP üyeliğinden mahkum edilmeleri olan *Bakır and Others v. Turkey*⁷⁸ başvurusunda AİHM, başvuruçuların toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına müdahale gerçekleştirildiğini tespit etmiştir.

AİHM, TCK md. 220/7'nin erişilebilirliğine ilişkin bir şüphe bulunmadığını fakat kanun maddesinin öngörülebilirlik açısından incelenmesi gerektiğini belirtmiştir. Yakın tarihli bir kararında TCK md. 314/2 ve 220/6 uyarınca verilen mahkumiyet

⁷⁵ **Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu md. 4/1:** “Bu Kanunda tanımlanan suçların (...), bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, verilecek ceza iki kat artırılır.”

⁷⁶ *Nedim Şener v. Turkey*, App. No. 38270/11, Judgment of 8 July 2014, para. 102; *Şık v. Turkey*, App. No. 53413/11, Judgment of 8 July 2014, para. 91.

⁷⁷ Yerel mahkeme, başvuruçuların eylemlerine dahil oldukları ESP (Ezilenlerin Sosyalist Platformu) ve SGD'nin (Sosyalist Gençlik Derneği) birer yasal kuruluş olmalarına rağmen, eylemlerinin MLKP'nin eylemleriyle örtüştüğünü, bu nedenle aralarında organik bağ bulunduğunu belirtmiştir.

⁷⁸ *Bakır and Others v. Turkey*, App. No. 46716/10, Judgment of 10 July 2018.

kararıyla gerçekleştirilen müdahalenin kanunda öngörölmüş olmadığına karar verdiğini hatırlatarak *Işıkırık v. Turkey* kararına atıf yapan Mahkeme, TCK'nın 220. maddesinin 6 ve 7. fıkraları arasında temel bir farklılık görmediğini, bir kimsenin “örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işlemesi (TCK 220/6)” ve “örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dahil olmamakla birlikte örgüte bilerek ve isteyerek yardım etmesi (TCK 220/7)” şeklindeki eylemleri nedeniyle örgüte üye olup olmadığının ispatlanmasına gerek olmaksızın örgüte üye olmak suçundan cezalandırılabilirdiğini işaret etmiştir. Mahkeme, TCK'nın 220. maddesinin 6 ve 7. fıkraları arasındaki tek farkın; kişinin 6. fıkra kapsamında gerçekleştirmiş olduğu eylemin ceza kanunları uyarınca suç olarak tanımlanmış olması gerekirken 7. fıkra kapsamında gerçekleştirmiş olduğu eylemin ceza kanunları uyarınca ayrıca suç olarak tanımlanmış olmasına gerek bulunmaması olduğuna dikkat çekmiştir. Bu bakımdan bir kimsenin yasa dışı örgüte yardım etme olarak nitelendirilen eylemleri suç oluşturmaya bile örgüte üye olmak suçundan mahkumiyetine yol açabilmektedir. Hükümet'in başvurucuların mahkum oldukları TCK md. 220/7'ye ilişkin yerel mahkemelerin uygulamalarına atıfta bulunmadığını belirten Mahkeme, maddede geçen “bilerek ve isteyerek yardım etme” kavramının gösteriler bağlamındaki anlamını, kapsamını ve bu hüküm uyarınca cezai sorumluluk gerektirecek eylemlerin içtihatlarla belirlenebileceğini vurgulamıştır.⁷⁹

Yerel mahkemelerin TCK md. 220/7'yi kapsamlı bir şekilde yorumladığını belirten AİHM, başvurucuların yasal olarak düzenlenen bir gösteriye katılmalarının, sloganlar atmalarının, pankartlar taşımalarının, üzerinde “ESP” yazan kıyafetler giymelerinin, flamalar taşımaları ve kollarına kırmızı kurdeleler bağlamalarının yerel mahkemelerce, başvurucuların MLKP'ye yardım ettikleri ve MLKP üyesi oldukları sonucuna varmak için yeterli delil olarak görüldüğünü belirtmiştir. Özetle, başvurucuların davasında da görüldüğü üzere, TCK md. 220/7 kapsamında hapis cezası yaptırımının uygulanması için potansiyel olarak delil teşkil eden eylemler dizisi o kadar geniştir ki, ne söz konusu yasal hükmün lafzı ne de yerel mahkemelerce gerçekleştirilen kapsamlı yorum kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı yeterli düzeyde koruma sağlamamaktadır. TCK'nın 314. maddesinin tek başına

⁷⁹ *Bakır and Others v. Turkey*, paras. 56-59.

uygulanması durumunda ilgili kişinin silahlı örgütün “hiyerarşik yapısı” içerisinde olup olmadığı araştırılırken aynı madde başvuruçuların davasında olduğu gibi TCK md. 220/7’yle birlikte uygulandığında başvuruçunun silahlı örgütün hiyerarşik yapısı içerisinde olup olmadığı değerlendirilmemiş, başvuruçular sadece MLKP’ye yardım ettikleri değerlendirmesi ile örgüt üyesi olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle Mahkeme, TCK md. 314/2’deki mahkumiyet kriterlerinin TCK md. 220/7’yle bağlantılı olarak uygulanmasının başvuruçunun zararına olacak şekilde kapsamlı olarak uygulandığını tespit etmiştir.⁸⁰

Terörle mücadelenin yol açtığı zorlukları hafife almadığını vurgulayan AİHM, başvuruçuların AİHS’in 11. maddesi kapsamında değerlendirilen eylemleri gerekçe gösterilerek terör örgütü üyeliğinden mahkum edilmeleri nedeniyle başvuruçular ile terör örgütü yapılanması içerisinde suç işleyen bir şahıs arasında fark kalmadığına dikkat çekmiştir. Buna ek olarak başvuruçuların bir kısmının TCK md. 220/7 uyarınca 7 yıl 6 ay, bir kısmının da 6 yıl 3 ay hapis cezası aldığını, sonradan bu hapis cezalarının 2 yıl 1 aya düşürüldüğünü hatırlatan Mahkeme, başvuruçular gibi göstericilerin silahlı örgüte üye olmak suçundan yargılandıklarında 5 ila 10 yıllık bir hapis cezası alma riskiyle karşı karşıya olduklarını, bu yaptırımın çarpıcı düzeyde ağır olduğunu ve bu nedenle söz konusu maddenin bu haliyle uygulanmasının ifade ve toplanma özgürlükleri üzerinde caydırıcı bir etki yaratma potansiyeline sahip olduğunu vurgulamıştır. Dahası söz konusu uygulama, daha önce bu madde kapsamında yaptırıma maruz kalan kişilerin tekrar AİHS’in 10 ve 11. maddelerince koruma altına alınan haklarını kullanmaktan caydırmakla kalmayacak, aynı zamanda toplumun diğer üyelerini de gösterilere ve daha genel manada açıkça siyasi tartışmalara katılmaktan caydıracaktır. Tüm bu sebeplere dayanarak Mahkeme, TCK md. 220/7’nin uygulanışının “öngörülebilir” olmadığına, kanun maddesinin başvuruçuların 11. madde kapsamında kalan eylemlerine yönelik keyfi müdahalelere karşı yeterli koruma sağlamadığı gerekçeleriyle toplanma özgürlüğüne gerçekleştirilen müdahalenin kanunla öngörülmediğine karar vermiştir.⁸¹

⁸⁰ *Bakır and Others v. Turkey*, paras. 65-66.

⁸¹ *Bakır and Others v. Turkey*, paras. 67-69.

Bakır and Others v. Turkey kararıyla aynı tarihli olan *İmret v. Turkey (No.2)*⁸² kararının konusu ise; yerel bir siyasetçi olan başvurucunun, bir yıl içinde PKK'nın stratejileri doğrultusunda düzenlendiği iddia edilen on farklı gösteride bulunmuş ve yerel mahkemelerce yapılan değerlendirmeye göre söz konusu örgütün lideri lehine hareket etmiş ve düşünceler açıklamış olması gerekçeleriyle PKK'ya yardım ettiğinin kabulü sonucunda PKK üyeliğinden cezalandırılmasıdır.

Başvurucu, TCK md. 220/7 ve 314/2 uyarınca hakkında verilen mahkumiyet kararının toplanma özgürlüğüne müdahale teşkil ettiğini, söz konusu müdahalenin AİHS'in 10 ve 11. maddeleri kapsamında kanunla öngörülmediğini, zira kamuya açık toplantılara katılması ve bu toplantılarda düşüncelerini ifade etmesi nedeniyle yasa dışı bir örgüte yardım etme ve üye olma suçlarından kovuşturulabileceğini öngöremeyeceğini, yerel mahkemelerin TCK md. 220/7'yi kapsamlı bir şekilde geniş yorumladığını, söz konusu maddede geçen "yardım etme" fiilinin yasa dışı örgüte silah, malzeme veya gizli bilgiler sağlamak şeklinde anlaşılması gerektiğini ileri sürmüştür.⁸³ TCK md. 220/7'nin öngörülebilirliğine ilişkin *Bakır and Others v. Turkey* kararında yapmış olduğu değerlendirmelerin aynısını yapan AİHM, başvurucunun toplanma özgürlüğüne gerçekleştirilen müdahalenin kanunla öngörülmediğine karar vermiştir.⁸⁴

Mahkeme, TCK md. 220/7 bakımından yapmış olduğu değerlendirmede, kanunilik şartının sağlanmadığına karar vermesine karşın, 765 sayılı mülga TCK'da bu maddeye tekabül eden 169. madde⁸⁵ bakımından yapmış olduğu değerlendirmede kanunilik ilkesi bakımından herhangi bir aykırılık bulunmadığı belirlemesini

⁸² *İmret v. Turkey (No.2)*, App. No. 57316/10, Judgment of 10 July 2018.

⁸³ *İmret v. Turkey (No.2)*, para. 33.

⁸⁴ *İmret v. Turkey (No.2)*, para. 58. Mahkeme yakın tarihli kararlarında da konusu; başvuruçuların TCK md. 220/7 uyarınca mahkum edilmeleri olan başvurularda, önceki içtihadından sapması için bir sebep bulunmadığını vurgulayarak TCK md. 220/7'de kullanılan ifadelerin, geniş kapsamı nedeniyle keyfi yargılamalara karşı etkin bir güvence sağlamadığı ve uygulamanın da bu eksikliği gidermediğinin anlaşıldığı gerekçesiyle müdahalenin kanunla öngörülmediğine karar vermektedir (Bkz. *Buluş and Others v. Turkey*, App. No. 41788/09, Judgment of 23 June 2020; *Daş v. Turkey*, App. No. 36909/07, Judgment of 2 July 2020; *Kılınç v. Turkey*, App. No. 40884/07, Judgment of 12 January 2021).

⁸⁵ **eTCK md. 169:** "64 ve 65 inci maddelerde beyan olunan hal haricinde her kim, böyle bir cemiyete ve çeteye hal ve sıfatlarını bilerek barınacak yer gösterir veya yardım eder yahut erzak veya esliha ve cephane veya elbise tedarik eder veya her ne suretle olursa olsun hareketlerini teshil ederse üç seneden beş seneye kadar ağır hapis ile cezalandırılır."

yapmıştır.⁸⁶ 765 sayılı mülga TCK'nın 169. maddesinde 5237 sayılı TCK md. 220/7'den farklı olarak; suçun hareket unsuru bakımından “yardım etme”nin yanı sıra “barınacak yer gösterme, erzak veya esliha ve cephane veya elbise tedarik etme, her ne suretle olursa olsun hareketlerini teshil etme(kolaylaştırma)⁸⁷” şeklinde seçimlik hareketler⁸⁸ öngörülmüştür. Maddenin, 4963 sayılı Kanun'la değişikliğe uğramadan önceki halinin yürürlükte olduğu dönemde Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında, “yardım etme”nin herhangi bir şekil ve nitelikte olabileceğini, zira maddede bu hususta bir sınırlama getirilmediğini, önemli olanın çetenin faaliyetlerinin kolaylaştırılması olduğuna karar vermiştir.⁸⁹

4963 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile 169. maddesinde yapılan değişiklik madde gerekçesinde şöyle ifade edilmiştir: “Maddeyle, “Türk Ceza Kanununun 169 uncu maddesinde yer alan “... her ne suretle olursa olsun hareketlerini teshil” şeklindeki soyut ve muğlak ibare madde metninden çıkarılarak kişi hürriyeti ve güvenliğinin sağlanması amaçlanmaktadır.”⁹⁰ 2003 değişikliği sonrası 169. maddede sayılan seçimlik hareketlerin, “yardım etme” hareketinin yorumlanmasında açıklayıcı ve daraltıcı bir fonksiyon üstlendiği yorumunun yapılması mümkün hale gelmiştir. Buna karşın kanun koyucunun, 4963 sayılı Kanun'un 2. maddesinin gerekçesinde

⁸⁶ Ayata Civelek and others v. Turkey, App. No. 17606/11 and 30252/11, Judgment of 13 October 2020, para. 29. Kararda, başvurucular hakkında verilen mahkumiyet kararının tarihi 15 Ocak 2008 olarak kaydedilmiş (para. 6) ve ilgili iç hukuk kuralları bölümünde yer verilen 169. maddenin metni (para. 11) ise 2003 yılında 4963 sayılı Kanun'la değişmeden önceki haline aittir. Aşağıda nedenleri açıklanacağı üzere; AİHM'in kararda hatayla 169. maddeyi 2003 değişikliği önceki haliyle sunmasına karşın kanunilik açısından değerlendirmesini 2003 değişikliğinden sonraki haline göre yaptığı kanaatindeyiz.

⁸⁷ 07.08.2003 tarihli 4963 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile 765 sayılı Kanun'un 169. maddesinden “eder veya her ne suretle olursa olsun hareketlerini teshil” ibaresi çıkarılmıştır.

⁸⁸ “Suçun kanuni tanımında birbirinin alternatifi olarak gösterilen hareketlerden birisiyle işlenebilen suçlara “seçimlik hareketli suç” denir. Kanuni tanımda gösterilen seçimlik hareketlerden herhangi birisinin gerçekleştirilmesiyle suç oluşur. Bir başka deyişle, kanunda gösterilen hareketlerin hepsinin aynı anda icrası şart değildir. Bu hareketlerden birinin gerçekleştirilmesi yeterlidir. Kanuni tanımda gösterilen hareketlerin hepsi icra edilmiş olsa dahi tek suç vardır. Ancak bu durum temel cezanın belirlenmesinde (m. 61) göz önünde tutulabilir.” (Koca, Üzülmüş, a.g.e., s. 122)

⁸⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 11.11.1991 tarihli, 1991/242 E. ve 1991/305 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://legalbank.net/arama> (E.T.: 05.12.2020). Çetin Özek ise Yargıtay'ın benimsemiş olduğu bu görüşün aksine 169. maddede sayılan hareketlerin kanunda sayılanlarla sınırlı olduğunu ileri sürmüştür (Özek, **Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler**, s. 380).

⁹⁰ 07.08.2003 tarihli 4963 sayılı Kanun'un gerekçesi için bkz. (Çevrimiçi) <https://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0651.pdf> (E.T.: 05.12.2020)

benimsemiş olduğu yaklaşımı 5237 sayılı TCK md. 220/7 açısından benimsemediği görülmektedir.

Doktrinde de TCK'nın 220. maddesinin 7. fıkrası, örgüt üyesi olmayan kişilerin örgüt üyesi olarak cezalandırılmalarına yol açtığı, madde kapsamında tipiklik unsurundan yoksun eylemlerin cezalandırıldığı ve bu durumda da yasallık ilkesinin ihlal edildiği gerekçeleriyle eleştirilmiştir.⁹¹

AİHM'in TCK'nın 220. maddesinin 6 ve 7. fıkralarının uyarınca verilen mahkumiyet kararlarından teşkil eden ve yukarıda ayrıntıları açıklanan bu müdahalelerde ihlal, kanunilik ögesinden kaynaklanmıştır. Bu nedenle TCK'nın 220. maddesinin 6 ve 7. fıkralarının uygulanabilmesi için içtihadın netleştirilmesi gerekmektedir.⁹² Zira Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserliği de söz konusu maddelerin, mahkemelerce uygulama alanının sınırlandırılma çabalarını kabul edilebilir bulsa da kaydedilen ilerlemeyi açıkça yetersiz olarak değerlendirmiştir.⁹³

c. Terör Örgütüne Üye Olmak

TCK md. 314/2 ve 220/2'nin kanunla sınırlama ölçütünü karşılayıp karşılamadığı AİHM kararlarında doğrudan tartışılmamıştır. Mahkeme, *Nedim Şener v. Turkey* ve *Şık v. Turkey* kararlarında geniş bir anlama sahip olan “örgüte üye olmak” teriminin, kanun maddesinin öngörülebilirliğini azaltıp azaltmadığının belirlenmesi gereken bir sorun olduğunu belirtmişse de bu hususun müdahalenin gerekliliğinin incelenmesi ile bağlantılı olduğuna vurgu yaparak öngörülebilirliğe ilişkin nihai bir karar verilmesine gerek olmadığına karar vermiştir. Buna karşın yukarıda ayrıntıları verilen *Işıkırık v. Turkey* ve *Bakır and Others v. Turkey* kararlarında AİHM, TCK'nın 314. maddesinin tek başına uygulandığında kişinin, silahlı bir örgüte üye olup

⁹¹ Evik, **Örgütlenme Suçu**, s. 688. Ayrıca kanun koyucunun, “suç örgütü” kavramını bağımsız bir suç tipi olarak değil, kasten işlenen suçların ağırlaştırıcı sebebi olarak düzenlenmesi gerektiğini ilişkin bir görüş için bkz. Şen, Eryıldız, **a.g.e.**, s. 60.

⁹² Şirin, **Kanun Kavramı**, s. 472; The Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, “Administration of justice and protection of human rights in Turkey”, Report by Thomas Hammarberg, Strasbourg, 10 January 2012, para. 70, (Çevrimiçi) <https://rm.coe.int/16806db70f> (E.T.: 19.09.2020).

⁹³ The Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, “Memorandum on freedom of expression and media freedom in Turkey”, Strasbourg, 15 February 2017, para. 44, (Çevrimiçi) [https://rm.coe.int/ref/CommDH\(2017\)5](https://rm.coe.int/ref/CommDH(2017)5) (E.T.: 19.09.2020).

olmadığı araştırılırken eylemlerinin “sürekliliği, çeşitliliği ve yoğunluğu”nun silahlı örgütün “hiyerarşik yapısı” içinde yer alıp almadığının değerlendirildiğini fakat 314. maddenin, 220/6 ve 220/7 ile uygulandığı durumlarda ise bu hususların araştırılmadığını vurgulamıştır.⁹⁴ Ayrıca söz konusu kararlarda Mahkeme’nin dikkat çektiği 15 Mart 2016 tarihli Venedik Komisyonu Raporu’nda da; Yargıtay’ın silahlı örgüte “üye olmak” suçu üzerine zengin bir içtihat geliştirdiği vurgulanmıştır.⁹⁵

AİHM’in önceki başvurularda yapmış olduğu değerlendirmelerde, müdahalelerin kanuni dayanağı olarak kabul edilen TCK’nın 314. maddesinde düzenlenen silahlı örgüte üye olmak suçunun ulusal makamlarca yorumlanması ve uygulaması, *Selahattin Demirtaş v. Turkey (No. 2)* başvurusunda kanunilik açısından ayrıntılı bir değerlendirmeye tabi tutulmuştur.⁹⁶

Milletvekili olan ve 20 Mayıs 2016 tarihli Anayasa değişikliği sonrasında dokunulmazlığı kaldırılan başvuru 4 Kasım 2016 tarihinde terör örgütüne üye olmak ve suç işlemeye alenen tahrik suçlarını işlediği hususunda kuvvetli suç şüphesi bulunması nedeniyle tutuklanmıştır. AİHM, tutuklama kararına dayanak teşkil eden delillerin şunlar olduğunu gözlemlemiştir: başvuruçunun; eş genel başkanı olduğu siyasi partinin yapmış olduğu sosyal medya paylaşımları ve o tarihlerde yaşanan şiddet olayları arasındaki bağlantı⁹⁷, terör örgütü üyelerinin belirli eylemlerini tarif ettiği

⁹⁴ *Işıkırık v. Turkey*, paras. 66-67; *Bakır and Others v. Turkey*, paras. 64, 66.

⁹⁵ European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission), “Opinion on Articles 216, 299, 301 and 314 of The Penal Code of Turkey”, Adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session (Venice, 11-12 March 2016), para. 100, (Çevrimiçi) [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)002-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)002-e) (E.T.: 18.10.2020).

⁹⁶ *Selahattin Demirtaş v. Turkey (No. 2)*, App. No. 14305/17, Grand Chamber Judgment of 22 December 2020.

⁹⁷ 2014 yılında IŞİD ile Türkiye tarafından PKK’nın uzantısı kabul edilen YPG arasında Kobane şehrinde silahlı çatışmalar yaşanmıştır. 2 Ekim 2014’ten sonra Türkiye’de, Kobane’yle dayanışma çağrı yapılan bir çok eylem düzenlenmiştir. 5 Ekim 2014 tarihinde bir PKK lideri tarafından sosyal medyada “Gençleri kadınları 7’den 70’e herkesi Kobane’ye sahip çıkmaya onurumuzu namusumuzu korumaya metropollerini işgal etmeye çağırıyoruz.” şeklinde bir çağrı yapılmıştır. 6 Ekim 2014 tarihinde ise başvuruçunun da eş genel başkanı olduğu siyasi partinin (HDP) sosyal medya hesabından şu üç paylaşım yapılmıştır: 1- “Halklarımıza acil çağrı! Şuanda toplantı halinde olan HDP MYK’dan halklarımıza acil çağrı! Kobane’de duruş son derece kritiktir. IŞİD saldırılarını ve AKP iktidarının Kobane’ye ambargo tutumunu protesto etmek üzere halklarımızı sokağa çıkmaya ve sokağa çıkmış olanlara destek vermeye çağırıyoruz.”, 2- “Kobane’de yaşanan katliam girişimine karşı 7 den 70 e bütün halklarımızı sokağa, alan tutmaya ve harekete geçmeye çağırıyoruz.”, 3- “Bundan böyle her yer Kobane’dir. Kobane’deki kuşatma ve vahşi saldırganlık son bulana kadar süresiz direnişe çağırıyoruz.”. Yine 6 Ekim 2014 tarihinde bir internet sitesinde, Yargıtay tarafından terör örgütü kabul

konuşmaları (başvurucu örneğin hendek kazılması ve şehirlerde barikat kurulması eylemlerini “direniş” olarak nitelemiştir), Demokratik Toplum Kongresi’ne katılmış olması⁹⁸. Bununla birlikte Mahkeme, 11 Ocak 2017 tarihinde başlayan ve hala derdest olan kovuşturmayı incelediğinde başvuru aleyhine sunulan delillerin neredeyse tamamının siyasi konuşmalarından ibaret olduğu değerlendirmesinde bulunmuştur. Bu sebeple Mahkeme, başvuru tutuklanması ve tutukluluk halinin devamına karar verilmesinin ifade özgürlüğüne müdahale teşkil ettiğine karar vermiştir.

AIHM, müdahalenin kanunla öngörülüp öngörülmediğini incelerken Yargıtay’ın TCK’nın 314. maddesine ilişkin geliştirdiği içtihatlarına dikkat çekmiştir. Bu kapsamda Yargıtay’a göre; bir kişinin, terör örgütüne üye olup olmadığı tespit edilirken, eylemlerinin sürekliliği, çeşitliliği ve yoğunluğu dikkate alınarak, örgütle

edilen KCK’ya ait şu açıklama yayınlanmıştır: “Kobani ile başlayan devrim dalgası tüm Kürdistan’a yayılmalı ve Bu temelde Kürt gençliğinin ayaklanması çağrısında bulunuyoruz... Bütün halkımız Suruç’a gidebilecekler hemen bir saniye zaman kaybetmeden gitmeli ve Kürdistan’ın her karış toprağı Kobanê için ayağa kalkmalıdır... Tüm halkımızı yediden yetmişe bulunduğu her yerde yaşamı IŞİD ve işbirlikçisi AKP’ye dar etmeye ve serhıldanı en üst düzeyde geliştirerek bu katliamcı çetelere karşı durmaya çağırıyoruz.”. Yapılan çağrılar üzerine 6 ve 8 Ekim 2014 tarihlerinde düzenlenen eylemlerde 50 kişi yaşamını yitirmiş, 772 kişi yaralanmıştır. Savcılık makamları, şiddet eylemlerinin HDP’nin yaptığı paylaşımlar neticesinde arttığını iddia etmişlerdir (*Selahattin Demirtaş v. Turkey (No. 2)*, paras. 17-25). AYM, ulusal makamların, HDP ve PKK tarafından yapılan çağrılar ve yaşanan şiddet olayları arasında illiyet bağı kurmasının olgusal ve hukuki temelini olduğunun söylenebileceğini belirtmiştir (*Selahattin Demirtaş Başvurusu*, Genel Kurul, No. 2016/25189, 21/12/2017, para. 150).

⁹⁸ Başvurucu, 26/12/2015-27/12/2015 tarihlerinde gerçekleştirilen DTK Olağanüstü Genel Kurul toplantısında şu açıklamalarda bulunmuştur: “Ne hendeği ne barikatı mevzu oralara kadar küçümsenemez hendekteki barikattaki direnişin nedeni faşizme karşı katliama karşı duruş ve direniştir. Özerklik eşittir hendek barikat değildir. Özerklik biraz önce arkadaşlarımız ifade ettiler onurlu yaşama hakkıdır eğer biri bunu kabul etmiyor bırakın kabul etmeyi bunu tartışmayı tartıştırmayı bunu aklınızdan bile geçirilmesine izin vermiyorsa ve bunu aklından geçirenleri ben tutuklayacağım, katledeceğim, diz çöktüreceğim diyorsa vallahi o barikat hendek kazmışlar çok değil ne yapacaklar başka, ne yapacaklar bunu söyledik diye eleştiriyorlar. Ne yapacaklar bir yol gösterebilirler diyecekler ki yav öz yönetim, özerklik kardeşim.”. Başvurucu yine 26/3/2016 tarihinde DTK Olağanüstü Kongresi’ndeki konuşmasında ise “... Bugün Cizre’de, Silopi’de, Yüksekova’da, Sur’da veya başka bir yerde, Nusaybin’de teröre ve teröriste karşı mücadele edilmiyor değerli arkadaşlar. Bir halkın tamamı hedefe konulmuş durumdadır. Dün Cizre’deydik izlemiştir. Cizre halkının tamamı terörist olarak görünüyor ve ona göre muamele yapılıyor. Diyarbakır halkı öyle, Şımak, Hakkari peki burada on milyonlarca terörist varsa sizin tanımınızda bir yanlışlık var demektir. Sizin zihniyetinizde bir yanlışlık var demektir. Bir ülkede 15 milyon terörist mi olur ya. Herkesi terörist ilan edip, özellikle hak ve özgürlük isteyen Kürtlerin hepsini terörist ilan edip gereğini yapacağım dersiniz, 15 milyonluk halk da elinde ne imkân varsa sizin faşist uygulamalarınıza karşı tabiki direnir. Orada direniş meşru olur. Yoksa savaş meşru bir şey değildir. Savaşın meşruiyeti olmaz. Direniş meşrudur, zulme karşı diriliş meşrudur.” şeklinde açıklamalarda bulunmuştur (*Selahattin Demirtaş Başvurusu*, para. 37). AYM, soruşturma makamlarının, başvuru tutuklanma yapmış olduğu konuşmaların dönem ve yerlerini açıklamalar genel olarak “hendek olaylarının” yaşandığı yerlerde yapılmıştır) gözeterek terörle bağlantılı suç nitelemesinde bulunmalarının temelsiz olmadığını belirtmiştir (*Selahattin Demirtaş Başvurusu*, para. 155).

organik bağ kurup kurmadığı ve bu eylemleri örgütün hiyerarşik yapısı içerisinde bilerek ve isteyerek gerçekleştirip gerçekleştirmediği araştırılmalıdır.⁹⁹

Başvurucu hakkında terör örgütüne üye olmak suçunu işlediği iddiası üzerine verilen tutuklama kararının ve sonrasında tutukluluğunun denetlenmesi üzerine verilen tutukluluğunun devamı kararlarının, diğer delillerin yanı sıra başvurucunun, hükümet politikalarına ilişkin yapmış olduğu eleştirilerine ve Demokratik Toplum Kongresi'ne katılmasına dayandığı gözlemlenmesini yapan AİHM, ulusal makamların TCK'nın 314. maddesindeki üye olmaya ilişkin tipiklik bakımından çok geniş bir yorum benimsediklerini belirtmiştir. Zira ulusal makamların; başvurucunun, hükümet politikalarına ilişkin yapmış olduğu eleştirilerinin ve Demokratik Toplum Kongresi'ne katılmasının, terör örgütüyle organik bir bağı olduğuna ilişkin yeterli eylemler olarak kabul ettikleri gözlemlenmiştir. Keza Mahkeme, Yargıtay içtihatlarının gerektirdiği üzere; başvurucunun eylemlerinin sürekliliği, çeşitliliği ve yoğunluğunun dikkate alınmayarak, bu eylemlerin terör örgütünün hiyerarşik yapısı içinde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin araştırılmadığını gözlemlemiştir.

Yakın zamanda, hükümete yönelik eleştirilerin terör örgütüne üye olmak suçu kapsamında tutuklama kararlarına konu edilmemesi gerektiğine yönelik iki karar¹⁰⁰ verdiğini hatırlatan AİHM, kararında ayrıca İnsan Hakları Komiseri'nin¹⁰¹ ve Venedik Komisyonu'nun¹⁰² terör örgütüne üye olmak suçunun uygulamasına ilişkin

⁹⁹ Bu konudaki ayrıntılı açıklamalar için bkz. Birinci Bölüm, 1. Terör Örgütüne Üye Olmak (TCK 220, 314/2).

¹⁰⁰ *Mehmet Hasan Altan v. Turkey*, App. No. 13237/17, Judgment of 20 March 2018; *Şahin Alpay v. Turkey*, App. No. 16538/17, Judgment of 20 March 2018.

¹⁰¹ Komiser, Türkiye'de artan bir şekilde, tutukluğu haklı göstermek için dayanılan delillerin açıkça şiddet içermeyen ifade özgürlüğü kullanımlarına dayandığını, ulusal makamların AİHM'in ifade özgürlüğüne ilişkin içtihatlarını uygulamadıklarını belirtmiştir [The Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, "Memorandum on freedom of expression and media freedom in Turkey", Strasbourg, 15 February 2017, (Çevrimiçi) [https://rm.coe.int/ref/CommDH\(2017\)5](https://rm.coe.int/ref/CommDH(2017)5) (E.T.: 19.09.2020)].

¹⁰² Venedik komisyonu, sivil toplumdan bazı kaynaklara dayandığı bilgilere göre, ulusal makamların terör örgütüne üye olmak suçuna ilişkin genellikle çok zayıf delillere dayandığını belirtmiştir. Komisyon görüşünde ayrıca, Uluslararası Af Örgütü'nün 2013 yılında yayınladığı raporda belirttiği; tek başına suç teşkil etmeyen, toplantıya katılma, dernek kurma ve ifade özgürlüğü haklarının kullanılması şeklindeki temel hak ve özgürlükler kapsamında kalan faaliyetlerin terör örgütüne üye olmak suçunda delil olarak değerlendirildiğine ilişkin bilgiye de yer vermiştir. [European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission), "Opinion on Articles 216, 299, 301 and 314 of The Penal Code of Turkey", Adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session (Venice, 11-12 March 2016), paras. 102].

eleştirilerini içeren görüşlerine de yer vermiştir. İncelemiş olduğu başvurunun bu görüşleri haklı çıkardığını belirten Mahkeme, başvurucuya isnat edilen eylem silsilesinin oldukça geniş olduğunu, ulusal makamların başvurucunun davasında TCK'nın 314. maddesini yorumlama biçimlerinin, başvurucuyu keyfi birtakım müdahalelere karşı korumasız bıraktığını değerlendirmiştir. Bu değerlendirmeler ışığında Mahkeme, başvurucu hakkında verilen tutuklamaya ilişkin kararların dayanağını teşkil eden kanun maddesinin yorumlanma ve uygulanma biçimini göz önünde bulundurarak ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin kanunilik gerekliliğini karşılamadığına karar vermiştir.

Başvurucunun, AİHM'den önce AYM'ye yaptığı başvuruda, iddiaları açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle başvurunun kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir. AYM ve AİHM kararlarında yer verilen, başvurucuya ait olduğu iddia edilen konuşmalardan bir kısmı şöyledir:¹⁰³

1- Başvurucu, 13/11/2012 tarihinde Kızıltepe'de düzenlenen bir mitingde yaptığı konuşmada “... *biz alana gelmeden biz alana yetişmeden önce yanılmıyorsam bir müdahale olmuş, bu konuya ilişkin şunu belirtmek istiyorum, ... demişler ki Öcalan posteri asamazsınız. Bak onu diyenlere ... açıkça sesleniyorum. ... çünkü biz başkan Apo'nun heykelini dikeceğiz heykelini. Kürt halkı artık ... ayağa kalkmış bir halktır. Önderiyle, partisiyle, seçilmişiyile, çocuğuyla, genciyle, yaşlısıyla ortadoğunun en büyük halklarından biridir ...*” ifadelerini kullanmıştır.

2- Başvurucu, 21/4/2013 tarihinde Diyarbakır'da yaptığı bir konuşmada “..*Kürt hareketi savaşı meşru müdafaa savaşı olarak ele aldı. Şimdi eğer elinizde silah dışında yöntemlerle güçle, mekanizmayla direnebilecek, başarabilecek yeteri kadar birikim varsa siz buna rağmen silahı kullanırsınız birincisi bu ahlaki olmaz ikincisi de siyasi olarak da doğru bir tercih olmaz. Kürt halkı evet bugün biz sadece söylemiyoruz, bizi eleştirenler de söylüyordu, PKK hareketi olmasaydı bugün Kürt halkı diye bir şey Türkiye kürdistanı için en azından olmayacaktı. Türkiye kürdistanının da Kürtlerin varlığından söz edilmeyecekti. 1984 hamlesi olmasaydı, gerilla savaşı olmasaydı,*

¹⁰³ (AİHM) *Selahattin Demirtaş v. Turkey* (No. 2), para. 79; (AYM) *Selahattin Demirtaş Başvurusu*, para. 37.

kimse bugün Kürt halkının varlığından söz edemezdi, çünkü Kürtlerin başka çaresi yoktu. Kürtler böyle DTK [Demokratik Toplum Kongresi] gibi bir mecliste toplanıp, tartışıp, örgütlenip her tarafta yerel yönetimlerde, parlamentoda sivil toplum örgütlerinde, dağda, ovada, kadın meclislerinde, gençlikte bütün siyasi iradesiyle hücrelerine kadar örgütlü bir güce sahip değildi. Mazlum Doğan şurada 200 metre ilerdeki cezaevinde direnirken cezaevi duvarı arkasında hiç kimsenin olup bitenden haberi yoktu. Şemdinli'de Erüh'ta ilk direniş sergilendiğinde [PKK, 1984 yılında Hakkâri'nin Şemdinli ve Siirt'in Erüh ilçelerinde güvenlik güçlerine yönelik büyük çaplı silahlı saldırılarda bulunmuştur.] kimse ne olduğunu farkında değildi ama o direniş bugün büyük bir halk gerçeği yarattı. Kimliğimizi kazandık ...” ifadelerini kullanmıştır.

AYM, başvurucunun yukarıda verilen iki konuşmasına ilişkin şu değerlendirmede bulunmuştur: “PKK'dan kaynaklı terör eylemlerini olumlayan ifadeler içeren söz konusu konuşmaların terörle bağlantılı bir suç işlendiğine dair belirti olarak kabul edilmesinin de temelsiz olduğu söylenemez.”¹⁰⁴

AİHM, *Selahattin Demirtaş v. Turkey (No. 2)* başvurusunda, müdahalenin kanunla öngörülmediğine dair iki temel saptamada bulunmuştur:

1- TCK md. 314 kapsamında delil olarak değerlendirilen eylemlerin neredeyse tamamı başvurucunun konuşmalarından oluşmaktadır. Bu haliyle terör örgütüne üye olmak suçu ulusal makamlar tarafından, AİHM'in 10. maddeye ilişkin geliştirdiği kriterlere aykırı ve öngörülemeyecek ölçüde geniş yorumlanmıştır. Mahkeme, ifade özgürlüğünün kullanımlarının somut delillerle desteklenmediği sürece terör örgütüne üye olmak, kurmak ve yönetmek suçları kapsamında değerlendirilmemesi gerektiğini belirtmiştir.

2- Derece mahkemeleri, başvuru aleyhine verdikleri tutuklama kararında ve sonrasında tutukluluğunun denetlenmesi üzerine verilen tutukluluğunun devamı kararlarında Yargıtay tarafından terör örgütüne üye olmak suçuna ilişkin geliştirilen

¹⁰⁴ *Selahattin Demirtaş Başvurusu*, para. 156.

içtihatlara (süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk kriterleri) uygun değerlendirmelerde bulunmamışlardır.

Çalışmanın birinci bölümünde belirtildiği üzere bireysel başvuru bakımından delillerin değerlendirilmesi kural olarak derece mahkemelerinin görevidir.¹⁰⁵ Fakat bir temel hak ve özgürlüğe müdahale söz konusu olduğu durumlarda delillerin değerlendirilmesinde açıkça keyfilik söz konusu ise derece mahkemelerinin yorumları denetlenebilecektir.¹⁰⁶ Bu kapsamda AİHM'in, ulusal makamların kabulü üzere, başvurucunun terör örgütüne üye olmak suçunu işlediğine dair kabul edilen delillerin büyük kısmının konuşmalardan ibaret olması şeklindeki saptaması esasen delillerin değerlendirilmesine ilişkin bir husustur. Kanaatimizce söz konusu delillerin (başvurucunun açıklamalarının) ulusal makamlarca değerlendiriliş biçimlerinin temelsiz olmadığı noktasında AYM'nin değerlendirmeleri¹⁰⁷ de göz önünde bulundurulduğunda açıkça keyfilik söz konusu değildir. Bu nedenle AİHM'in kanunilik testi aşamasında yapmış olduğu birinci saptamasına katılmamaktayız.

Tutuklama müessesesi, CMK'da koruma tedbirlerinden biri olarak düzenlenmiştir. CMK'nın 100. madde ve devamında tutuklama kararlarının ihtiva

¹⁰⁵ *Barbera, Messegue and Jabardo v. Spain*, App. No. 10590/83, Judgment of 6 December 1988, para. 68; *Bykov v. Russia*, App. No. 4378/02, Judgment of 10 March 2009, para. 89. AYM de örgüt üyeliğine ilişkin derece mahkemelerinin delilleri değerlendirme hususunda takdir yetkilerinin olduğunu şu şekilde ortaya koymaktadır: “Belirli bir davaya ilişkin olarak delilleri değerlendirme ve gösterilen delilin davayla ilgili olup olmadığına karar verme yetkisi kural olarak yargılamayı yürüten mahkemelere aittir. Bu konuda değerlendirme yapmak Anayasa Mahkemesinin görevi değildir. Dolayısıyla bir delilin tek başına örgüt üyeliği suçunun sübutunda yeterli olup olmadığını değerlendirmek derece mahkemelerinin takdirindedir. Derece mahkemeleri sanık ile doğrudan doğruya temasta olduğu ve delilleri ilk elden inceleme fırsatı bulduğu için bu konuda Anayasa Mahkemesine kıyasla daha elverişli konumdadır.” *Ferhat Kara Başvurusu*, para. 160.

¹⁰⁶ Sibel İnceoğlu, **Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri**, s. 231.

¹⁰⁷ Bu değerlendirmelere yukarıda ayrı ayrı yer verilmiş olsa da bütünlük açısından burada tekrar gösterilmektedir: 1- AYM, soruşturma makamlarının, başvurucunun yapmış olduğu konuşmaların dönem ve yerlerini (açıklamalar genel olarak “hendek olaylarının” yaşandığı yerlerde yapılmıştır) gözeterek terörle bağlantılı suç nitelemesinde bulunmalarının temelsiz olmadığını belirtmiştir (*Selahattin Demirtaş Başvurusu*, para. 155). 2- AYM, başvurucunun terör örgütü ve lideri ile ilgili yapmış olduğu bazı açıklamalara ilişkin şu değerlendirmelerde bulunmuştur: “PKK'dan kaynaklı terör eylemlerini olumlayan ifadeler içeren söz konusu konuşmaların terörle bağlantılı bir suç işlendiğine dair belirti olarak kabul edilmesinin de temelsiz olduğu söylenemez.” (*Selahattin Demirtaş Başvurusu*, para. 156). 3- AYM, ulusal makamların, HDP ve PKK tarafından yapılan çağrılar ve yaşanan şiddet olayları arasında illiyet bağı kurmasının olgusal ve hukuki temelinin olduğunun söylenebileceğini belirtmiştir (*Selahattin Demirtaş Başvurusu*, para. 150).

etmesi gereken hususlar açıklanmıştır.¹⁰⁸ Uyuşmazlığı esastan çözme niteliğini haiz olmayan tutuklama kararlarında AİHM'in somut davada uygulanmadığını belirttiği Yargıtay içtihatlarıyla geliştirilen kriterlerin değerlendirilmemesi olağandır. Bu kriterlerin, uyuşmazlığın esasını çözmeyen tutuklama kararlarında değerlendirilmemesi bir sorun teşkil etmemelidir. AİHM, başvuruyu incelerken başvuru hakkındaki ceza davasının hala derdest olduğunu (ilk derece mahkemesi aşamasında) belirtmiştir. Tutuklama ve tutukluluğun devamına ilişkin verilen kararlarda başvurunun ifadelerinin, terörle bağlantılı¹⁰⁹ ve kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut deliller olarak kabul edilerek kararlara dayanak oluşturması yeterli görülebilmelidir. Zira kişinin, terör örgütünün hiyerarşik yapısına girdiğinin saptanabilmesi için eylemleri bir bütün olarak değerlendirilmelidir. Yargılama ilk derece mahkemesinde derdestken ve henüz dosyaya yeni delillerin de girme ihtimali söz konusuysa yalnızca mevcut deliller ile kişinin terör örgütünün hiyerarşik yapısına girdiğinin ortaya koyulması -özellikle soruşturma aşamasında verilen ilk tutuklama kararında ve tutukluluğun devamına ilişkin kararlarda- her zaman mümkün olmayabilecektir. Kaldı ki tutuklama müessesinin maddi şartlarından olan kuvvetli suç şüphesi bir görünüşdür. Yargılama devam ettiği sürece ilgili suça ilişkin şüphe barındıran görünüşün de değişmesi mümkündür. Bu nedenle tutuklama kararında kişiye atılı suça ilişkin kesin bir yargıya vardıracak bir inceleme metodu kullanılması gerekmemektedir. Dolayısıyla Yargıtay içtihatlarıyla geliştirilen kriterlerin ilk derece mahkemesinin vereceği hükümde değerlendirilip değerlendirilmediğinin denetlenmesi yerinde olacaktır.¹¹⁰ Bu nedenlere AİHM'in tutuklama ve tutukluluğun devamına

¹⁰⁸ **CMK md. 100/1:** “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.” **CMK md. 101/2:** “Tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya bu husustaki bir tahliye isteminin reddine ilişkin kararlarda;

a) Kuvvetli suç şüphesini,
b) Tutuklama nedenlerinin varlığını,
c) Tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunu,

gösteren deliller somut olgularla gerekçelendirilerek açıkça gösterilir...”

¹⁰⁹ “PKK'dan kaynaklı terör eylemlerini olumlayan ifadeler içeren söz konusu konuşmaların **terörle bağlantılı bir suç işlendiğine dair belirti** (vurgu) olarak kabul edilmesinin de temelsiz olduğu söylenemez.” (Selahattin Demirtaş Başvurusu, para. 156). Kanaatimizce AYM'nin tutuklama kararını incelediği bu perspektif terör örgütüne üye olmak suçu bağlamında yerindedir.

¹¹⁰ Mahkeme'nin, suç ve cezalara ilişkin hükümlerde geniş yorum ve kıyas yapıldığını gözlemleyerek müdahalenin kanunla öngörülmediğine ilişkin vermiş olduğu önceki kararlarında, başvurulara konu

ilişkin kararlarda Yargıtay içtihatlarına uygun değerlendirme yapılmadığına ilişkin ikinci saptamasına da katılmamaktayız.

Dolayısıyla Mahkeme'nin, yukarıda yer verilen değerlendirmelerini kanunilik testi altında değil; demokratik toplum düzeninde gereklilik başlığı altında yapması gerektiğini düşünmekteyiz.¹¹¹

Bu başlık altında son olarak terör örgütüne üye olmak suçu AİHS'in 7. maddesi kapsamında ele alınacaktır. AİHM tarafından, 2020'de Türkiye aleyhine yapılan altı başvuruya¹¹² ilişkin Hükümet'e birtakım sorular yöneltilmiştir. Bu başvurularda ileri

mahkeme kararlarının, hüküm niteliğini haiz ve kanun yollarına başvurularak kesinleşmiş kararlar olduğu anlaşılmaktadır. Bkz. *Güler and Uğur v. Turkey*, App. No. 31706/10 and 33088/10, Judgment of 2 December 2014; *Karademirci and others v. Turkey*, App. No. 37096/97 and 37101/97, Judgment of 25 January 2005.

¹¹¹ Hakim Saadet Yüksel de karşı oy gerekçesinde; terörle bağlantılı suçların uygulanma ve yorumlanmasının kanunla öngörülmediği şeklinde bir tespitin çok ciddi olduğunu, aynı derece ciddi ve inandırıcı gerekçelerle ve başvurucunun da iddiasıyla desteklenmesi gerektiğini, somut davada başvurucunun da terörle bağlantılı suçların düzenlenişi ve yorumlanışına ilişkin Büyük Daire önünde açıkça bir şikayet ileri sürmediğini belirterek müdahalenin demokratik toplum düzeninde gereklilik bağlamında incelenmesi gerektiğini savunmuştur.

¹¹² Yapacağımız değerlendirmeyi başvuruların esasına bağlı kalarak yapmayacak olsak da söz konusu başvuruların çalışma konusunu ilgilendiren kısımlarını burada kısaca göstermekteyiz. Altı başvuruda da başvuruçuların, bir kısmı temel hak ve özgürlükler kapsamında kalan, birtakım eylemleri iddianamelerde ileri sürülmüş, mahkumiyet kararlarında delil olarak değerlendirilmiştir.

1. *Sefer Çolakoğlu v. Turkey*, App. No. 13762/20, Communicated on 19 February 2021 and Published on 8 March 2021: Başvurucunun mahkumiyet kararı iki temel delile dayanmaktadır: (i) Kayseri Emniyet Müdürlüğü tarafından verilen bilgiye göre başvuruçuyu, sahip olduğu iki farklı cep telefonu ve hattıyla 22-26 Ekim 2015 tarihleri arasında ByLock programını kullanmış ve (ii) Sosyal Güvenlik Kurum'u kayıtlarına göre, daha sonradan FETÖ/PDY'ye bağlı olduğu tespit edilen, özel ders merkezlerinde ve farklı illerde uzun yıllar çalışmıştır.

2. *Gültekin Sağlam v. Turkey*, App. No. 14894/20, Communicated on 19 February 2021 and Published on 8 March 2021: İddia makamı başvuruçuyu aleyhine şu delilleri ileri sürmüştür: (i) iki tanığın vermiş olduğu ifadeler, (ii) ByLock programını kullanma, (iii) FETÖ/PDY liderinin destekleme çağrısı üzerine Bank Asya hesabına para yatırma ve (iv) FETÖ/PDY üyeliği kapsamında yargılanan 24 kişiyle iletişim kurduğunu gösteren iletişim kayıtları. Başvurucu hakkında verilen mahkumiyet kararında ise derece mahkemesi şu sonuçlara varmıştır: başvuruçuyu; (i) FETÖ/PDY ile iltisaklı şirketlerde çalışmıştır, (ii) ByLock uygulamasını kullanmıştır ve (iii) örgüt liderinin talimatından sonra Bank Asya'daki hesabına daha önceki işlem tutarlarıyla uyumsuz miktarda para yatırmıştır.

3. *İbrahim Ürün v. Turkey*, App. No. 15013/20, Communicated on 19 February 2021 and Published on 8 March 2021: İddia makamı başvuruçuyu aleyhine şu delilleri ileri sürmüştür: başvuruçunun; (i) ByLock programını kullanması ve (ii) terör örgütünün meslek grubu için düzenlediği sohbetlere katıldığına ilişkin tanık beyanları. Başvurucu hakkında verilen mahkumiyet kararında ise derece mahkemesi şu sonuçlara varmıştır: (i) başvuruçuyu, Adıyaman Emniyet Müdürlüğü'nce hazırlanan iletişim çözüm raporuna göre 15 Ağustos 2014 – 23 Aralık 2015 tarihleri arasında ByLock sunucusunun İP adresine 3.331 kez bağlanmıştır, (ii) söz konusu rapora göre başvuruçunun ByLock mesajlarının içeriğinden, irtibatla olduğu tüm kişilerin; polis memurları, polis müfettişleri ve benzer şekilde FETÖ/PDY üyeliği ile suçlanan “mahrem imamlar” olduğu anlaşılmıştır, (iii) HTS kayıtlarından başvuruçunun ByLock programından sonra yine her ikisi de terör örgütü tarafından kullanılan “Eagle”

sürülen iddialar ve tez konusu bakımından ortaklaşan husus, AİHS'in 7. maddesine ilişkin yöneltilen sorulardır. Sorular, genel olarak Türk hukukunda terör örgütüne üye olmak suçunun teori ve uygulamasına ilişkindir. Aşağıda bu altı başvuru bakımından

ve “Kakaotalk” programlarını kullandığı anlaşılmıştır, (iv) terör örgütüne ilişkin gerçekleştirilen ayrı soruşturmalarda elde edilen, terör örgütüne ait, kolluk kuvvetlerinde görev alan personellerin profillerinin çıkarılmasına ilişkin bilgilere göre başvuruca, bazı sorgulamaları ve zayıf yönleri olmakla birlikte terör örgütü liderine sadık ve bağlı olanlar için kullanılan “B4” kodu verilmiştir (v) başvuruca evinde ve iş yerinde ele geçirilen elektronik cihazlar üzerinde yapılan incelemelere göre başvuruca darbe girişiminden sonra kapatılan bir dizi çevrimiçi haber portalını takip etmiş, “Kakaotalk” mesajlaşma programını kullanmıştır ve (vi) yapılan bilirkişi incelemesine göre başvuruca darbe girişiminden sonra 17 Ağustos 2016 tarihinde telefonunu aktif hale getirmiştir (bu durumda başvuruca ya ilk kez o tarihte telefonunu kullanmış ya da sıfırlamıştır, ki darbe teşebbüsünden sonra FETÖ/PDY üyeleri tarafından sık sık yapılan bu sıfırlama eylemi başvuruca da örgüt talimatı aldığına dayanak kabul edilmiştir).

4. *Yüksel Yalçınkaya v. Turkey*, App. No. 15669/20, Communicated on 19 February 2021 and Published on 8 March 2021: Başvuruca hakkında derece mahkemeleri şu sonuçlara varmıştır: başvuruca; (i) Adıyaman Emniyet Müdürlüğü’nce hazırlanan rapora göre 3 Ekim 2015’ten itibaren ByLock programını cep telefonundan kullanmıştır (Ankara Bölge Adliyesi’nce Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurum’undan alınan rapora göre başvuruca ByLock sunucusunun İP adresine 3-23 Ekim 2015 tarihleri arasında 6 farklı günde toplam 380 kez bağlanmıştır), (ii) FETÖ/PDY’ye bağlı bir dernek ve sendikaya üye olmuştur ve (iii) 2014 Şubat ayında örgüt liderinin talimatından sonra Bank Asya’daki hesabına geliriyle orantılı olarak (başvuruca söz konusu tarihlerde bir devlet okulunda öğretmen olup daha sonra bir KHK ile kamu hizmetinden ihraç edilmiştir) 3.110 TL para yatırmıştır.

5. *Şaban Yasak v. Turkey*, App. No. 17389/20, Communicated on 19 February 2021 and Published on 8 March 2021: İddia makamı başvuruca aleyhine şu delilleri ileri sürmüştür: başvuruca; (i) 2014’ten önce belirli bir bölgedeki FETÖ/PDY bağlantılı öğrencilerden sorumlu olduğuna ve “Recep” kod adını kullandığına ilişkin 4 farklı tanığın beyanı bulunmaktadır, (ii) Bank Asya’da hesabı bulunmaktadır, (iii) FETÖ/PDY bağlantılı bir eğitim merkezinde çalıştığı anlaşılmıştır ve (iv) FETÖ/PDY ile bağlantılı suçlamalarla karşı karşıya olan başka bir şüphelinin cep telefonu kayıtlardan, başvuruca ile iletişime geçildiği anlaşılmıştır. Başvuruca hakkında derece mahkemesi, mahkumiyet kararında büyük ölçüde iddia makamının ileri sürdüğü delillere dayanmanın yanı sıra ayrıca başvuruca FETÖ/PDY’ye bağlı iki derneğe üye olmasını da delil olarak değerlendirilmiştir. Bu başvuruda AİHM, Hükümet’e ayrıca, “bölge talebe mesulü”, “büyük bölge talebe mesulü” ve “ilci”lerin FETÖ/PDY içerisindeki konumu ve sorumlulukları, özellikle bu tür koordinatörler tarafından üstlenilen görevlerin hangi örgütsel amaçlara hizmet ettiği, ayrıca dava dosyasında başvuruca öğrenci koordinatörü olarak hangi zaman diliminde sorumlu olduğuna ve bu süreden sonra herhangi bir örgütsel faaliyetinin tespit edilip edilmediğine dair bilgi olup olmadığı sorularını yöneltmiştir.

6. *Ahmet Turan v. Turkey*, App. No. 11110/20, Communicated on 15 March 2021 and Published on 6 April 2021: İddia makamı başvuruca aleyhine şu delilleri ileri sürmüştür: (i) KHK ile kamu görevinden ihraç edilmiş olma, (ii) ByLock programını kullanma, (iii) KHK ile kapatılan Aktif - Sen isimli sendikaya üye olma ve (iv) FETÖ/PDY liderinin destekleme çağrısı üzerine Bank Asya hesabına para yatırma. Başvuruca hakkında verilen mahkumiyet kararında ise derece mahkemesi şu sonuçlara varmıştır: başvuruca; (i) FETÖ/PDY ile iltisaklı olduğu gerekçesiyle kamu hizmetinden ihraç edilmiştir, (ii) ByLock uygulamasını kullanmıştır, (iii) FETÖ/PDY’ye bağlı bir dernek ve sendikaya üye olmuştur ve (iv) örgüt liderinin talimatından sonra Bank Asya’daki hesabına 38.000 TL para yatırmıştır (başvuruca söz konusu paranın, bir gayrimenkul projesindeki hissesinin satışından elde edildiğini ileri sürmüştür).

ortaklaşan beş soru, somut başvuruların esasından bağımsız bir şekilde değerlendirilmeye çalışılmaktadır.

1- Başvurucular açısından mahkumiyet kararlarına dayanak teşkil eden iç hukuk hükümleri öngörülebilir miydi? Derece mahkemelerinin FETÖ/PDY'yi terör örgütü olarak yorumlaması, başvurucuların mahkumiyet kararına dayanak teşkil eden eylemleri gerçekleştirdiği zamanlarda makul bir şekilde öngörülebilir miydi?

2- Başvurucular kendisine atfedilen eylemlerin TCK 314/2 maddesi kapsamında silahlı örgüte üye olmak suçunda delil olarak kullanılabileceğini makul bir şekilde öngörmüş olabilir mi? Derece Mahkemeleri'nin TCK 314/2 maddesine ilişkin yorumları söz konusu suçun özünü uyumlu ve öngörülebilir miydi?

3- Terör örgütüne üyelik suçunun unsurları nelerdir ve bu unsurlar başvurunun davasında ortaya koyulmuş mudur? Özellikle, derece mahkemeleri, Yargıtay içtihatlarında belirtildiği üzere, terör örgütüne üyelik suçuna ilişkin manevi unsuru başvurucuların davasında usulüne uygun bir şekilde tespit etmişler midir?

4- Mahkumiyet kararı, başvurucuların iddia ettiği gibi suç oluşturacak herhangi bir eylemine dayanılmaksızın mı verilmiştir?¹¹³

5- Terör örgütü üyeliği suçuna ilişkin mahkumiyet kararı daha önceden FETÖ/PDY'nin terör örgütü ilan edildiği bir yargı kararına bağlı mıdır?¹¹⁴ Bu bağlamda 24 Haziran 2008 tarihli ve Fethullah Gülen'in terör örgütü kurma veya yönetme suçlamalarından beraat ettiği Yargıtay kararının¹¹⁵ başvurucuların Sözleşme'nin 7. maddesi kapsamındaki şikayetleri açısından varsa ilgisi nedir?

¹¹³ Örneğin; Ahmet Turan v. Turkey başvurusunda başvuru, kendisine verilen ceza ile Sözleşme'nin 7. maddesi kapsamında ceza kanunlarının geriye dönük uygulandığını, gerçekleştirdiği sırada yasal olan faaliyetlerine (bir sendikaya ve derneğe üye olmak, bankaya para yatırmak) dayanılarak cezalandırıldığını ileri sürmüştür.

¹¹⁴ Örneğin; Gültekin Sağlam v. Turkey başvurusunda başvuru, kendisine verilen cezanın Sözleşme'nin 7. maddesi kapsamında ceza kanunlarının geriye dönük uygulandığını, yakalandığı tarihte var olmayan bir terör örgütüne üye olmaktan mahkum edildiğini ileri sürmüştür.

¹¹⁵ "Ankara 11.Ağır Ceza Mahkemesince 05.05.2006 gün ve 124-20 sayılı ile; '...Yasal mevzuat ile sanığın dosyası bir bütün olarak karşılaştırılıp incelendiğinde; Yasal mevzuata göre; 4928 sayılı Yasa ile 15.07.2003 tarihinde 3713 sayılı Yasanın 1. maddesinde değişiklik yapılmış olup, önceki yasadaki her türlü eylem yerine suç teşkil eden eylemlerde bulunmak, cebir şiddet kullanmak, ön şart kabul edilerek yine sadece amaç etrafında birleşmek değil, suç işlemek amacıyla birleşmek kıstasları getirilerek suçun unsurlarında değişiklik yapılmıştır. Maddenin değişiklikten sonraki haline göre terör suçunun oluşabilmesi için öncelikle cebir ve şiddet kullanılması, Anayasal düzenin nitelik ve değerlerinin değiştirilmesine yönelik olarak maddede yazılı yöntemlere başvurulması, bu hususta girilen eylemlerin suç teşkil etmesi gereklidir. Örgüt suçunun oluşabilmesi için de yukarıdaki yazılı terör suçunu işlemek amacıyla en az iki veya daha fazla kişinin birleşmesi gerekmektedir. Dosya kapsamına göre ise; sanık ve ilişkilendirildiği kuruluşların anayasal düzeni değiştirme amacının sabit olmadığı, sanığın bu hususa yönelik açık bir beyan ve ikrarının bulunmadığı, böyle bir amacının olduğu iddiasının yorum ve çıkarımlara dayandığı, bu amacın varlığının kabulü halinde dahi cebir ve şiddet yöntemlerini benimseydiği, cebir şiddet kullandığı ve bu konuda müstakil suç teşkil eden herhangi bir eylemde bulunduğu tesbit edilmediği, bu hususta delil bulunmadığı, aksine devlet yanlısı tutumu nedeniyle dini motifli radikal terör örgütleri

Çalışmanın birinci bölümünde Türk hukukunda terör örgütüne üye olmak suç tipi maddi ve manevi unsurları açısından tezin konusu bağlamında değerlendirilmiştir. Tekrara düşmemek adına bu bölümde aynı hususları zikretmemekteyiz. Neticeten iç hukukta özellikle Yargıtay içtihatları ile belli bir istikrar ve şekil kazanan suç tipinin uygulanışının, yukarıda yer verilen hükümete tebliğ edilen başvurulara konu müdahaleler bakımından öngörülebilir olduğu kanaatindeyiz. Yine geçmişe etkili suç

tarafından dahi tehdit edildiği, ayrıca; örgüt yapılanması için 3713 sayılı Yasaya göre en az iki kişi, 5271 sayılı yeni CMK.na göre de en az üç kişi olma koşulu aranırken dosyada başka bir sanığın bulunmadığı, örgüt ve yapılanması ile ilgili olarak takipsizlik kararı verildiği, emniyet raporlarında da F.Gülen ve ilişkilerinin 3713 sayılı Yasa kapsamında değerlendirilmediği, bu haliyle 3713 sayılı Terörle Mücadele Yasasının 1. maddesinde tarif edilen şekilde bir terör eylemi ve terör örgütünün bulunmadığı, dolayısıyla yasanın 7/1. maddesinde belirtildiği şekilde örgüt kurmasının ve yönetmesinin söz konusu olmadığı sonucuna varılmıştır. Neticede; yasal mevzuat ve dosya kapsamı bir bütün olarak değerlendirildiğinde yukarıda açıklanan gerekçe ve delillere binaen ulaşılan hukuki ve vicdani kanaat sonucu, suç teşkil eden eylemi tespit edilmeyen, maddi unsuru sübut bulmayan ve unsurları oluşmayan atılı suçtan sanığın beraatına karar vermek gerekmiş ve aşağıdaki hüküm kurulmuştur.' (...)

Yerel C.Savcısının temyizi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 9.Ceza Dairesince 05.03.2008 gün ve 2007/6083-1328 sayı ile; '... Sanığın cebir ve şiddet kullanarak, baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle Anayasada belirtilen Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, niteliklerini ve laik düzeni değiştirmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek amacıyla yönelik olarak suç işlemek üzere terör örgütü kurduğu ve yönettiği yolunda mahkumiyetine yeterli, her türlü kuşkudan uzak, kesin ve inandırıcı deliller elde edilemediği sonucuna varıldığı (vurgu eklenmiştir), bu nedenle de Mahkemenin kararında bir isabetsizlik bulunmadığı anlaşıldığından C.Savcısının yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle, hükmün onanmasına...' karar verilmiştir. (...)

Yargıtay C.Başsavcılığı ise 04.04.2008 gün ve 206179-9 sayı ile; '... Yüksek Dairece; suç tarihinin 31.08.2000 olduğu ve Yargıtay inceleme tarihinde zamanaşımı süresinin tahakkuk ettiği cihetle sanık hakkındaki davanın zamanaşımı nedeniyle düşürülmesine karar verilmesi gerekirken, iddianamedeki nitelendirme ön planda tutulup bu yönde delil değerlendirilmesi yapıp suçun unsurları tartışılarak, sanığın beraatına ilişkin yerel mahkeme hükmünün onanmasına hükmolunması nedeniyle; Yüksek Özel Dairenin 05.03.2008 gün ve 6083-1328 sayılı onama kararının kaldırılarak, Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesinin 05.05.2006 gün 2000/124-2003/20 sayılı hükmünün BOZULMASINA, ancak bu aykırılığın yeniden duruşma yapılmaksızın 1412 sayılı CMUK.nun 322/1. maddesi uyarınca düzeltilmesi mümkün bulunduğundan, gerçekleşen dava zamanaşımı nedeniyle 765 sayılı TCK.nun 102/4, 104/2 ve 5271 sayılı CMK.nun 223/8. maddeleri uyarınca kamu davasının DÜŞÜRÜLMESİNE, karar verilmesi...' istemiyle itiraz yasayoluna başvurmuştur. (...)

Önceki yasalar bütünlüğü ile oluşan bu hakkın, sonradan çıkan ve lehe hükümler içeren yasa nedeniyle ortadan kaldırılması, zaafiyete uğratılması, aleyhe sonuç doğurur şekle dönüştürülerek suç vasfını ve tarihini 4616 sayılı Yasa kapsamından çıkarılmaya neden olacak biçimde değiştirmesi, anılan yasanın getirdiği soruşturma ve kovuşturma masuniyetini kaldırarak 4616 sayılı Yasanın sağladığı atıfetin kapsamı dışında kalan bir başka suç türüne dönüştürmesi olanaklı değildir. "Uyarılama yargılaması" statüsü böyle bir yoruma ve bu doğrultuda bir uygulamaya elverişli bulunmamaktadır. Aksi halde, sanığın, lehe yasanın uygulanması istemiyle yaptığı başvuru sonunda kesinleşen önceki hükümdeki hukuki durumundan daha ağır ve daha aleyhte bir sonuç doğmuş olur ki bunun ceza yargılamasında hukuki dayanağı bulunmamaktadır. Açıklanan gerekçelerle; Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının, "uyarılama yargılaması" statü ve kuralları itibarıyla usulen kabulüne olanak bulunmadığından, vaki itirazın ve konu hükmün sair yönleri incelenmeksizin itirazın reddine karar verilmelidir." Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 24/06/2008 tarihli, 2008/9-82 E. ve 2008/181 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://lib.kazanci.com.tr> (E.T.: 06.04.2021)

ihdas edildiğine ilişkin iddialara da yukarıda AYM'ye yapılan bir başvuru çerçevesinde değerlendirilmişti. Bu sebeplerle yukarıdaki sorular bağlamında üzerinde duracağımız asıl husus, derece mahkemelerinin FETÖ/PDY'yi terör örgütü olarak yorumlamalarının öngörülebilir olup olmadığıdır. Bu sorunun cevabı ise her somut davada ayrı bir değerlendirmeyi gerektirmektedir. Yani kişinin, örgütün hangi hiyerarşik katmanında bulunduğuna göre verilecek cevap değişiklik arz edecektir.

FETÖ/PDY terör örgütünün hiyerarşik yapılanması Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bir kararında¹¹⁶ şu şekilde tasnif edilmiştir:

“Örgütün hiyerarşik yapılanması tabaka-kat sistemine dayanır. Katlar arasında geçişler mümkün ise de, dördüncü kattan sonrasındaki geçişleri önder belirlemektedir. Katlar şu şekildedir:

a) Birinci Kat (Halk Tabakası): Örgüte iman ve gönül bağıyla bağlı olanlar, fiili ve maddi destek sağlayanlardan oluşur. Bunların bir çoğu örgütün hiyerarşik yapısına dahil olmayan bilinçli veya bilinçsiz hizmet ettirilen kesimdir.

b) İkinci Kat (Sadık Tabaka): Okul, dersane, yurt, banka, gazete, vakıf ve kurum görevlilerinden oluşan sadık gruptur. Bunlar örgüt sohbetlerine katılan, düzenli aidat ödeyen, az veya çok örgüt ideolojisini bilen kişilerdir.

c) Üçüncü Kat (İdeolojik Örgütlenme Tabakası): Gayri resmi faaliyetlerde görev alan, örgüt ideolojisini benimseyen ve ona bağlı çevresine propaganda yapan kişilerdir.

d) Dördüncü Kat (Teftiş Kontrol Tabakası): Bütün hizmeti (legal ve illegal) denetler. Bağlılık ve itaatte dereceye girenler buraya yükselebilir. Bu tabakaya girenler örgütte çocuk yaşıta kazandırılanlardan seçilir. Örgüte sonradan katılanlar genellikle bu katta ve daha üst katlarda görev alamazlar.

e) Beşinci Kat (Organize Eden ve Yürüten Tabaka): Üst düzey gizlilik gerektirir. Birbirlerini çok az tanırılar. Örgüt lideri tarafından atanan ve devletteki yapıyı organize edip yürüten kişilerdir.

f) Altıncı Kat (Has Tabaka): Örgüt lideri Fethullah Gülen tarafından bizzat atanan ve lider ile alt tabakaların irtibatını sağlayan, örgüt içi görev değişiklikleri yapıp azillere bakan kişilerdir.

g) Yedinci Kat (Kurmay Tabaka): Örgüt lideri tarafından doğrudan seçilen ve on yedi kişiden oluşan örgütün en seçkin kesimidir.

¹¹⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 24.04.2017 tarihli, 2017/956 E. ve 2017/370 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr> (E.T.: 05.08.2020)

Suç işleme amacıyla kurulmayan bir örgütlenme daha sonrasında bünyesinde işlenen suçlar ile bir suç örgütüne dönüşebilir.¹¹⁷ Bu kapsamda önceden var olan ancak hakkında bir karar verilmediği için kamuoyu tarafından bilinmeyen bir örgütün terör örgütü olarak tanınması için bir mahkeme kararına ihtiyaç varsa da¹¹⁸ söz konusu örgütün kurucuları, yöneticileri ve üyelerinin cezai sorumlulukları suç işlemek için kurulmuş veya sonradan suç işleme amacına yönelmiş örgütün bu yöneliş anından itibaren söz konusu olmaktadır.¹¹⁹ Bununla birlikte terör örgütüne üye olmak suçu doğrudan kastla¹²⁰ işlenebilen bir suç olması nedeniyle örgütün üyesi olduğu iddia edilen kişilerin söz konusu örgütün terör örgütü olduğunu bilmediklerini iddia etmeleri durumunda TCK'nın 30. maddesinde düzenlenen hata hükümleri¹²¹

¹¹⁷ Özgenç, *Suç Örgütleri*, s. 84.

¹¹⁸ Terörle Mücadelede İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerinin Desteklenmesi ve Korunmasına İlişkin Özel Raportörü Martin Scheinin'in Türkiye Misyonu Raporu'nda Raportör; Türkiye'de aktif olan 30 ila 50 terör örgütü olduğu konusunda bilgilendirildiğini, yetkililerin bu örgütleri dört kategoriye ayırdıklarını [(a) *ideolojik terör örgütü, örn; DHKP/C, Türkiye Komünist Partisi (Marksist -Leninist) (TKP/ML) ve Marksist Leninist Türkiye Komünist Partisi (MLKP)*; (b) *ayrılıkçı terör örgütleri, yani PKK/Kongra-Gel(Kürdistan Halk Kongresi)*; (c) *kökten dinci örgütler (örn; Hizbullah)*; ve (d) *Türkiye'yi de hedef alan uluslararası terör örgütleri (El Kaide)...*], müteaddit incelemeye rağmen prosedür, kriterler ve terör örgütü olarak sınıflandırılmanın belirsizliğini koruduğunu, birçok yetkilinin kendisine hangi grupların terörist olduğunun hangilerinin olmadığını "herkesçe bilindiğini" belirttiğini, bazı muhatapların da bir terör örgütü listesine atıf yaptığını, söz konusu listenin İçişleri Bakanlığı, Milli İstihbarat Teşkilatı, Milli Güvenlik Konseyi ve Jandarma tarafından hazırlandığını iddia ettiğini, ancak söz konusu organların hiçbirinin böyle bir listeyi doğrulamadığını, yargı makamlarının da bu tür listelerin mahkemeler açısından bağlayıcı olmadıklarının altını çizdiğini belirtmiştir (Martin Scheinin, "Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms while Countering Terrorism - Addendum: Mission to Turkey", United Nations Human Rights Council, 16 November 2006, A/HRC/4/26/Add.2, para. 26-27 (Çevrimiçi) <https://digitallibrary.un.org/record/587281> (E.T.: 05.04.2021)).

¹¹⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 24.04.2017 tarihli, 2017/956 E. ve 2017/370 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr> (E.T.: 05.08.2020). AİHM de Türk hukukunda bir kişinin terör örgütüne üye olmak suçundan sorumlu tutulabilmesinin, söz konusu örgütü önceden terör örgütü ilan eden bir yargı kararına bağlı olmadığı gibi bir örgütün terör örgütü olarak belirlenmesine yönelik hiçbir açık kural veya idari uygulamanın da bulunmadığını gözlemlemiştir (*Parmak and Bakır v. Turkey*, para. 71).

¹²⁰ Kast, TCK md. 21/1'de, "suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir" şeklinde tanımlanmıştır. Suçun kanuni tanımındaki unsurlar fail tarafından bilinmiyor ise kastın varlığından söz edilemez. Fail, suçun kanuni tanımındaki tüm unsurların somut olayda var olduğunu biliyorsa ve söz konusu suç tipini gerçekleştirmeye yönelik harekette bulunuyorsa kasten hareket ettiği kabul edilir (Koca, Üzülmüş, *a.g.e.*, s. 151-152, 158). Birinci bölümde de belirtildiği üzere örgüte üye olmak suçunda failin, örgütün suç işleme amacını bilmesi gerekmektedir. Örgütün bu amacını bilmeyen fail, kasten hareket etmiş kabul edilemez ve cezalandırılmaz.

¹²¹ **TCK md. 30/1:** "Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır."

değerlendirilebilecektir.¹²² Nitekim CGK kararında¹²³ bu husus şöyle değerlendirilmiştir:

“FETÖ/PDY silahlı terör örgütünün, Devletin Anayasal düzenini cebir ve şiddet kullanarak değiştirmek olan nihai amacını gerçekleştirmek için “mahrem alan” şeklinde örgütlenmesi ve devletin silahlı kuvvetlerindeki unsurları dikkate alındığında gerekli ve yeterli örgütsel güce sahip olduğu hususunda tereddüt bulunmamaktadır.¹²⁴ Örgütün bu amaç ve yöntemlerini bilen örgüt mensuplarının örgütteki konumları gözetilerek cezalandırılacağı da açıktır. Örgütlenme piramidine göre, beş, altı ve yedinci kat ve kural olarak üç ve dördüncü katlarda bulunan örgüt mensuplarının bu durumda olduklarının kabulü gerekmektedir. Ancak önce dini bir kült, ardından da terör örgütü haline dönüşen FETÖ/PDY’nin, başlangıçta bir ahlak ve eğitim hareketi olarak ortaya çıkması ve genellikle böyle algılanması, örgütün gayri meşru amaçlarını gizleyip alenen kriminalize olmamaya çalışması ve örgütün kurucusu ve yöneticisi Fethullah Gülen hakkında Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesince verilen beraat kararının onanarak kesinleşmesi karşısında¹²⁵, özellikle örgütün sözde meşruiyet vitrini olarak kullanılan diğer katlardaki örgüt mensupları tarafından bilinip bilinmediğinin olaysal olarak TCK’nın 30. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir (vurgu eklenmiştir) .

Bu bağlamda söz konusu değerlendirme yapılırken, ülke çapında yürütülen soruşturma ve kovuşturmalar, FETÖ/PDY silahlı terör örgütüyle ilgili dava dosyalarında yer alan EGM’nin örgüt hakkındaki raporuyla diğer belgeler, mahkemelerce karara bağlanan davalar, bu davalarda dinlenen itirafçı sanıkların savunmaları, tanık beyanları ve benzer pek çok kaynakta yer aldığı üzere; örgüt mensubu olan kamu görevlileri tarafından örgütün nihai amacının açıkça ortaya konularak, devleti ve hükümeti açıkça hedef alan terör faaliyetlerinin icra edilmesi, bu faaliyetlerin örgüt liderinin açıklamaları ve

¹²² “Bir oluşumun çekirdeğini oluşturan kişiler suç işlemek amacıyla hareket etmekle birlikte, oluşumun içinde yer alan ve fakat bu amaçtan habersiz olan kişiler, suç işlemek amacıyla kurulmuş bir örgüte üye olmaktan veya bu örgütü yönetmekten sorumlu tutulamazlar.” [Özgenç, **Suç Örgütleri**, s. 24 (KRAUß, Mathias: Leipziger Kommentar StGB, Band 5, § 127, kn 72’den **naklen**)]

¹²³ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 24.04.2017 tarihli, 2017/956 E. ve 2017/370 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr> (E.T.: 05.08.2020)

¹²⁴ FETÖ/PDY terör örgütünün kuruluşu ve liderini, örgütün amacını, yapısını, işleyişini ve hiyerarşisini ayrıntılı bir şekilde anlatan Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 16. Ceza Dairesi’nin (ilk derece mahkemesi sıfatıyla) 24/04/2017 tarihli, 2015/3 E. ve 2017/3 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://legalbank.net/arama> (E.T.: 05.12.2020).

¹²⁵ Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesi’nce verilen beraat kararı Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 24/06/2008 tarihli, 2008/9-82 E. ve 2008/181 K. sayılı kararı ile kesinleşmiştir. Bununla birlikte yukarıda işaret edilen Yargıtay 16. Ceza Dairesi’nin kararında FETÖ/PDY terör örgütünün geçmişi ve kuruluşu 1966 tarihinden itibaren anlatılmıştır. Özgenç, kesin hüküm niteliğini haiz beraat kararı uyarınca FETÖ/PDY terör örgütüyle ilgili beraat kararını kesinleştiren Yargıtay CGK kararına konu iddianamenin düzenlendiği tarihten önceki fiillerin bu yargılama kapsamında değerlendirilmesinin hatalı olduğunu ileri sürmüştür (Özgenç, **Suç Örgütleri**, s. 109).

basın yayın araçlarıyla üstlenilmesi gibi sansasyonel olayların kamuoyunun gündemini uzunca bir süre meşgul edip yoğun bir şekilde tartışılması hususları gözden kaçırılmamalıdır. Bu nitelikli çok sayıda olay arasında, 7 Şubat 2012 tarihli MİT krizi, gayri hukuki iletişimin dinlenmesi kararları aracılığıyla elde edilmiş hukuka aykırı bulgulara dayandığı ve suç unsurlarının da oluşmadığı gerekçeleriyle kovuşturmayaya yer olmadığı kararlarına konu olan 17/25 Aralık 2013 tarihli operasyonlar ile 1 Ocak ve 19 Ocak 2014 tarihli MİT tırlarının durdurulması hadiselerini saymak mümkündür.

Ayrıca, Milli Güvenlik Kurulunun 30.10.2014 ve daha sonraki tarihlerde gerçekleştirdiği müteaddit toplantılarında alınan ve kamuoyuyla paylaşılan kararlarda; FETÖ/PDY'nin, milli güvenliği tehdit eden ve kamu düzenini bozan, devlet içerisinde legal görünüm altında illegal faaliyetler yürüten, illegal ekonomik boyutu bulunan, diğer terör örgütleriyle işbirliği yapan bir terör örgütü olduğuna dair değerlendirmelerin yapılması ve bu terör örgütüyle devletin tüm kurum ve birimleriyle birlikte etkin bir mücadele edilmesine dair kararların alınması, aynı tespit ve açıklamaların devlet ve hükümet yetkililerince de en üst düzeyde benimsenip kamuoyuyla paylaşılması gibi olguların da gözardı edilmemesi gerekir.¹²⁶ (...)

Suç tarihi itibarıyla FETÖ/PDY'nin silahlı terör örgütü olduğuna ilişkin kesinleşmiş bir mahkeme kararının bulunmaması, neticeyi bilerek ve isteyerek tipik hareketi gerçekleştiren sanıkların kanuni yönden sorumlu tutulmalarına engel teşkil etmeyecektir. Ayrıca örgüt piramidi içindeki konumları itibarıyla "mahrem alan" kapsamında yer almaları ve sanıkların eğitim düzeyi, yaptıkları görev nedeniyle edindikleri bilgi ve tecrübeleriyle örgütteki konumları itibarıyla bu oluşumun bir silahlı terör örgütü olduğunu bilebilecek durumda oldukları anlaşıldığından (vurgu eklenmiştir), sanıklar hakkında TCK'nın 30. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen hata hükmünün uygulanma olanağı bulunmamaktadır."

Yargıtay, yukarıdaki kararında sanıkların, eylemlerini gerçekleştirdikleri tarihlerde örgütteki hiyerarşik konumlarını da göz önünde bulundurarak içinde

¹²⁶ Özgenç, "Münhasıran yürütme yönünden bir istişare organı olan Milli Güvenlik Kurulu'nun kararlarından hareketle, bir örgütsel yapının terör örgütü olduğunun kabulü, **münhasıran yargının görevi olan bir hususun idari organlara tevdi**i olarak değerlendirilmelidir. Söz konusu kararın bu yönü itibarıyla **hatalı** olduğu ve bunun hukuken kabul görmeyeceği açıktır (vurgu orijinaldir)." şeklindeki görüşüyle CGK kararındaki değerlendirmelere benzer değerlendirmelerin yapıldığı Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin (ilk derece mahkemesi sıfatıyla) 24/04/2017 tarihli, 2015/3 E. ve 2017/3 K. sayılı kararının Milli Güvenlik Kurulu'nun çeşitli kararlarına dayanmasını eleştirmiştir (Özgenç, **Suç Örgütleri**, s. 113). CGK kararı incelendiğinde FETÖ/PDY'nin terör örgütü olarak kabul edilmesinin, yalnızca Milli Güvenlik Kurulu'nun çeşitli kararlarına dayandırılmadığı, kamuoyunun bilgisi ve görgüsü dahilinde gerçekleşen birtakım olaylara (7 Şubat 2012 tarihli MİT krizi, olan 17/25 Aralık 2013 tarihli operasyonlar ile 1 Ocak ve 19 Ocak 2014 tarihli MİT tırlarının durdurulması hadiseleri vb.) dayandırıldığı görülmektedir. Bu bağlamda, maddi ceza hukuku açısından isabetliliğini değerlendirmeksizin, kamuoyuna yansıtılan Milli Güvenlik Kurulu'nun çeşitli kararlarının kanunilik testi bakımından öngörülebilirliği artırdığını düşünmekteyiz.

bulundukları oluşumun bir terör örgütü olduğunu öngörebilecekleri sonucuna varmıştır. Yakın tarihli bir başka kararda ise Yargıtay, yukarıda belirlediği kıstaslar uyarınca derece mahkemesinin, sanığın örgütteki hiyerarşik konumu ve eylemlerin gerçekleştiriliş tarihlerini göz önünde bulundurarak hata hükümlerini değerlendirmesi gerektiğine karar vermiştir:

“Dosya kapsamındaki deliller ve sanığın savunmasına göre; esnaf olan sanığın, 2012 yılı ve öncesinde bir kısım örgütsel toplantılara katılmak ve Ödemiş Genç İşadamları derneğine üye olmak şeklindeki gerçekleşen faaliyetlerin örgüt üyeliğine esas alınarak karar verilmiş ise de, 2012 yılı sonrasında herhangi bir örgütsel faaliyetinin bulunup bulunmadığının araştırılarak, özellikle 2014 yılı sonrasına sarkan eyleminin bulunup bulunmadığı araştırılarak sonucuna göre sanık hakkında TCK’nın 30/1. maddesi hükümlerinin tartışılması gerektiğinin gözetilmemesi,”¹²⁷

Kanaatimizce 24/06/2008 tarihli beraat kararını kesinleştiren CGK kararı da gözetildiğinde FETÖ/PDY örgütünün hiyerarşik yapısını oluşturan birinci tabaka kapsamında olduğu değerlendirilen kişilerin, eylemlerini gerçekleştirdikleri tarihlerde FETÖ/PDY’nin terör örgütü olarak yorumlanacağını öngördüklerini kabul etmek güçtür. İkinci tabaka kapsamında olduğu değerlendirilen kişiler açısından ise karine olarak eylemlerini gerçekleştirdikleri tarihlerde FETÖ/PDY’nin terör örgütü olarak yorumlanacağını öngöremeyeceklerini kabul etmekle birlikte somut olay bazlı değerlendirme yapılması gerekmektedir. Yargıtay tarafından ortaya koyulan yedi tabakalı hiyerarşik yapı öngörülebilirlik testi açısından önemli bir fonksiyonu haizdir. Bu bakımdan somut davalarda sanıkların/başvurucuların terör örgütü üyesi olarak kabul edilirken örgütün hiyerarşik yapısında hangi konumda bulunduklarının tespiti büyük önem kazanmaktadır. Dolayısıyla örgüt üyelerinin hiyerarşik yapının hangi katında olduklarının tespiti bakımından belirli kriterlerin bulunması elzemdir. Yargıtay’ın terör örgütüne üye olmak suçundan vermiş olduğu onama kararları

¹²⁷ Yargıtay 16. Ceza Dairesi’nin 22/12/2020 tarihli, 2019/7268 E. ve 2020/6693 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr> (E.T.: 07.04.2021). Benzer doğrultuda bir karar için bkz. “Doktor olan sanık E. Y. ile emekli olan sanık İ. K.’ın, Bank Asya’da katılım hesabı açtırmak şeklinde gerçekleşen faaliyetlerinin örgüt üyeliğine esas alınarak karar verilmiş ise de, Bank Asya’daki hesaplarının 2013 yılından öncesine ait olduğu, sanıkların örgütsel talimatla Bank Asya’ya para, döviz yatırıp yatırmadığı, katılım hesabı açıp açmadıklarının hiçbir kuşkuyla yer vermeyecek şekilde ortaya konulmasının temini bakımından 2013 yılı öncesi ve 2015 yılı sonrası hesap hareketlerinin araştırılarak, özellikle 2014 yılı sonrasına sarkan eyleminin bulunup bulunmadığı araştırılarak sonucuna göre sanıklar hakkında TCK 30/1 maddesi hükümlerinin tartışılması gerektiğinin gözetilmemesi,” Yargıtay 16. Ceza Dairesi’nin 02/02/2021 tarihli, 2019/6322 E. ve 2021/420 K. sayılı kararı

incelendiğinde, hiyerarşik yapı incelemesinin bazı kararlarda açıkça yapıldığı¹²⁸, bazı kararlarda ise sanığın bulunduğu hiyerarşik kata ilişkin açıkça bir değerlendirmenin yapılmadığı görülmektedir. Bu kapsamda AYM ve AİHM'e yapılan başvurularda ulusal makamların başvuruçuların hangi tabakada bulunduğunu belirli kriterler ışığında ortaya koyması ve bu açıdan öngörülebilirlik testinin gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

2. AYM Yaklaşımı

AYM, ayrıntılı değerlendirmeler yapmaksızın TCK'nın 314 ve 220. maddeleri uyarınca terör örgütüne üye olmak suçunun, kanunla sınırlama ölçütünü karşıladığı sonucuna varmaktadır.¹²⁹ TCK'nın 220. maddesinin 6 ve 7. fıkralarına ilişkin de AYM, AİHM'den farklı olarak, herhangi bir değerlendirme yapmaksızın söz konusu maddelerin müdahalelerin kanuni dayanağı olarak kabul edilmesi gerektiğine karar vermektedir.¹³⁰ Fakat AYM son kararlarından birinde TCK'nın 220. maddesinin 7.

¹²⁸ Örneğin Yargıtay bir kararında sanığın bulunduğu hiyerarşik tabakanın özelliklerini Emniyet Genel Müdürlüğü Terörle Mücadele Daire Başkanlığı Tarafından 2019 Yılı Ocak ayında düzenlenen rapora dayanarak şu şekilde değerlendirmiştir: "...Mahrem hizmetlerde; Fetullah GÜLEN veya örgütün üst yönetim katından gelen talimatları, doğruluğunu veya akla uygunluğunu, dini, hukuki, ahlakiliğini sorgulamadan yerine getirecek, "mutlak itaat ve teslimiyet gösteren özel seçilmiş" örgüt mensupları kullanılmaktadır. (...) Örgüt dilinde Mahrem Yerler: - TSK (Genelkurmay ve Kuvvet Komutanlıkları), - Emniyet (EGM ve İl Emniyet Müdürlükleri), - Yargı (Adalet Akademisi, Hâkimler/Savcılar, HSK), - MİT, - Mülkiye (Valiler/Kaymakamlar), - Bazı Özel Kurumlar (TİB, ÖSYM, TÜBİTAK) ifade eder. (...) 'sanığın kendi adına kayıtlı ve kullanımında olan 0 507 740 04 53 GSM nolu hattının Balıkesir İl Merkezinde bulunan (9) ayrı ankesörlü telefondan, (10.01.2014 – 09.03.2015) tarihleri arasında toplam (51) kez arandığının, bu aramalarda kendisi gibi astsubay olan Oğuzhan Günay ve Çağrı Çelik isimli şahıslarla (24.01.2014 – 26.06.2014) tarihleri arasında (4) ayrı ardışık aramasının bulunduğu, toplam (51) kez yapılan aramalardan, (36)'sının tekil, (15) tanesinin ise ardışık olduğunun" belirlendiği, bu şekilde sanıksanık F. K.'un, "**FETÖ/PDY silahlı terör örgütünün askeri mahrem yapılanması içerisinde yer aldığı**" (vurgu eklenmiştir) (...)” Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin 13/11/2019 tarihli, 2018/5526 E. ve 2019/6842 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr> (E.T.: 07.04.2021)

¹²⁹ *Metin Birdal Başvurusu*, para. 52; *Celal Mezarıcı ve diğerleri Başvurusu*, No. 2014/12781, 10/10/2019, para. 42; *Sefa Başak Başvurusu*, No. 2014/15431, 20/11/2019, para. 32.

¹³⁰ TCK'nın 220/6. Maddesi bakımından bkz. *Ali Sarıpınar Başvurusu (2)*, No. 2013/6186, 9/3/2016, para. 81. TCK'nın 220/7. Maddesi bakımından bkz. *Erdem Gül ve Can Dündar Başvurusu*, Genel Kurul, No. 2015/18567, 25/2/2016, para. 94. Ayrıca bir iptal başvurusunda AYM, TCK'nın 220. maddesinin 7. fıkrasının Anayasa'ya ve ceza hukukunun genel ilkelerine aykırı olmadığına karar vermiştir: "Daha önce de belirtildiği üzere, kanun koyucu, cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımı ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edilebileceği konusunda takdir yetkisine sahip bulunmaktadır. Dava konusu kuralda, örgütlü suçlarla etkin mücadele edilmesinin sağlanması amacıyla örgütün hiyerarşik yapısına dâhil olmasa bile örgütün amacına ulaşmasını sağlamak üzere örgüte bilerek ve isteyerek yardım edenler yönünden bağımsız bir suç tipi oluşturulmakta ve bu fiil örgüte üye olmakla ortaya çıkan tehlikeye eşdeğer görülerek, örgüt üyeliği suçuyla aynı şekilde cezalandırılmaktadır.

fikrasında düzenlenen terör/suç örgütüne yardım etme suçuna ilişkin kanunilik unsuru bakımından farklı bir değerlendirmede bulunmuştur. Başvurucuların, mahkeme kararıyla dağıtımı ve satışı yasaklanan, terör örgütünün propagandasının yapıldığı iddia edilen yayınları bulundurdıkları ve sattıkları gerekçesiyle terör örgütüne yardım etme suçundan mahkum edilmelerini konu alan *Cahit Baybariz ve Edep Tekin Başvurusu*'nda¹³¹ AYM, kanunilik testine ilişkin şu değerlendirmelerde bulunmuştur:

*“Anayasa Mahkemesi bir iptal davasında 5237 sayılı Kanun'un 220. maddesinin (7) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olmadığı sonucuna varmış olmakla birlikte ... söz konusu hükmün uygulanış şekli açısından öngörülebilirliğine ilişkin bazı tartışmalar bulunduğu da bilincindedir (İmret/Türkiye, B. No: 57316/10, 10/7/2018; Bakır ve diğerleri/Türkiye, B. No: 46713/10, 10/7/2018). Ancak somut olayın değerlendirilme yöntemi gözönüne alındığında mevcut başvurunun koşullarında ilgili normların kanunla sınırlama ölçütünü karşılayıp karşılamadığına ilişkin nihai bir değerlendirme yapmaya değil müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olup olmadığının belirlenmesine ihtiyaç olduğu değerlendirilmiştir. Bu sebeple mevcut başvuruda müdahalenin kanuniliği hususunda kesin bir sonuca varmaya gerek olmadığı kanaatine varılmıştır.”*¹³²

AYM'nin, AİHM'in *Gülcü v. Turkey* kararında sergilemiş olduğu yaklaşıma paralel bir şekilde kanunilik bakımından nihai bir değerlendirme yapabilecekken bunu yapmamayı tercih ettiği görülmektedir. Doktrinde AYM'ye yönelik yapılan, TCK'nın 220. maddesinin 6 ve 7. fıkralarına ilişkin kanunilik yönünden bir sorun görmediği içtihatlarını güncellemesi gerekliliğine vurgu yapılan eleştiri¹³³ ise hala güncelliğini korumaktadır.

Dolayısıyla kuralda aynı eyleme ilişkin mükerrer bir yargılama ve cezalandırmanın söz konusu olmadığı açıktır. Bu yönüyle kanun koyucunun izlediği ceza politikası uyarınca yaptığı değerlendirme sonucunda örgüte yardım etme eylemini bağımsız bir suç olarak nitelemesi ve bu eylemi suç olarak tanımladığı başka bir eylemle aynı tehlikede görerek aynı şekilde cezalandırmasında Anayasa'ya ve ceza hukukunun genel ilkelerine aykırı bir yön bulunmamaktadır.” Anayasa Mahkemesi'nin 4/7/2013 tarihli, 2012/100 E. ve 2013/84 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> (E.T.: 14.11.2020)

¹³¹ *Cahit Baybariz ve Edep Tekin Başvurusu*, No. 2015/15091, 22/7/2020.

¹³² *Cahit Baybariz ve Edep Tekin Başvurusu*, para. 30. AYM, kanunilik testinden sonra incelemesine devam ederek müdahalenin demokratik toplum düzeninde gerekli olmadığı sonucuna vararak başvuruçuların ifade özgürlüklerinin ihlal edildiğine karar vermiştir (para. 43) (Bkz. 3. Bölüm, Müdahalenin Gerekçesi).

¹³³ Şirin, *Kanun Kavramı*, s. 472.

II. MEŞRU AMAÇ

Sınırlama rejiminin ikinci basamağı meşru amaç testidir. Ulusal makamlarca temel hak ve özgürlüklere gerçekleştirilen müdahalelerin hakkın düzenlendiği ilgili maddede sınırlı olarak sayılan amaçların dışında, başka amaçlara dayanması söz konusu olamaz. Müdahalenin amacını veya amaçlarını belirlemek ulusal makamların sorumluluğundadır. AİHM de önüne gelen başvurularda taraf devletlerin belirtmiş oldukları sınırlama sebeplerini genellikle meşru kabul etmektedir.¹³⁴ Kural bu olmakla birlikte Anayasa Mahkemesi’ne yapılan bireysel başvurularda, AİHM’de olduğu gibi bir “davalı” bulunmadığından müdahaleye ilişkin meşru amacın saptaması re’sen Anayasa Mahkemesi’nce yapılmaktadır.¹³⁵

AİHS ve Anayasa’da sayılan sınırlama ölçütleri münferiden değerlendirildiğinde soyut ve belirsiz görünebilse de bunlar iç hukuk normları ve içtihatlarla somutlaştırılarak korunmaktadır.¹³⁶ Bununla birlikte ilgili maddelerde sayılan sınırlama ölçütlerine, öngörülükleri amaçlar dışında başka anlamlar yüklenemez. Buna paralel olarak AİHM birçok kararında sınırlama ölçütlerinin istisnai nitelikte olduklarını ve dar yorumlanmaları gerektiğini belirtmiştir. Bu nedenle sınırlama ölçütleri anlam ve kapsam bakımından tüketici bir anlayışla değerlendirilmelidir.¹³⁷

A. Sınırlama Ölçütleri

Kamu düzeni ve milli güvenlik sınırlama ölçütleri Strazburg organları tarafından en sık başvuru olan sınırlama ölçütlerindendir. Devletler bu sınırlama ölçütlerini ileri sürdüklerinde genellikle çok tartışma olmaksızın AİHM tarafından kabul edilmektedir.¹³⁸ Kamu düzeni ve milli güvenlik ile suçların önlenmesi sınırlama ölçütlerine terörizmle ve diğer suçlarla mücadele bağlamında başvurulmaktadır.¹³⁹

¹³⁴ Kil Kelly, **a.g.e.**, s. 30.

¹³⁵ Ulaş Karan, **İfade Özgürlüğü**, s. 143.

¹³⁶ Doğru, **a.g.e.**, s. 42.

¹³⁷ Doğru, Nalbant, **a.g.e.**, s. 228.

¹³⁸ **A.e.**, s. 138.

¹³⁹ Harris, O’Boyle, Bates, Buckley, **a.g.e.**, s. 490.

AİHM ve AYM kararları incelendiğinde de toplanma, örgütlenme ve ifade özgürlükleri kapsamındaki faaliyetlerin, terör örgütüne üye olma, yardım etme ve üyesi olmadığı terör örgütü adına suç işleme suçlarından verilen mahkumiyet kararlarında delil olarak değerlendirilmesi şeklinde gerçekleşen müdahalelerde sıklıkla kamu düzeni, milli güvenlik ve suçların önlenmesi meşru amaçlarının hedeflendiği görülmektedir.¹⁴⁰ Söz konusu sınırlama ölçütlerinin AİHS'in 10. ve 11. maddeleri bakımından ortak sınırlama ölçütleri olduğu görülmektedir.

Yukarıda, temel hak ve özgürlüklerin ilgili maddede sınırlı olarak sayılan sınırlama ölçütleri dışında başka sebeplerle sınırlanamayacağı belirtilmişti. Bununla birlikte AYM'nin din ve vicdan özgürlüğü ile ilgili farklı bir yaklaşım sergilediği görülmektedir.

AİHS'in 9. maddesinin 2. fıkrasında din ve vicdan özgürlüğünün; kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlık veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli sınırlamalara tabi tutulabileceği hüküm altına alınmıştır. Anayasa'nın 24. maddesinde ise din ve vicdan özgürlüğünün Anayasa'nın 14. maddesine aykırı olarak kullanılamayacağı belirtilmişse de AİHS'in 9. maddesinde sayılan sınırlama ölçütleri veya başkaca sınırlama ölçütleri sayılmamıştır. Bununla birlikte AYM, Anayasa'nın 24. maddesinin atıf yaptığı 14. maddenin; temel hakların Anayasa'nın bütünlüğü içerisinde ele alınmasına ilişkin önemli bir yorum kuralı getirdiğini, din ve vicdan özgürlüğü de dahil olmak üzere bütün temel hak ve özgürlüklerin birbirleriyle ve diğer anayasal ilkelerle birlikte değerlendirilmesi ve sınırlandırma ilişkisi içerisinde kavranması gerektiğini, bu kavrayışın ise hakların haklarla sınırlandırılması sonucunu doğurduğunu belirtmiştir. Nitekim AYM, norm denetimi kararlarına atıf yaparak; kimi zaman birlikte uygulanan iki anayasa kuralının birinin diğerinin sınırını oluşturabileceğine¹⁴¹, başka bir deyişle temel hak ve özgürlüğe ilişkin ilgili maddede herhangi bir sınırlama sebebine yer verilmemiş olsa da Anayasa'nın başka maddelerinde yer verilen kurallara dayanılarak söz konusu

¹⁴⁰ *Gülcü v. Turkey*, para. 93; *Gül and others v. Turkey*, para. 35; *Yılmaz and Kılıç v. Turkey*, para. 60; *Metin Birdal Başvurusu*, para. 53; *Hakan Yılmazöz Başvurusu*, para. 30; *Cahit Baybariz ve Edep Tekin Başvurusu*, para. 31; *Ali Sarıpınar Başvurusu (2)*, para. 83.

¹⁴¹ Anayasa Mahkemesi'nin 24/5/2012 tarihli, 2011/134 E. ve 2012/83 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> (E.T.: 08.10.2020)

temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılabilmesine¹⁴² işaret etmiştir. Din ve vicdan özgürlüğünü düzenleyen 24. maddenin son fıkrasında düzenlenen yasak¹⁴³ dışında din ve vicdan özgürlüğüne ilişkin herhangi bir sınırlama ölçütü belirlenmemesine karşın AYM, din ve vicdan özgürlüğünün; sınırlandırılması mümkün olmayan bir hak olmadığını, sınırını toplumu oluşturan diğer bireylerin haklarında bulduğunu belirtmiş ve AİHS'in 9. maddesinde sayılan sınırlama ölçütlerine atıf yaparak Anayasa'nın 17. maddesinde¹⁴⁴ düzenlenen yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığın korunması hakkının bu özgürlüğün doğal sınırı olduğuna dikkat çekmiştir.¹⁴⁵ Bu kapsamda din ve vicdan özgürlüğüne gerçekleştirilen müdahalelerin kişilerin yaşamının, maddi ve

¹⁴² Anayasa Mahkemesi'nin 01/11/2012 tarihli, 2010/83 E. ve 2012/169 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> (E.T.: 08.10.2020); Anayasa Mahkemesi'nin 26/12/2013 tarihli, 2012/157 E. ve 2013/162 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> (E.T.: 01.04.2021). Bu yaklaşıma katılmayan Osman Alifeyyaz Paksüt bir karara şöyle muhalefet etmiştir: “Anayasa'nın 48. maddesinde, sözleşme hürriyetinin sınırlandırılması için açık bir sebep gösterilmemiştir. Her ne kadar muhterem çoğunluk, 48. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen ve özel teşebbüslerin çalışmalarına ilişkin tedbirlerin alınması amacıyla devlete verilen görevi, sözleşme hürriyetinin sınırlandırılmasına olanak veren bir neden gibi kabul etmiş ise de, bahse konu ikinci fıkranın bu şekilde anlaşılmasının temel hak ve özgürlüklerin korunması ve güçlendirilmesi amacına uymadığı düşüncesindeyim.” Anayasa Mahkemesi'nin 19/10/2005 tarihli, 2003/66 E. ve 2005/72 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> (E.T.: 01.04.2021).

¹⁴³ **AY md. 24/son:** “Kimse, Devletin sosyal, ekonomik, siyasi veya hukuki temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasi veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz.”

¹⁴⁴ **AY md. 17/1:** “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.”

¹⁴⁵ AYM'nin bu konuda, sınırlandırılabilen bir hak olan yerleşme özgürlüğüne ilişkin ise tersi bir yaklaşım sergilediği karar için bkz. “Yerleşme özgürlüğü sadece Anayasa'nın 23. maddesinde sayılan özel sınırlama nedenlerine bağlı olarak sınırlandırılabilir. 23. maddede, herkesin, yerleşme ve seyahat özgürlüğüne sahip olduğu belirtildikten sonra, yerleşme özgürlüğüyle ilgili sınırlama nedenleri suç işlenmesini önlemek, sosyal ve ekonomik gelişmeyi sağlamak, sağlıklı ve düzenli kentleşmeyi gerçekleştirmek ve kamu mallarını korumak olarak gösterilmiştir. Maddede yerleşme özgürlüğüyle ilgili sınırlama sadece yasa koyucuya bırakılmakla kalmamış, nitelikli yasa kaydıyla sınırlama benimsenerek, aynı zamanda sınırlamanın hangi neden, amaç ya da koşullarla yapılması gerektiği de tek tek sayılmıştır. Anayasa'da sınırlama nedenlerinin sayılarak belirlenmiş olması, yasakoyucunun bunlar dışında kalan bir nedenle yerleşme özgürlüğünün sınırlandırılması sonucunu doğuracak düzenlemeler yapamayacağını göstermektedir. **Dava konusu kurallarda belirtilen "millî güvenlik", yerleşme özgürlüğüyle ilgili sınırlama nedenleri arasında sayılmamıştır. Anayasa'nın ilgili maddesinde gösterilen sınırlama nedenlerine dayandırılmayan kuralla, aile veya fertlerin millî güvenliği nedeniyle zorunlu iskâna tabi tutulması, Anayasa'nın 23. maddesinin güvence altına aldığı yerleşme özgürlüğü alanına yapılan açık müdahale niteliğindedir.** (vurgu eklenmiştir)” Anayasa Mahkemesi'nin 24/09/2008 tarihli, 2006/142 E. ve 2008/148 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> (E.T.: 01.04.2021).

manevi varlığının korunması meşru amaçlarını taşıyabileceği sonucuna varılmıştır.^{146,147}

Doktrinde AYM'nin bu yaklaşımına koşut ve karşıt görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüş, AYM'nin bu yaklaşımını insan hakları hukukuna uygun bulmaktadır.¹⁴⁸ Diğer görüş ise 2001 Anayasa değişikliğinden¹⁴⁹ sonra genel sınırlama - özel sınırlama

¹⁴⁶ *Esra Nur Özbey Başvurusu*, No: 2013/7443, 20/5/2015, para. 69-75. AYM'nin, din ve vicdan özgürlüğüne ilişkin sergilemiş olduğu, hakların haklarla sınırlanabilirliği yaklaşımı diğer haklar bakımından da geçerlidir: Manevi varlığın geliştirilmesi hakkı için bkz. *Sevim Akat Eşki Başvurusu*, para. 33; Özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı için bkz. *Ahmet Çilgin Başvurusu*, No. 2014/18849, 11/1/2017, para. 40-43; *Rasul Kocatürk Başvurusu*, Genel Kurul, No. 2016/8080, 26/12/2019, para. 48-50; Hak arama hürriyeti için bkz. *Mustafa Berberoğlu Başvurusu*, No. 2015/3324, 26/2/2020, para. 42.

¹⁴⁷ AYM'nin, milli güvenlik, kamu düzeni ve kamu düzenliğinin korunması sınırlama ölçütlerini özel hayata ve aile hayatına teşmil ettiği bir karar için bkz. “Anayasa’nın “Özel hayatın gizliliği” başlıklı 20. maddesinin birinci fıkrasında; herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı hüküm altına alınmıştır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise anılan hakka çeşitli sebeplere bağlı kalınarak sınırlamalar getirilebileceği belirtilerek bu hakkın mutlak olmadığı kabul edilmiştir. Maddede bu sınırlama sebepleri arasında millî güvenliğin ve kamu düzeninin korunması ile suç işlenmesinin önlenmesi sebepleri de sayılmış, böylece bunlara dayalı olarak söz konusu hakkın sınırlandırılabilmesine izin verilmiştir. Ancak 20. maddenin ikinci fıkrasında söz konusu sınırlandırmanın arama tedbirine özgü olarak yapılabileceği belirtildiğinden bu sebepler 20. madde bağlamında dava konusu kural yönünden meşru bir sınırlandırma nedeni olarak kabul edilmeyebilir. Bununla birlikte özel hayatın düzenlendiği maddede dava konusu kural yönünden özel sınırlama sebeplerine yer verilmediğinin kabulü hâlinde dahi bu hakkın Anayasa’da güvence altına alınan diğer temel hak ve özgürlüklerin korunması veya Anayasa’nın diğer maddelerinde devlete bir görev olarak yüklenen millî güvenliğin, kamu düzeninin ve kamu güvenliğinin korunması gibi nedenlerle sınırlandırılması mümkündür.” Anayasa Mahkemesi’nin 24/7/2019 tarihli, 2018/73 E. ve 2019/65 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> (E.T.: 29.04.2020)

¹⁴⁸ Eren, Anayasa’nın 12. maddesindeki “*Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder.*” hükmü uyarınca da temel hak ve özgürlüklerin başkalarının haklarına saygı ödevini de içerdiğini, bu kapsamda ilgili maddede sayılan sınırlama ölçütleri dışında hakkın doğasından/niteliğinden kaynaklanan “örtülü sınırlar”ı bulunduğunu ileri sürmüştür (Abdurrahman Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 2. bs., Ankara, Seçkin, 2020, s. 555). Temel hak ve özgürlüklerin doğasından/niteliğinden kaynaklanan örtülü sınırların, hakkın norm alanından ve Anayasa’nın diğer hükümlerinden kaynaklandığı ileri sürülmüştür. Bu kapsamda nesnel ve Anayasal sınırlılık yalnızca ilgili maddede herhangi bir sınırlama sebebi öngörülme haklar için değil, temel hak ve özgürlüklerin hepsi için geçerlidir. Sınırlılıklardan biri olan Anayasal sınırlılık, Anayasa’nın bütünlüğü ilkesi uyarınca ele alınmalıdır. “*Aralarında genel norm-özel norm ilişkisi bulunmayan iki temel hak normunun birbiriyle veya başka bir Anayasal normuyla çatışması durumunda da, temel hak normları sınırlandırmaya uğrayacaktır.*” [Mehmet Sağlam, “Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında, Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu”, *Anayasa Yargısı*, C: 18, S: 1, Y: 2002, s. 29, 32 (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/pub/anayasayargisi/issue/52002/678122> (E.T.: 03.05.2021)]. Diğer bir sınırlılık olan “nesnel sınırlar” teorileriyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Fazıl Sağlam, *a.g.e.*, s. 47 vd.

¹⁴⁹ Ekim 2001 Anayasa değişikliği ile 13. maddede sayılan genel sınırlama sebepleri kaldırılmış ve temel hak ve özgürlüklerin ancak ilgili maddelerde belirtilen sebeplere bağlı olarak sınırlanabileceği düzenlenmiştir [(Çevrimiçi) <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2001/10/20011017m1.htm> (E.T.: 03.05.2021)]

ayrımının kaldırıldığını, temel hak ve özgürlüklerin ancak ilgili maddede sayılan ölçütlerden birine dayanılarak sınırlanabileceğini savunmaktadır.^{150,151} Bizim de görüşüne katıldığımız Gözler, Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklere ilişkin çeşitli maddelerinde yer bulan sınırlama ölçütlerinin tahdidi olarak sayıldığını ileri sürmektedir. Yazar, bu çıkarımını üç nedene dayandırmaktadır: İlk olarak, temel hak ve özgürlüklere ilişkin Anayasa maddelerinde sayılan sınırlama ölçütlerinden sonra “gibi sebepler” veya “ve diğer hallerde” gibi ifadeler kullanılmadığı için bu sayma, örneklendirici nitelikte bir sayma değildir. İkinci olarak, kuralı değil istisnayı düzenleyen bir hüküm söz konusu olduğunda düzenlemede yer bulmayan şeyin dışarıda bırakıldığı sonucuna varılmalıdır. Son ve pozitif bir argüman olarak ise Anayasa'nın 13. maddesinde açıkça temel hak ve özgürlüklerin “yalnızca”¹⁵² Anayasa'nın ilgili maddelerinde sayılan sınırlama ölçütlerine dayanılarak sınırlanabileceği vurgusudur.¹⁵³

Bu doğrultuda AYM, vermiş olduğu bir kararda başvurucunun “sivil cuma namazı” kıldırması şeklinde gerçekleşen eyleminin terör örgütüne üye olmak suçundan verilen mahkumiyet kararında delil olarak değerlendirilmesinin din ve vicdan özgürlüğüne müdahale teşkil ettiğini kabul etmiştir. Müdahalenin kamu güvenliği ve suçların önlenmesine yönelik çalışmaların bir parçası olduğuna ve bu bağlamda yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığın korunması hakkının din ve vicdan özgürlüğünün doğal sınırlarını oluşturduğunu tekrarlamıştır. Somut olayda ise din ve

¹⁵⁰ Atar, ilgili maddelerde sayılmayan sebeplere dayanılarak temel hak ve özgürlüklerin sınırlanamayacağını, paralel olarak herhangi bir sınırlama sebebi öngörülme hakların da sınırlanmasının mümkün olmadığını, bu durumun 2001 Anayasa değişikliğiyle bilinçli olarak yaratıldığını ve bu eksikliğin giderilebilmesi için Anayasa değişikliği yapılması gerektiğini ileri sürmüştür (Yavuz Atar, **Türk Anayasa Hukuku**, 13. bs., Ankara, Seçkin, 2019, s. 140-141).

¹⁵¹ AİHM de özel sınırlama ölçütleri öngörülen haklara ilişkin olarak örtülü sınırlamalar öğretisinin uygulanmaması gerektiğini belirtmekte, bununla birlikte çatışan haklara ilişkin devletin bütün hakları koruma yükümlülüğünün ise bir örtülü sınır oluşturabileceğini ima etmektedir [Tolga Şirin, “Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Anayasal Mücadeleye Giriş”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, C: 9, S: 17, Y: 2020, s. 69-70, dipnot 62 (Çevrimiçi) https://www.academia.edu/44437749/Tehlikeli_Salgın_Hastalıklarla_Anayasal_Mücadeleye_Giriş (E.T.: 04.05.2021)].

¹⁵² “Temel hak ve hürriyetler, ... **yalnızca** (vurgu eklenmiştir) *Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ... sınırlanabilir...*”

¹⁵³ Kemal Gözler, **İnsan Hakları Hukuku**, 3. bs., Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2020, s. 352.

vicdan özgürlüğüne gerçekleştirilen müdahalenin kişilerin yaşamının, maddi ve manevi varlığının korunması meşru amaçlarını taşıdığı sonucuna varılmıştır.¹⁵⁴

Çalışmanın konusunun terör örgütüne üye olma, yardım etme ve üyesi olmadığı terör örgütü adına suç işleme suçları kapsamında sınırlandırıldığı belirtilmişti. Bu suçlarla korunan hukuki değer de göz önünde bulundurulduğunda “terörizmle mücadele”nin yukarıdaki AIHM ve AYM kararlarında belirlenen sınırlama ölçütlerinin somut görünümü olduğu söylenebilir. Nitekim Devletlerin terörizmle mücadele motivasyonları da kamu düzeni, milli güvenlik, suçların önlenmesi ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasına dayanmaktadır. Bu nedenle aşağıda terörizm ve terörizmle mücadele kavramları üzerinde durulmaktadır.

B. Terörizmle Mücadele

1. Kavram: Terörizm

Terör ve terörizm kavramları doktrinde ve günlük hayatta birbirlerinin yerine kullanılabilmekte ise de bu kavramlar birebir aynı anlama sahip değildir. Türk Dil Kurumu’nun Güncel Türkçe Sözlük’ünde terör kelimesinin karşılığı için *yıldırı*, terörizm kelimesinin karşılığı içinse *yıldırımcılık* kullanılmıştır. Aynı sözlükte yıldırımcılık için ise şu tanımlama yapılmıştır: “*Bir siyasi davayı zorla kabul ettirmek için karşı tarafa korku salacak, cana ve mala kıyacak davranışlarda bulunma, yıldırımcılık, terörcülük, tedhişçilik, terörizm.*”¹⁵⁵ Cambridge Sözlük’e göre terör (terror), “*aşırı korku*”dur.¹⁵⁶ Britannica Ansiklopedisi’ne göre ise terörizm (terrorism), “*bir nüfus üzerinde genel bir korku iklimi yaratmak ve böylece belirli bir siyasi hedefe ulaşmak için kullanılan planlı şiddettir*”.¹⁵⁷ Dolayısıyla terör ve terörizm kavramları aynı kökten gelmelerine karşın aynı anlama tekabül etmemektedir. Bu kapsamda terörizm, “*dehşete düşürmek, yani korku salmak amacı ile -başta cinayet,*

¹⁵⁴ Mehmet Bozhan Başvurusu, No. 2014/2797, 23/10/2019, para. 52. Benzer kararlar için bkz. Abdülmecit Er Başvurusu, No. 2014/3825, 7/11/2019, para. 33; İsa Turan Başvurusu, No. 2014/2962, 12/11/2019, para. 31.

¹⁵⁵ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük (Çevrimiçi) <https://sozluk.gov.tr> (E.T.: 07.04.2021)

¹⁵⁶ Cambridge Dictionary (Çevrimiçi) <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/terror> (E.T.: 07.04.2021)

¹⁵⁷ Encyclopaedia Britannica, (Çevrimiçi) <https://www.britannica.com/topic/terrorism> (E.T.: 07.04.2021)

adam kaçırmak, müessir fiil ve kundakçılık olmak üzere- hukuka aykırı şiddet kullanımıdır'. Terörizmin özü başlı başına hukuka aykırı eylemin gerçekleşmesi değil, terörist eylemcinin ulaşmak ya da propagandasını yapmak istediği amaca yönelik bir araç olarak şiddete başvurusudur. Başka türlü ulaşılması imkansız olan hedefin kilitli kapısını açan anahtar, korkudur.”¹⁵⁸

Terör ve terörizm kavramları, hukuksal olmaktan ziyade siyasaldır. Anayasal, siyasal ve toplumsal düzeni cebir ve şiddet kullanarak değiştirmeye yönelik eylemler terör eylemi olarak kabul edilir.¹⁵⁹ Dolayısıyla terör suçu şeklinde bir suç türü bulunmamaktadır. Suç oluşturan bir eylemin, siyasal amaçlı şiddet ile işlenmesi durumunda terör eyleminden bahsedilir. Yani terör kavramı; eylemin özünü değil, niteliğini belirlemektedir.¹⁶⁰ Bu kapsamda terör ve terörizm kavramlarının zamana ve yere göre farklılıklar gösterebilmesi, ayrıca konunun politik mülahazalarla yüklü olması kavramların hukuki tanımının yapılmasındaki en büyük engellerden birini teşkil etmektedir.¹⁶¹

Terörizm, “halkı sindirmek veya bir hükümeti veya uluslararası örgütü bir eylemi yerine getirmeye veya getirmekten kaçınmaya haksız olarak zorlamak veya bir ülkeyi ve uluslararası bir örgütü ciddi biçimde istikrarsız hale getirmek veya temel siyasal, anayasal, ekonomik ve toplumsal yapılarını yıkmak”¹⁶²yı amaçlamaktadır.

Hukuki açıdan uluslararası toplumca terör ve terörizm kavramlarının henüz kapsamlı bir tanımı yapılamamışsa da terörizmin belirli yönlerine ilişkin bildireler,

¹⁵⁸ Emre Öktem, **Terörizm, İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları**, 2. bs., İstanbul, Derin Yayınları, 2011, s. 40 (Dinstein, Yoram, “Terrorism as an International Crime” in *Isreal Yearbook on Human Rights*, vol 19 1989, s. 55’**ten naklen**). Terörizme ilişkin kurumsal ve bireysel düzeyde yapılan diğer tanımlar için bkz. **A.e.**, s. 37-50.

¹⁵⁹ Özek, **Organize Suç**, s. 212.

¹⁶⁰ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar, Rifat Murat Önok, **İnsan Hakları El Kitabı**, 9. bs., Ankara, Seçkin, 2021, s. 876.

¹⁶¹ Hans-Petter Gasser, “Terör Eylemleri, ‘Terörizm’ ve Uluslararası İnsancıl Hukuk”, Çev. Fulya Eroğlu, **Terör ve Düşman Ceza Hukuku**, Ed. Yener Ünver, Ankara, Seçkin, 2008, s. 105.

¹⁶² Avrupa Konseyi Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi (“*Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism*”). Sözleşme, Avrupa Konseyi tarafından 16 Mayıs 2005 tarihinde imzaya açılmış ve 1 Haziran 2007 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Sözleşme’yi 19/1/2006 tarihinde imzalamış ve 01/07/2012 tarihinde Sözleşme’ye taraf olmuştur. Sözleşme’nin Türkçe çevirisi için bkz. (Çevrimiçi) <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/01/20120113-1-1.pdf> (E.T.: 02.04.2021).

kararlar, sektörel anlaşmalar belirli eylemleri ve temel unsurları tanımlamaktadır.¹⁶³ Terörizmle mücadeleyle ilişkin mevcut uluslararası yasal çerçeve, kavrama ilişkin kapsamlı bir tanımlama sunmadan Devletlere ağır yükümlülükler getirmektedir. Uluslararası toplumun terörizmle mücadele kavramını tanımlamamasına rağmen yapmış olduğu terörizmle mücadele çağırısı, kavramın tanımlanmasının tek tek Devletlere bırakıldığı şeklinde anlaşılabilir.¹⁶⁴ Bu kapsamda mevzuatımızda da terör kavramı şöyle tanımlanmaktadır:¹⁶⁵

“Terör; cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasi, 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.”

2. Terörizmle Mücadele ve İnsan Hakları

İnsan onuruna saygı ve buna bağlı olarak temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması hukuk devletinin temelini oluşturmaktadır. Terör eylemleri, temel hak ve özgürlüklerin kullanımını tehlikeye sokmakta ve demokratik toplum düzenini tehdit etmektedir. Bu eylemler, toplumu paniğe sürüklemekte ve siyasi, ekonomik, sosyal yapıların zarar görmesine sebep olmaktadır.¹⁶⁶ Terör eylemleri özellikle, kişilerin

¹⁶³ Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, **Human Rights, Terrorism and Counter-terrorism**, Fact Sheet no. 32, s. 5, (Çevrimiçi) <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet32EN.pdf> (E.T.:10.10.2020) (Bundan böyle “**Human Rights, Terrorism and Counter-terrorism**” olarak gösterilecektir.). Örneğin Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi’nin 1566 sayılı ve Kasım/2004 tarihli kararında terörizm şöyle tanımlanmıştır: “...ölüme veya ciddi bedensel yaralanmaya sebebiyet verme amacıyla işlenen ve sivillere yönelik de olabilen suç doğurucu eylemler, veya bir devleti, kamuoyunu, kişi topluluklarını veya bireyleri kışkırtmak amacıyla rehine alınması; halka gözdağı verilmesi ya da bir hükümeti veya uluslararası organizasyonu terörizmle ilgili uluslararası anlaşma ve protokollerde tarif edilen ve suç oluşturan bir eylemi yapmaya veya yapmaktan çekinmeye zorlama...” (Kararın ilgili kısmının çevirisi için bkz. Ben Saul, “Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi’nde ‘Terörizm’in Tanımı: 1985-2004”, Çev. Seda Koç, **Terör ve Düşman Ceza Hukuku**, s. 77).

¹⁶⁴ **Human Rights, Terrorism and Counter-terrorism**, s. 39.

¹⁶⁵ 12.04.1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun “*Terör tanımı*” kenar başlıklı 1. maddesi.

¹⁶⁶ 29.06.2006 tarihli ve 5532 sayılı Terörle Mücadele Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un Genel Gereğesi, Dönem: 22, Yasama Yılı: 4, (Çevrimiçi) <https://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-1194.pdf> (E.T.: 18.08.2020).

yaşam hakkı ile bedensel ve ruhsal bütünlüğünü tehdit eder. Bunun dışında terörizm, terörizmle mücadele bağlamında bir takım tedbirlerin alınmasını gerekli kılabilmekte ve bu tedbirlerin temel hak ve özgürlükleri sınırlamasına ve ihlal etmesine de neden olabilmektedir.¹⁶⁷ Fakat terörizmle mücadelede kalıcı bir başarı ve çözüm için insan haklarına saygı çerçevesinde hareket edilmesi gerekmektedir. İnsan haklarına saygı gösterilmesi sadece masum insanların haklarını korumak için gerekli değildir. Aynı zamanda insanın, sadece insan olması sebebiyle sahip olduğu insan hakları, başkalarının haklarına saygı duymayan, demokratik devletin temeline saldıran bir “terörist” için de güvence altına alınmalıdır.¹⁶⁸ Terörizmle mücadelede insan haklarından her sapma, nihayetinde terör örgütlerinin çıkarlarına hizmet edebilecektir.¹⁶⁹

¹⁶⁷ Hamidreza Rafiei Fanood, Saeid Azoogh, “The human rights and the terrorism”, **Juridical Tribune**, C: 6, S: 2, 2016 (December), s. 341-342, (Çevrimiçi) https://heinonline.org/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/juridtrib6&div=61&start_page=336&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults (E.T.: 10.10.2020). Özgürlük ve güvenlik ilişkisine ilişkin bir değerlendirme için bkz. “*Hukuk devleti bireyi ve onun özgürlüğünü esas alır. Ancak özgürlük için düzen şarttır ve düzen içinde özgürlük sınırlı bir özgürlüktür. Şüphesiz güvenlik, bazı hak ve özgürlükler bakımından bir sınırlama nedeni olabilir. Yani güvenlik gerekçesiyle kimi hak ve özgürlükler sınırlanabilir. Ancak söz konusu sınırlamalar da keyfi olamaz, bir takım koşullara bağlanmak zorundadır. Öte yandan güvenlik nedeniyle de olsa sınırlanamaz haklar bulunmaktadır. Ayrıca güvenlik nedeniyle yapılan sınırlandırılmalar, özellikle bağımsız yargının denetimine açıktır.*” (Nihat Bulut, “Sahte Bir Karşıtlığın Çözümü Hukuk Devletinde Özgürlük Güvenlik İlişkisi”, **Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına: 55 Yıl 55 Makale**, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2017, s. 1216, (Çevrimiçi) <https://www.anayasa.gov.tr/media/3524/55yil55makale.pdf> (E.T.: 12.11.2020).)

¹⁶⁸ Sertaç H. Başeren, “İnsan Hakları ve Terörizm”, **İnsan Hakları ve Güvenlik**, TBB İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi, Ankara, 7-8/12/2001, s. 209, (Çevrimiçi) <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/insan-haklari-ve-guvenlik.pdf> (E.T.: 10.10.2020). İnsan hakları, tabi ki de sadece terörist ve suçlulara ait haklar değildir. Bu konuda dünyada yaygın bir ön yargı bulunmakta ise de bu ön yargı iki sebeple açıklanabilir: Birincisi, insan hakları kategorisinde değerlendirilen haklardan bir kısmı özellikle devlet tarafından bir suçlamayla karşı karşıya kalındığında devreye girmektedir. Örneğin, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, adil yargılanma hakkı, suç ve cezaların geriye yürümezliği ve masumiyet karinesi. İkinci sebep ise devletin en şiddetli tedbirlerine muhatap olan grupların suç şüphesi altında olan suçlu ve teröristler olmasıdır. Zira temel hak ve özgürlüklere yönelik en ağır müdahalelere (örneğin, yakalama, gözaltı, tutuklama, arama, el koyma, iletişimin dinlenmesi vb.) suç şüphesi altındaki kişiler muhatap olmaktadır (Veysel Dinler, “Güvenlikçi Devlet Koşullarında İnsan Hakları Dersleri Vermek”, **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2020**, Cilt 2, Ankara, 2021, s. 392-393, (Çevrimiçi) <http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/2012yayin/2011sonrasikitap/2020-hukuk-kurultayi-2-cilt.pdf> (E.T.: 29.01.2021).)

¹⁶⁹ The Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, “Administration of justice and protection of human rights in Turkey”, Report by Thomas Hammarberg, Strasbourg, 10 January 2012, para. 68, (Çevrimiçi) <https://rm.coe.int/16806db70f> (E.T.: 03.12.2020).

Terörizm, mevcut anayasal düzende meşru araçlarla elde edilemeyecek politik amaçları elde etme aracıdır¹⁷⁰. Terör eylemleri ile belli bir strateji çerçevesinde istenilen amaca ulaşmaya yardımcı olacak uygun koşulları yaratmak için korku yaratılır. Bu kapsamda terör eylemleri, aslında amaçlanan hedeflere ulaşmaya doğrudan bir katkısı olmamasına rağmen sıradan siviller gibi hedefle bağlantısız kişilerin yaşamlarına, mülkiyetlerine ve refahlarına karşı gerçekleştirilirler.¹⁷¹ Bu nedenle terörizm demokrasiler için büyük bir tehdittir. Çünkü amaçlarını gerçekleştirmek için kullandıkları araçlar demokrasilerin temel değerlerini ortadan kaldıracabilecek nitelikleri haizdir. Demokratik toplumlarda terörizmle mücadele, başta yaşam hakkı olmak üzere birçok özgürlüğün korunmasına hizmet etmektedir.¹⁷² Bu mücadele, insan haklarının korunması ve geliştirilmesine yönelik bir takım ciddi zorluklar ortaya çıkarmaktaysa da yine de terörizmle mücadele kapsamında alınan tüm tedbirler, uluslararası hukuk kapsamındaki yükümlülöklere, özellikle de insan hakları hukukuna uygun olmalıdır.¹⁷³ Dolayısıyla Devletlerin terörizmle mücadele kapsamında geniş bir takdir marjı olmakla birlikte alınan tedbirlerin, yasal dayanaklarının bulunması, güdülen meşru amaçlarla ölçölü olması gerekmektedir.¹⁷⁴

Bu kapsamda Avrupa Konseyi tarafından da terörizmle mücadeleye ilişkin bir takım ilkeler belirlenmiştir.¹⁷⁵ Bu ilkelerden bazıları şunlardır:

- Devletler, terör eylemlerine karşı kendi yetki alanlarında bulunan kişilerin temel hak ve özgürlüklerini, özellikle de yaşam haklarını, korumak için gerekli

¹⁷⁰ Çoğu zaman terörizmin, devletlerin otoriter uygulamalarına bahane teşkil ettiğı görölmektedir. Zira kamu güvenliğinin etkin bir şekilde sağlanması gerekliliğı, temel hak ve özgürlöklere yönelik keyfi müdahaleler bakımından anlaşılabilir bir gerekçe olarak ileri sürölmektedir. Bu kapsamda devletlerin totaliterleşmesine katkı sunan terörizm, siyasi sorunların çözümü açısından doğru ve elverişli bir yöntem de değildir (Öktem, **a.g.e.**, s. 249).

¹⁷¹ Gasser, **a.g.e.**, s. 105.

¹⁷² Laure Ortiz, “Demokratik bir rejimde terörizme karşı zorunlu önlemler”, **İnsan Hakları ve Güvenlik**, TBB İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi, Ankara, 7-8/12/2001, s. 130-131, (Çevrimiçi) <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/insan-haklari-ve-guvenlik.pdf> (E.T.: 10.10.2020).

¹⁷³ United Nations Security Council, Resolution 1456 (2003), 20 January 2003, para. 6 (Çevrimiçi) [https://www.undocs.org/S/RES/1456%20\(2003\)](https://www.undocs.org/S/RES/1456%20(2003)) (E.T.: 04.05.2021).

¹⁷⁴ Köksal, **a.g.e.**, s. 283.

¹⁷⁵ Council of Europe, **Guidelines on Human Rights and Fight Against Terrorism**, Strasbourg, July 2002, (Çevrimiçi) https://www.coe.int/t/dlapil/cahdi/Source/Docs2002/H_2002_4E.pdf (E.T.: 10.10.2020).

tüm tedbirleri almakla yükümlüdür. Bu pozitif yükümlülük, Devletlerin terörizmle mücadelesini mevcut yönergelere göre tam olarak haklı çıkarmaktadır.

- Devletler, terörizmle mücadele için aldığı tüm tedbirlerde insan haklarına ve hukukun üstünlüğü ilkesine saygı göstermeli ve alınan tedbirler uygun bir denetime tabi olmalıdır.
- Devletlerin terörizmle mücadele kapsamında aldığı tüm tedbirler yasal olmalıdır. Bir tedbir insan haklarını sınırladığında, sınırlama mümkün olduğunca kesin olarak tanımlanmalı, hedeflenen amaca ulaşmada gerekli ve orantılı olmalıdır.

Günümüzde terör, bireylerin şiddetten arındırılmış bir ortamda yaşamlarını sürdürmelerindeki en büyük tehditlerden biridir.¹⁷⁶ Devletlerin de terör örgütlerinin eylemlerine karşı kendilerini koruma hakları bulunduğu¹⁷⁷ gibi kendi yetki alanlarında bulunan kişileri terör eylemlerine karşı korumak şeklinde pozitif yükümlülükleri de vardır¹⁷⁸. Bu yükümlülükler; koruma, soruşturma ve yargılama gibi usule ilişkin pozitif yükümlülükler olabileceği gibi; gerekli yasal düzenlemelerin (mevzuat) yapılması gibi esasa ilişkin pozitif yükümlülükler de olabilir.¹⁷⁹ Örneğin, Türkiye'nin de taraf olduğu Avrupa Konseyi Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi Ek Protokol'ün¹⁸⁰ 2. maddesine göre; Devletler, terörizm amacıyla bir derneğe veya gruba katılmayı iç hukuklarında cezayı gerektiren bir suç olarak tesis etmek için gerekli tedbirleri almalıdırlar.

¹⁷⁶ Bestami Eroğlu Başvurusu, para. 148.

¹⁷⁷ Zana v. Turkey, App. No. 18954/91, Grand Chamber Judgment of 25 November 1997, para. 55.

¹⁷⁸ Metin Birdal Başvurusu, para. 65.

¹⁷⁹ J. F. Akandji-Kombe, “Positive obligations under the European Convention on Human Rights” **Human Rights Handbook**, Strasbourg, Council of Europe, 2007, s. 16-17, (Çevrimiçi) <https://rm.coe.int/168007ff4d> (E.T.: 20.12.2020).

¹⁸⁰ Avrupa Konseyi Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi Ek Protokol (No. 217, “Additional Protocol to the Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism”) Avrupa Konseyi tarafından 22.10.2015 tarihinde Riga’da imzaya açılmıştır. 01.07.2017 tarihinde yürürlüğe giren Protokol’ün onaylanmasını kararlaştıran 30.10.2017 tarih ve 2017/10953 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile resmi Türkçe çevirisi 16.12.2017 tarih ve 30272 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmış ve Türkiye bakımından 01.06.2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Son olarak vurgulamak gerekir ki; etkili terörle mücadele tedbirleri ve insan haklarının korunması, birbiriyle çelişen değil birbirini tamamlayan ve pekiştiren hedeflerdir.¹⁸¹



¹⁸¹ “...effective counterterrorism measures and the protection of human rights are not conflicting goals, but complementary and mutually reinforcing...” United Nations General Assembly, **The United Nations Global Counter-Terrorism Strategy**, Resolution on 8 September 2006 (A/RES/60/288), s. 9, (Çevrimiçi) <https://undocs.org/A/RES/60/288> (E.T.: 02.04.2021).

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÖLÇÜLÜLÜK/ DEMOKRATİK TOPLUM DÜZENİNDE GEREKLİLİK

I. GENEL İLKELER

Temel hak ve özgürlüklere yönelik bir müdahale kanunilik ve meşru amaç testlerini geçtikten sonra ölçülülük testine tabi tutulur. Müdahalenin ölçülü olup olmadığının değerlendirildiği bu test, sınırlamanın sınırı incelemesidir. Yani ölçülülük ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırını teşkil etmektedir.¹

Ölçülülük ilkesi, varlığını AİHS’te iki farklı formda göstermektedir: birincisi, hafif örtülü bir formda düzenlendiği 8-11. maddelerdeki hükümler, ikincisi ise potansiyel olarak ölçülülük kavramını içeren başta 5. madde ve P1-1’de yer alan mülkiyet hakkı gibi diğer hükümler. AİHM de ölçülülük ilkesini denetim aracı olarak kullanmakta ve temel hakları sınırlandırıcı tedbirlerin sınırı olarak görmektedir.²

AYM, ölçülülük ilkesini şöyle açıklamaktadır:

“Ölçülülük ilkesinin amacı da, temel hak ve özgürlüklerin gereğinden fazla sınırlandırılmasının önlenmesidir. Anayasa Mahkemesi kararları uyarınca ölçülülük ilkesi, sınırlama için kullanılan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye uygun olmasını ifade eden elverişlilik, sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşmak bakımından zorunlu olmasına işaret eden zorunluluk ve araçla amacın orantısız bir ölçü içinde bulunmaması ile sınırlamanın ölçüsüz bir yükümlülük getirmemesini deyimleyen oranlılık unsurlarını içermektedir.”³

Dolayısıyla amaca ulaşmak için alınan tedbirler gereğinden ağır ise müdahale ölçülü kabul edilmeyecek ve böylece demokratik toplum düzeninde gerekli olmadığı

¹ Gemalmaz, **Bireysel Başvuru Mülkiyet Hakkı**, s. 139.

² Yüksel Metin, “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?”, **SDÜHFD**, C: 7, S: 1, 2017, s. 26, (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/388309> (E.T.: 26.12.2020) (Bu eser bundan böyle “**Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması ve Ölçülülük**” olarak gösterilecektir.) (Marc-Andre EISSEN, “The Principle of Proportionality in the Case Law of the European Cort of Human Rights”, in: R. St. J. Macdonald/F. Matscher/H. Petzold, The European System for the Protection of Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston, London 1993, s. 125 vd.’den **naklen**).

³ *Serap Tortuk Başvurusu*, No: 2013/9660, 21/1/2015, para. 47.

sonucuna varılacaktır.⁴ Bunula birlikte temel hak ve özgürlüklere yönelik müdahalelerin ölçülü kabul edilebilmesi için dayanılan gerekçelerin “ilgili ve yeterli” olması da gerekmektedir.⁵

AİHS’in 8-11. maddelerinde açıkça “ölçülülük” ya da “orantılılık” ilkesinden bahsedilmemekte ise de AİHM içtihadı ile bu ilke temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejiminin önemli testlerinden biri haline gelmiştir.⁶ Bu maddeler bakımından AİHM, önüne gelen başvurularda yaptığı esastan incelemelerde son aşama olarak demokratik toplum düzeninde gereklilik⁷ ve ölçülülük testini uygulamaktadır.⁸ Bu şekilde, demokratik toplum düzeninde gereklilik ve ölçülülük ilkeleri sentezlenerek kullanılmaktadır. Yani temel hak ve özgürlüğe yapılan müdahale hem demokratik bir toplumda zorunlu bir ihtiyaca karşılık gelmeli hem de söz konusu ihtiyaç ölçüsünde olmalıdır.⁹

AİHS’in 8-11. maddelerinin ikinci fıkra hükümlerine göre bu haklara gerçekleştirilecek müdahalelerin demokratik toplum düzeninde gerekli olması elzemdir. Söz konusu haklara gerçekleştirilecek müdahalelerin sadece meşru amaçlara yönelik olması yeterli olmamakta, ayrıca müdahalenin güdülen meşru amaçlarla orantılı olması da aranmaktadır. Çünkü orantılılık ilkesi gereklilik kavramının ayrılmaz bir unsurudur. Bu nedenle ölçülülük ilkesinin, “demokratik toplum

⁴ *Yaman Akdeniz ve Diğerleri Başvurusu*, No. 2014/3986, 2/4/2014, para. 42.

⁵ *Hacer Kahraman Başvurusu*, No: 2013/7935, 20.04.2016, para 90. Örneğin, bir gazetecinin politikacılara veya hükümet politikalarına yönelik eleştirileri esnasında kullanmış olduğu ifadelerden dolayı cezai yaptırıma tabi tutulmasının ölçülü kabul edilebilmesi için gerçekleştirilen müdahalenin ilgili ve yeterli gerekçelere sahip olması gerekir (*Bekir Coşkun Başvurusu*, Genel Kurul, No. 2014/12151, 4/6/2015, para. 58.). Aile hayatına saygı hakkına yönelik müdahalenin, ilgili ve yeterli görülmemesi nedeniyle orantılı bulunulmadığı bir karar için bkz. *Marcus Frank Cerny*, Genel Kurul, No. 2013/5126, 2/7/2015, para. 87. Mülkiyet hakkına yönelik müdahalenin, yeterli görülmemesi nedeniyle orantılı bulunulmadığı bir karar için bkz. *Kamil Darbaz ve GMO Yapı Grup End. San. Tic. Ltd. Şti Başvurusu*, No. 2015/12563, 24/5/2018, para. 60.

⁶ Gülay Arslan Öncü, “Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı” *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 8*, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2019, s. 160.

⁷ AİHM, “gerekli” sıfatının “zorunlu” sözcüğü ile aynı anlama gelmediğini fakat “kabul edilebilir”, “olağan”, “yararlı”, “makul” ve “arzu edilen” gibi ifadelerin esnekliğine de sahip olmadığını vurgulamıştır. (*Handyside v. U. K.*, App. No: 5493/72, Judgment of 7 December 1976, para. 48.)

⁸ Öncü, *a.g.e.*, s. 159.

⁹ Mustafa Erdoğan, *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, 7. bs., Hukuk Yayınları, 2019, s. 160-161.

düzeninde gerekliliğin” alt kavramı olduğu kabul edilmektedir.¹⁰ AİHM de *Handyside v. U. K.* kararında müdahalenin izlenen meşru amaçla ölçülü olma gereğini bağımsız bir şart olarak değil, demokratik toplum ilkelerinin bir sonucu olarak değerlendirmiştir¹¹. Bu karardan beri yaklaşımı değişmeyen Mahkeme, *Olsson v. Sweden* kararında da gereklilik kavramının, müdahalenin zorlayıcı toplumsal bir ihtiyaca karşılık gelmesi ve izlenen meşru amaçlarla orantılı olmasına tekabül ettiğini belirtmiştir¹². Ayrıca Mahkeme, Sözleşme’ye uygunluk denetiminde müdahalenin gerekçelerinin ilgili ve yeterli olmasını aramakta, ilgili ve yeterli sebeplerin bulunmasını ise ölçülülük ilkesi ile ilişkilendirmektedir.¹³ Nitekim, müdahalenin yeterli gerekçeye sahip olmaması ölçülülük ilkesine uyulmadığı ve ihlal sonucunu doğurabilmektedir.¹⁴

Anayasa’nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere yönelik müdahalelerin “demokratik toplum düzeninde gerekli” ve “ölçülü” olması gerekmektedir. AYM’ye göre demokratik toplum düzeninde gereklilik ve ölçülülük 13. maddede iki ayrı ölçüt olarak sayılmış olsalar da aralarında ayrılmaz bir ilişki bulunmaktadır.¹⁵

Demokratik toplum düzeninde gereklilik ölçütü içerisindeki “demokratik toplum” terimi, çoğulculuk, hoşgörü, açık fikirlilik ve tolerans ilkeleri ışığında yorumlanmalıdır.¹⁶ Bunun yanı sıra demokratik toplum düzeninde gereklilik ölçütü, “zorlayıcı toplumsal ihtiyaç” olarak somutlaştırılmaktadır.¹⁷ Müdahalenin zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacı karşılayıp karşılamadığı test edilirken aynı zamanda ölçülülük testi de gerçekleştirilmektedir. Bu kapsamda “gereklilik” kavramı müdahale ile izlenen

¹⁰ Yüksel Metin, **Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi**, Ankara, Seçkin, 2002, s. 82, (J. Alderson, **İnsan Hakları ve Polis**, Çev. İhsan Kuntbay, Ankara, TODAİE Yayını, 1989, s. 32’den **naklen**)

¹¹ *Handyside v. U. K.*, App. No: 5493/72, Judgment of 7 December 1976, para. 49.

¹² *Olsson v. Sweden*, App. No. 10465/83, Judgment of 24 March 1988, para. 67.

¹³ Metin, **Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması ve Ölçülülük**, s. 28.

¹⁴ *Sunday Times v. U. K.*, App. No. 6538/74, Judgment of 26 April 1979, paras. 67-68.

¹⁵ *Bekir Coşkun Başvurusu*, para. 53; *Cem Mermut Başvurusu*, No. 2013/7861, 16/4/2015, para. 33; *Nilgün Halloran Başvurusu*, No. 2012/1184, 16/7/2014, para. 37.

¹⁶ *Başkaya and Okçuoğlu v. Turkey*, App. No. 23536/94 and 24408/94, Judgment of 8 July 1999, para 61.

¹⁷ *Lingens v. Austria*, App. No. 9815/82, Judgment 8 July 1986, para. 39.

meşru amaç arasında orantılı bir ilişki bulunmasını içermektedir.¹⁸ Orantılılık ise bireyin temel hak ve özgürlüğüne yönelik müdahale ile izlenen meşru amaç (kamunun menfaatleri ya da müdahale başkalarının haklarını korumayı amaçlıyor ise diğer bireylerin hakları) arasında adil bir denge kurulmasına işaret etmektedir.¹⁹ Buna göre, örneğin ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale, zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacı karşılamıyorsa ya da en son çare niteliğinde değilse²⁰ veya ulusal makamlar tarafından gerçekleştirilen müdahale ilgili ve yeterli gerekçelere dayanmıyorsa demokratik toplum düzeninde gereklilik koşulunun karşılanmadığı kabul edilmektedir.²¹

A. Zorlayıcı Toplumsal İhtiyaç

Demokratik toplumda gereklilik araştırılırken müdahalenin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılayıp karşılamadığı değerlendirilir. Temel hak ve özgürlüklere yönelik müdahalenin, zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacı karşıladığının kabul edilebilmesi için amaca ulaşmaya elverişli, başvurulabilecek en son çare ve alınabilecek en hafif tedbir olması gerekmektedir.²² Böyle bir ihtiyacın varlığı ve ihtiyaca yönelik hangi tedbirlerin alınması gerektiği noktasında ulusal makamların belirli bir takdir marjı²³

¹⁸ Sibel İncoğlu, “Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Ed. Sibel İncoğlu, 3. bs., İstanbul, Beta, 2013, s. 40 (Bu eser bundan böyle “Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi” olarak gösterilecektir).

¹⁹ *Tansel Çölaşan Başvurusu*, No. 2014/6128, 7/7/2015, para. 49. Örneğin; terörizmin övülmesi söz konusu olduğu zaman, Devletlerin sahip oldukları takdir marjları de göz önünde bulundurularak, bireyin ifade özgürlüğü ile Devletlerin terör örgütlerinin hareketlerine karşı meşru korunma hakları arasında adil bir denge kurulmalıdır (*Leroy v. France*, App. No. 36109/03, Judgment of 2 October 2008, para. 37.)

²⁰ İfade özgürlüğü bağlamında örneğin, şiddet çağrısı veya nefret söylemi gibi çoğulcu demokrasiyi ortadan kaldırmayı hedefleyen ifadeler söz konusu olmadıkça hürriyeti bağlayıcı cezalara hükmedilmemesi gerekmektedir. (*Emin Aydın Başvurusu*, No. 2013/2602, 23/1/2014, para. 79.)

²¹ Lawrence Early, “10. Madde: Hakkaniyet, Kanıt ve Delil Meseleleri”, **İfade Özgürlüğü: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı Nicolas Bratza’ya İthafen Kaleme Alınmış Makaleler**, Ankara, Avrupa Konseyi, 2012, s. 505, (Çevrimiçi) <https://rm.coe.int/16807005e1> (E.T.: 29.12.2020).

²² *Ferhat Üstündağ Başvurusu*, No. 2014/15428, 17/7/2018, para. 46; *Emin Aydın Başvurusu*, para. 48.

²³ Takdir marjı kavramı, Strasbourg organlarının, ulusal makamların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nden kaynaklanan yükümlülüklerini farklı şekillerde yerine getirmelerine muvafakat etmeye hazır olduğuna atıfta bulunur [Steven Greer, **The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights**, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2000, s. 5 (Çevrimiçi) [https://www.echr.coe.int/librarydocs/dg2/hrfiles/dg2-en-hrfiles-17\(2000\).pdf](https://www.echr.coe.int/librarydocs/dg2/hrfiles/dg2-en-hrfiles-17(2000).pdf) (E.T.: 25.04.2021)]. Takdir marjının en çok uygulama alanı bulduğu haklar AİHS’in 8-11. maddelerinde düzenlenen haklardır. Bu maddeler kapsamında ulusal makamlara tanınan takdir marjı müdahaleyi haklı göstermek için ileri sürülen gerekçelerin ilgili ve yeterli olup olmadığı, başka bir deyişle müdahalenin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılayıp karşılamadığına karar verilirken önem arz

bulunmaktadır. Fakat bu takdir marjı sınırsız olmayıp Avrupa denetimiyle birlikte yürümelidir. AİHM, temel hak ve özgürlüklere yönelik müdahalelerin Sözleşme'yle bağdaşp bağdaşmadığının nihai denetiminin AİHM tarafından yapılacağına işaret etmektedir.²⁴ Mahkeme, ulusal makamlara tanınan takdir marjını, müdahaleyi

etmektedir. Her dava bakımından özgün değerlendirmeler yapılabilecekse de bazı sınırlama sebepleri bakımından ulusal makamlara tanınan takdir marjı diğerlerine nazaran daha geniştir. Örneğin “genel ahlakın” korunması amacı bakımından Avrupa’da tek tip bir ahlak anlayışının bulunmaması, ahlakın zamana ve mekana göre farklılıklar gösterebilmesi gerekçeleriyle AİHM, alınacak tedbirlerin gerekliliği noktasında ulusal makamların daha avantajlı bir konumda olduğunu vurgulamaktadır. Bununla birlikte ortak Avrupa Konsensüsünün olduğu noktalarda ise ulusal makamlara tanınan takdir marjı daralmaktadır. Nerede genişleyip nerede daraldığının tespiti kolay olmasa da takdir marjının “söz konusu hakkın niteliği”, “kişi için önemi”, “ilgili faaliyetlerin niteliği”ne göre değişkenlik gösterdiği söylenebilir. Bu kapsamda, önem arttıkça takdir marjı da daralmaktadır [Tolga Şirin, “Takdir Marjı Doktrini ve Türkiye Anayasa Mahkemesi Açısından Anlamı”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, C: 2, S: 4, 2013, s. 372-373, 378, (Çevrimiçi) <http://anayasader.org/wp-content/uploads/2020/05/Şirin-2-AYHD-4.pdf> (E.T.: 04.01.2021)]. Takdir marjının nerede genişleyip nerede daraldığı belli olmasa da Mahkeme, incelediği başvurularda müdahale konusu hak ve özgürlüğü esas alarak takdir marjı doktrinin çerçevesini belirlemeye çalışmaktadır. Bununla birlikte takdir marjının sınırı, Mahkeme’nin önüne gelecek her bir olay bakımından önceden belirlenmeye elverişli olmayıp somut olayların kendi koşulları içerisinde belirlenebilir (Egemen Esen, **Takdir Marjı Doktrini**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 388-389).

²⁴ *Bladet Tromso and Stensaas v. Norway*, App. No. 21980/93, Judgment of 20 May 1999, para. 58. Mahkeme’nin takdir marjı doktrini, Brighton Deklarasyonu’nda (Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Birleşik Krallık Dönem Başkanlığı’nın inisiyatifinde 19 ve 20 Nisan’da Brighton’da yapılan Üst Düzey Konferans’ta sunulan deklarasyon) şu şekilde vurgulanmıştır: “11. Mahkeme’nin hukuk sistemi, Taraf Devletlerin, davanın koşullarına ve bağlı hak özgürlüklere dayanarak, Sözleşme’yi ne şekilde tatbik ettikleri hususunda bir takdir yetkisinden faydalandıklarını belirtmektedir. Bu, Sözleşme sisteminin, insan haklarını ulusal düzeyde korumaya göre ikincil olduğunu ve ulusal yetkili makamların yerel ihtiyaçları ve koşulları değerlendirme konusunda uluslararası bir mahkemeden kural olarak daha iyi bir şekilde tayin edildiğini yansıtmaktadır. Sözleşme sistemi uyarınca, takdir yetkisi, sürekli denetime tabi tutulmaktadır. Bu hususta, Mahkeme’nin görevi, ulusal yetkili makamların, Devletin takdir yetkisini dikkate alarak, aldıkları kararların Sözleşme ile uyumlu olup olmadığını gözden geçirmektir.

12. Bu nedenle Konferans:

a) Mahkeme’nin, ikincillik ve takdir yetkisi gibi ilkelere yönelik içtihadını geliştirmesini memnuniyetle karşılar ve Mahkeme’yi bu ilkelere büyük önem vermeye ve kararlarında bu ilkeleri sürekli olarak uygulamaya teşvik eder.

b) Mahkeme’nin içtihadında geliştirildiği üzere, şeffaflık ve ulaşılabilirlik nedeniyle, ikincillik ilkesine ve takdir yetkisi doktrinine atıfta bulunularak, Mahkeme açısından Sözleşme’nin yorumlanması ve uygulanması görevinde yol gösteren ilkeler olarak Sözleşme’nin giriş bölümünde yer verilmesi gerektiğine karar verir; Taraf Devletlerin Sözleşme’de tanımlanan haklar ve özgürlükleri güvence altına almaya dair yükümlülüklerini yerine getirmeye ilişkin taahhütlerini anımsatırken Bakanlar Komitesi’ni gerekli değişiklik yapan yasayı 2013 yılının sonuna kadar kabul etmeye davet eder,” [“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Geleceğine İlişkin Üst Düzey Konferans (Brighton Deklarasyonu)”. **Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi**, Y: 2, S: 5, 2012, s. 109-124 (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/en/pub/kbchd/issue/60972/905812> (E.T.: 05.05.2021)]. Brighton Deklarasyonu doğrultusunda, AİHS’te değişiklik getiren 15 No’lu Protokol ile Sözleşme’nin önsözünün sonuna “İkincillik ilkesi uyarınca, işbu Sözleşme ve Protokollerinde tanımlanmış hak ve özgürlükleri koruma sorumluluğunun öncelikli olarak Yüksek Sözleşmeciler tarafından ait olduğunu ve Yüksek Sözleşmeciler tarafından bunu yaparken işbu Sözleşme ile kurulmuş olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin denetleyici yargı yetkisine tabi bir takdir marjına sahip olduklarını teyit ederek” ibaresi eklenmiştir [15 No’lu protokol 24 Haziran 2013 tarihinde imzaya açılmış, Türkiye tarafından 13 Eylül 2013 tarihinde imzalanmış ve 6668 sayılı Uygun Bulma kanunu 18 Şubat 2016 tarihinde Resmi Gazete’de

haklılaştırmak için ileri sürülen gerekçelerin müdahaleye izin veren Sözleşme hükmüyle ilgili ve yeterli olup olmadığı açısından test etmektedir.²⁵

B. İlgili ve Yeterli Gerekçe

Ulusal makamların gerekçe gösterme yükümlülükleri, AİHS'in 6. maddesi kapsamında davanın taraflarına önemli bir usuli güvence sağlamaktadır. Bu genel kural ayrıca, ulusal makamların temel hak ve özgürlüklere yönelik müdahaleler bakımından ilgili ve yeterli gerekçeler sunmalarını gerektirmekte ve Sözleşme kapsamında korunan haklara ilişkin belirli yükümlülükler doğurmaktadır. Bu yükümlülükler kişilerin, temel hak ve özgürlüklerine yönelik müdahale teşkil eden kararların ardındaki gerekçeleri öğrenme ve bunlara itiraz etme olanağı sunmakta, müdahaleye konu haklara yönelik keyfi müdahalelere karşı önemli bir usuli güvence oluşturmaktadır.²⁶

Temel hak ve özgürlüklere yönelik müdahalelerde gerekçe gösterme yükümlülüğü, öncelikle AİHS'in 6. maddesi ışığında ele alınmakta olup, sonrasında çalışmanın konusu bağlamında incelenmektedir.

1. Kavram: Gerekçe

Davada belirlenen maddi olaylarla hüküm fıkrası arasında köprü işlevine sahip olan gerekçede, hükmün dayandığı hukuki esaslar açıklanır.²⁷ Dolayısıyla mahkeme kararları, hüküm fıkrasını haklı gösterecek ölçüde yeterli bir gerekçe ihtiva etmelidir.²⁸

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, bir kararında gerekçeyi şöyle açıklamıştır:

“Gerekçe hükmün dayanaklarının akla, hukuka ve dosya içeriğine uygun açıklamasıdır. Gerekçenin mevcut bilgi ve belgelerin yerinde değerlendirildiğini

yayınlanmıştır (Çevrimiçi) <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/02/20160218-1.pdf> (E.T.: 05.05.2021). Protokol'ün, tüm taraf devletlerce imzalanmış ve onaylanmış olması nedeniyle 1 Ağustos 2021 tarihinde yürürlüğe gireceği bildirilmiştir (Çevrimiçi) <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c#:~:text=15,of%20a%20final%20domestic%20decision> (E.T.: 05.05.2021).]

²⁵ *Dudgeon v. the U. K.*, App. No. 7525/76, Judgment of 2 October 1981, para. 54.

²⁶ *Gülçü v. Turkey*, para. 114.

²⁷ Hüseyin Turan, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016, s. 359

²⁸ Yaşar Karayalçın, Aynur Yongalık, **Hukukda Öğretim – Kaynaklar – Metod: Problem Çözme**, 8. bs., Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2020, s. 176.

gösterir biçimde geçerli yeterli ve yasal olması gerekir. Yasal ve yeterli gerekçeyle dayanılmadan karar verilmesi uygulamada keyfiliğe yol açar. Tarafları tatmin etmek, denetim yapılmasına kolaylık sağlamak ve keyfiliği önlemek için hüküm gerekçeli olmalıdır.”²⁹

Mahkeme, yargılamanın süjelerinin karşılıklı zıt iddialardan hangisinin ne ölçüde haklı olduğuna karar verecektir. Gerekçe; tarafların, üst mahkemelerin ve kararı inceleyecek olan hukukçuların hakimın keyfi bir karar verip vermediği hususunda bir sonuca varabilmelerini sağlayan tek vasıtaadır. Bu bağlamda gerekçesiz bir karar doğru olabilir fakat söz konusu kararının doğruluğunu sınamak mümkün değildir.³⁰ Ayrıca hukuk devleti açısından kararların gerekçeli yazılmaları gerektiği kadar; gerekçelerin mantık hatası içermemesi de büyük önemi haizdir.³¹

Gerekçe ile hukukun, adalete nasıl dönüştüğü ve yargılama yetkisinin yargı erkince nasıl kullanıldığı yasal ve denetlenebilir şekilde sergilenir.³² Ayrıca yargı yetkisini haiz mahkemelerin, kamu gücünü, kamu yararına ve düzenine uygun şekilde kullanıp kullanmadıkları sınanır.³³ Bu bağlamda gerekçe; kamunun, verilen kararları hem öğrenme hem de denetleme ve disipline etme aracıdır.³⁴

2. Gerekçeli Karar Hakkı

Gerekçeli karar hakkı, genel anlamda muhakeme sürecinde yaşananları topluma anlatmayı hedefleyen, özel olarak ise savunma hakkı ve kanun yollarına başvuru hakkının etkili bir şekilde kullanılmasını temin eden, büyük ölçüde içtihatlarla oluşmuş adil yargılanma hakkının görünümünden biridir.³⁵

Ulusal mahkemelerin kararlarını gerekçeli oluşturma yükümlülüğü, AİHS’in 6. maddesinde açıkça düzenlenmemiş olsa da AİHM tarafından hakkaniyete uygun

²⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 09/12/1991 tarihli, 1991/8-320 E. ve 1991/347 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://legalbank.net/arama> (E.T.: 29.11.2020).

³⁰ Karayalçın, Yongalık, **a.g.e.**, s. 233.

³¹ Nadire Özdemir, “Hukukta Ad Hominem Mantık Hatası”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 68, S: 4, 2019, s. 888, (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1055543> (E.T.: 26.12.2020).

³² Hilmi Şeker, **Esbab-ı Mücibe’den Retoriğe Hukukta Gerekçe**, 2. bs., İstanbul, Yeditepe Üniversitesi Yayınevi, 2020, s. 49.

³³ **A.e.**, s. 994.

³⁴ **A.e.**, s. 996.

³⁵ **A.e.**, s. 38.

yargılanma ilkesi kapsamında tanınmaktadır. Kararın gerekçeli olması; kanun yoluna başvuracak kişi bakımından bu hakkını etkili bir şekilde kullanması için gerekli olmasının yanı sıra toplumun mahkemelere duyduğu güveni de teminat altına almaktadır.³⁶ Yani gerekçe, mahkemeler bakımından bir yükümlülükken; davanın tarafları bakımından da bir güvence teşkil eder.³⁷ Ayrıca kararın gerekçeli olması ile adaletin dağıtılması toplum tarafından denetlenebilir hale gelir.³⁸

Anayasa'nın 141. maddesinin 3. fıkrasında “*Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır.*” düzenlemesine yer verilmiştir. Bu düzenleme ile mahkemelere kararlarında gerekçe göstermeleri yükümlülük olarak getirilmiştir. Gerekçeli karar hakkı Anayasa’da da açıkça bir hak olarak düzenlenmiş olmasa da Anayasa’nın 141. maddesi, 36. maddede düzenlenen adil yargılanma hakkını tamamlayıcı niteliktedir.³⁹ AYM de, Anayasa’nın bütünlüğü ilkesi gereği 141. madde ile mahkemelere yüklenen bu yükümlülüğün, gerekçeli karar hakkının değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulması gerektiğini ifade etmiştir.⁴⁰

AİHS’in 6 ve Anayasa’nın 36. maddeleri, ulusal mahkemelere kararları için gerekçelendirme yükümlülüğü getirirse de bu yükümlülük tarafların öne sürdükleri her bir iddiaya ayrıntılı bir cevap vermeyi gerektirecek şekilde anlaşılmamalıdır.⁴¹ Önemli olan; davayla yakın ilişki içinde olan, uyuşmazlığın temelini oluşturan meselelere kararda değinilmiş ve cevap verilmiş olmasıdır.⁴² Gerekçe gösterme yükümlülüğünün kapsamı kararın niteliğine göre değişiklik arz edebilir. Dolayısıyla ulusal mahkemenin gerekçe gösterme yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği ancak ilgili davanın

³⁶ Sibel İncoğlu, “**Adil Yargılanma Hakkı**” Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 4, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2018, s. 192, (Bu eser bundan böyle “**Adil Yargılanma Hakkı**” olarak gösterilecektir).

³⁷ Yargıtay 22. Hukuk Dairesi’nin 15/01/2020 tarihli, 2017/26771 E. ve 2020/394 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr> (E.T.: 29.11.2020).

³⁸ *Suominen v. Finland*, App. No. 37801/97, Judgment of 1 July 2003, para. 37.

³⁹ Sibel İncoğlu, **Adil Yargılanma Hakkı**, s. 198.

⁴⁰ *Abdullah Topçu Başvurusu*, No. 2014/8868, 19/4/2017, para. 76.

⁴¹ *Van de Hurk v. Netherlands*, App. No. 16034/90, Judgment of 19 April 1994, para. 61; *Karuna v. Ukraine*, App. No. 43788/05, Admissibility Decision of 3 April 2007; *Yavuz Çıtak Başvurusu*, No: 2014/2421, 21.06.2017, para. 24.

⁴² Turan, **a.g.e.**, s. 355.

koşulları göz önünde bulundurularak değerlendirilebilir.⁴³ Örneğin; ceza davalarında, gerekçede sanığın beraat etmesini yahut daha az ceza almasını sağlayacak iddiaların, belgelerin vs. gerekçede cevaplanması zorunluluk teşkil etmektedir. Bu bağlamda hukuka uygunluk sebepleri, suçun maddi ve manevi unsurları ile suçun özel görünüş biçimlerine ilişkin iddiaların mahkemelerce dikkate alınarak değerlendirilmesi zaruridir.⁴⁴ Yani taraflarca ileri sürülen, davanın sonucunu etkileyebilecek nitelikteki iddia ve savunmalara mahkemelerce makul bir gerekçe ile karşılık verilmesi gerekir.⁴⁵ Bu kapsamda bir iki cümleden oluşan, soyut kavramların tekrar edildiği gerekçenin yeterli gerekçe olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte uyuşmazlığa uygulanacak hukuk kuralı/madde metni kuşkuyla yer vermeyecek derecede açık ve kesin ise ilgili kurala atıf yapılmasıyla yetinilebilir. Aksi durumda, sadece hukuk kuralına/madde metnine atıf yapılması bir gerekçesizlik formudur.⁴⁶ Zira hüküm, gerekçenin mahsulüdür.

*“Mahkemeler ‘kararlarını hangi temele dayandırdıklarını yeterince açık olarak belirtme’ yükümlülüğü altındadır.”*⁴⁷ Yani taraflarca ileri sürülen iddialara şeklen cevap verilmesi (örneğin, bazı şablon cümlelerin tekrarı görünümünde olan, kararların hangi temele dayandıklarının belli olmadığı gerekçeler⁴⁸) yeterli olmayıp, iddia ve savunmalara verilen cevapların dayanaksız olmaması, makul ve tutarlı olması gerekmektedir.⁴⁹ Örneğin, gerekçede sadece ilgili kanun maddesi ve sunulan delillerin belirtilmesiyle davanın reddedilmesi halinde, başvurucunun lehine olan delillerin neden yetersiz olduklarına ilişkin bir açıklamanın bulunmaması ihlal sonucunu doğurabilecektir.⁵⁰

⁴³ Ruiz Torija v. Spain, App. No. 18390/91, Judgment of 9 December 1994, para. 29; Garcia Ruiz v. Spain, App. No. 30544/96, Judgment of 21 January 1999, para. 26.

⁴⁴ Yılmaz Çelik Başvurusu, para. 42.

⁴⁵ Sencer Başat ve diğerleri Başvurusu, Genel Kurul, No: 2013/7800, 18/6/2014, para. 35.

⁴⁶ Şeker, a.g.e., s.146-147.

⁴⁷ Latif Hacıbekiroğlu Başvurusu, No. 2014/6011, 22/9/2016, para. 35.

⁴⁸ Yılmaz Çelik Başvurusu, para. 43.

⁴⁹ Sencer Başat ve diğerleri Başvurusu, para. 36.

⁵⁰ H.A.L. v. Finland, App. No. 38267/97, Judgment of 27 January 2004, para. 50.

Derece mahkemeleri, dava konusu olay ve olguların kanıtlanmasını, delillerin değerlendirilmesini, hukukun yorumlanması ve uygulanmasını, uyuşmazlıkla ilgili vardığı sonucu ve sonuca varırken kullanmış olduğu takdir marjını makul bir gerekçeyle ortaya koymalıdır.⁵¹ Makul gerekçe; davaya konu olay ve olguların mahkemece nasıl nitelendirildiğini göstermeli, olay ve olgular ile hüküm arasındaki bağlantıyı ortaya koymalıdır.⁵² Bu gerekçelendirmenin mutlaka detaylı olması gerekmemekle birlikte iddia ve savunmalardan hangisine üstünlük tanındığının, taraflarca gösterilen delillerin karara dayanak alınma ve diğer delillerin reddedilme sebeplerinin makul bir bilgilendirmeyi sağlayacak ölçü ve özende açıklanması gerekmektedir.⁵³ Bu şartları haiz gerekçenin oluşturulmasında açıkça bir keyfilik görüntüsünün olmaması halinde adil yargılanma hakkının ihlalinin söz edilemez.⁵⁴ Buna karşın derece mahkemelerinin, davanın sonucuna etkili kabul ettikleri bir husus hakkında “ilgili ve yeterli bir cevap” vermemesi veya davanın sonucuna etkili olan iddiaların cevapsız bırakılması ise gerekçeli karar hakkının ihlaline neden olabilecektir.⁵⁵

3. Müdahalenin Gerekçesi

Taraf Devletler, ilgili hak ve özgürlüklere ve davanın koşullarına bağlı olarak Sözleşme’yi nasıl uygulayacakları konusunda takdir marjına sahiptirler. Ulusal makamlar demokratik meşruiyeti haiz olup AİHM’in birçok kez belirttiği üzere yerel ihtiyaç ve koşulları değerlendirme konusunda kural olarak uluslararası bir mahkemeden daha avantajlı konumdadırlar. Bu kapsamda bir uyuşmazlık bağlamında ulusal düzeyde gerçek bir menfaat dengesi gerçekleşmişse, orantılılık değerlendirmesini yeniden yapmak Mahkeme’nin görevi değildir. Ulusal mahkemelerin olayları dikkatlice incelediği, ilgili insan hakları standartlarını, Sözleşme ve Mahkeme’nin içtihadıyla tutarlı bir şekilde uyguladığı ve söz konusu menfaatleri yeterince dengelediği durumlarda, kendi değerlendirmesini ulusal

⁵¹ Kamuran Çörtük Başvurusu, No. 2014/9817, 26/2/2015, para. 29.

⁵² İbrahim Ataş Başvurusu, No. 2013/1235, 13/6/2013, para. 24.

⁵³ Sencer Başat ve diğerleri Başvurusu, para. 37.

⁵⁴ Kamuran Çörtük Başvurusu, No. 2014/9817, 26/2/2015, para. 29.

⁵⁵ Sencer Başat ve diğerleri Başvurusu, para. 38.

mahkemelerin değerlendirmelerinin yerine ikame etmesi, bunu yapmak için ciddi nedenler söz konusu olmadıkça, Mahkeme'nin görevi değildir.^{56,57} Bu kapsamda AİHM son dönemde bu yaklaşımını yargısal süreç temelli inceleme⁵⁸ ile derinleştirerek geliştirmiştir.⁵⁹ Sözleşmede güvence altına alınan haklara yönelik gerçekleştirilen müdahalenin, ulusal düzeyde gerektiği gibi değerlendirilmemesi ve içtihatlarla belirlenen ilkelere uygun olmaması, ulusal makamların müdahalenin gerekliliğini ortaya koyamadığını gösterir. Bu durum ise ihlal tespiti için yeterli kabul edilmekte ve müdahaleye dayanak teşkil eden sınırlama sebebi altında ayrıca gereklilik incelemesi yapılmasına ihtiyaç kalmamaktadır.⁶⁰

Temel hak ve özgürlüklere gerçekleştirilen müdahale kapsamında adil denge kurulup kurulmadığı ulusal hukukta mağdurların usuli güvencelere sahip olup olmamalarına bağlı olabilmektedir. Usuli güvenceler kimi durumlarda bağımsız bir organ önünde çelişmeli bir yargılamayı gerektirmektedir. Mahkemeye göre temel hak ve özgürlüklere yönelik gerçekleştirilen müdahalelere ilişkin yargılamalarda derece mahkemelerinin gerekçe gösterme yükümlülüklerinin olmadığı kabulü, Sözleşme ile

⁵⁶ Committee of Ministers of the Council of Europe, Draft Copenhagen Declaration, 5 February 2018, para. 23-24 (Çevrimiçi) https://menneskeret.dk/sites/menneskeret.dk/files/media/dokumenter/nyheder/draft_copenhagen_declaration_05.02.18.pdf (E.T.: 04.04.2021)

⁵⁷ “Anayasa Mahkemesinin görevi, bu denetimi yerine getirirken derece mahkemelerinin yerini almak değildir fakat söz konusu yargı mercilerinin takdir yetkilerini kullanarak verdikleri kararların Anayasa’nın 26. maddesi açısından doğruluğunu denetlemektir. Anayasa Mahkemesi, başvuru konusu olan müdahalenin gözetilen meşru amaçla orantılı olup olmadığını ve bunu haklı göstermek için ulusal makamlar tarafından ortaya konan gerekçelerin ilgili ve yeterli görünüp görünmediğini tespit edebilmek amacıyla söz konusu müdahaleyi davanın bütününe bakarak değerlendirecektir.” *Sinan Baran Başvurusu*, No. 2015/11494, 11/6/2018, para. 38.

⁵⁸ Yargısal süreç temelli inceleme Mahkeme, bir temel hak ve özgürlüğün ihlal edilip edilmediğini belirlemek için ulusal makamlarının karar verme süreçlerine odaklanır. Ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Leonie Huijbers, “The Draft Copenhagen Declaration – Process-based review and subsidiarity”, 28 February 2018 (Çevrimiçi) <https://www.echrblog.com/2018/02/> (E.T.: 04.04.2021)

⁵⁹ Örneğin; Valilik kararı ile belirlenen bölgeler ve saatler dışında düzenlenen gösterilere katılmaları nedeniyle haklarında idari para cezası uygulanan başvuru sahiplerinin yapmış oldukları başvurularda AİHM, gerçekleştirilen müdahale neticesinde 11. maddenin 2. fıkrasında öngörülen amaçlar ile başvuru sahiplerinin kamuya açık alanlarda düşüncelerini ifade edebilme hakları arasında adil denge kurulup kurulmadığını, yargılamanın hakkaniyetli bir şekilde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini ve usuli güvencelerin sağlanıp sağlanmadığını, 11. maddeye ilişkin belirlenen ilkeler ışığında, derece mahkemesinin gerekçesini dikkate alarak denetlemiştir (*Öğrü and others v. Turkey*, App. No. 60087/10, 12461/11 and 48219/11, Judgment of 19 December 2017, para. 66-67).

⁶⁰ Robert Spano, “The Future of the European Court of Human Rights - Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law”, *Human Rights Law Review*, C: 18, S: 3, Y: 2018, s. 488 (Çevrimiçi) <https://academic.oup.com/hrlr/article/18/3/473/4999870> (E.T.: 04.04.2021)

temin edilen güvencelerin sanal ve teorik kalmasına neden olacaktır. Bu nedenle, etkililik ilkesi uyarınca, ulusal makamlar başvuruçuların esaslı iddialarını karşılıksız bırakmamalıdır. Örneğin 8-11. maddelerde düzenlenen haklara gerçekleştirilen müdahalelere ilişkin gerekçe gösterme yükümlülüğü, ulusal makamların müdahalenin gerekliliğini ilgili ve yeterli bir biçimde ortaya koymaları şeklinde tezahür etmektedir. Bu durumda ise adil yargılanma hakkı ile ilgili maddi hakkın kaynaşması söz konusu olmaktadır.^{61,62} Bu bağlamda ulusal makamların, gerçekleştirdikleri müdahaleler bakımından ilgili ve yeterli gerekçe sunma yükümlülüğü, bireylere temel hak ve özgürlüklerini sınırlandıran mahkeme kararlarının altında yatan sebepleri öğrenme ve bu sebeplere itiraz etme şeklinde önemli bir usuli güvence sağlamaktadır.⁶³

Özellikle 8-11. maddelerde düzenlenen haklar ve mülkiyet hakkı olmak üzere maddi haklara gerçekleştirilen müdahalelere ilişkin ilgili ve yeterli gerekçe denetiminin adil yargılanma hakkı kapsamında gerekçeli karar hakkından farkı, ilgili ve yeterli gerekçe denetiminin müdahale edilen hakka ilişkin belirlenen ilkeler ışığında gerçekleştiriliyor olmasıdır. Mahkeme, müdahalenin ilgili ve yeterli gerekçeyi haiz olup olmadığına ilişkin denetimini önceden ortaya koymuş olduğu içtihatları ışığında gerçekleştirmektedir.⁶⁴ Bu denetim sırasında Mahkeme, ulusal makamlar tarafından ileri sürülen gerekçelerin, ilgili hakka ilişkin belirlenen ilkelere ve olayın gerçeklerine uygun olmasını aramaktadır.⁶⁵ Gerekçeli karar hakkı bağlamında yapılan denetimde ise somut davanın koşulları göz önünde bulundurularak davanın sonucunu etkileyebilecek nitelikteki iddia ve savunmalara mahkemelerce makul bir gerekçe ile karşılık verilip verilmediği incelenmektedir. Yani bu denetim somut olaya bağlı bir denetim olup önceden belirlenen ilkeler ışığında gerçekleştirilmemektedir.

⁶¹ Mehmet Semih Gemalmaz, “İhtiyati Tedbir Niteliğindeki Yayın Durdurma Kararları Basın Özgürlüğüne Aykırıdır”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C: 87, S: 2013/6, s. 20-21 (Çevrimiçi) <https://www.istanbulbarosu.org.tr/YayinDetay.aspx?ID=414&desc=Cilt:87-Sayı:2013/6> (E.T.: 04.04.2021)

⁶² Mülkiyet hakkı ve adil yargılanma hakkının kaynaştığı bir AHİM kararına ilişkin değerlendirme için bkz. Gemalmaz, **AİHS Mülkiyet Hakkı**, s. 572.

⁶³ *Cumhuriyet Vakfı and others v. Turkey*, App. No. 28255/07, Judgment of 8 October 2013, para. 68.

⁶⁴ *Ayata Civelek v. Turkey*, para. 30.

⁶⁵ *Gözel and Özer v. Turkey*, App. No. 43453/04 and 31098/05, Judgment of 6 July 2010, para. 46.

İlgili maddi hak ve gerekçeli karar hakkının kaynaşmasında incelemenin hangi hak çerçevesinde yapılacağı her zaman belirgin olmayabilir. Çalışmamızın konusu bağlamında gerekçeli karar hakkı ile ilgili ve yeterli gerekçe denetimi arasındaki kaynaşmanın muğlaklığı açıklayabilmek için AYM'nin önüne gelen şu iki başvuru karşılaştırmalı olarak örnek gösterilebilir: *Veysi Güneş*⁶⁶ ve *Metin Birdal* Başvuruları. İki başvuruda da başvuru sahiplerinin AYM'ye bireysel başvuru yapmalarının sebebinin terör örgütüne üye olmak suçundan cezalandırıldıkları mahkumiyet kararları oluşturmaktadır. *Veysi Güneş Başvurusu*'nda AYM, başvuru sahibinin terör örgütüne üye olmak suçundan cezalandırıldığı mahkumiyet kararını *Metin Birdal Başvurusu*'nda ortaya koyduğu içtihat üzerinden incelemiştir. Bununla birlikte *Veysi Güneş Başvurusu*'nda inceleme konusu hak gerekçeli karar hakkı iken, *Metin Birdal Başvurusu*'nda toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkıdır. İki başvurunun ortak noktası ise başvurulara konu ceza davalarının temelini oluşturan her iki hareketin terör örgütüne üye olma suçunu teşkil etmesidir. Aşağıda ayrıntılı incelenecek olan *Metin Birdal Başvurusu*'nda mahkumiyet kararının temelini oluşturan delillerin büyük bir kısmı başvuru sahibinin katılmış olduğu etkinlikler ve etkinliklerde gerçekleştirmiş olduğu eylemlerdir. *Veysi Güneş Başvurusu*'nda ise başvuru sahibine yönelik üç ay süre ile iletişiminin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirine başvurulmuş ve başvuru sahibi yönünden mahkumiyet kararının gerekçesi "... Özellikle iletişimin tespiti tutanaklarından bilirkişi raporlarında ve tüm dosya kapsamından anlaşılabileceği üzere sanık *Veysi Güneş*'in PKK/KONGRA-GEL üyesi olduğunun tespit edildiği..." şeklinde gösterilmiştir. *Metin Birdal Başvurusu*, başvuru sahibi hakkında verilen mahkumiyet kararının temelini oluşturan delillerin büyük kısmı başvuru sahibinin katılmış olduğu etkinlikler ve etkinliklerde gerçekleştirmiş olduğu eylemler olması nedeniyle, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı kapsamında incelenmişken; *Veysi Güneş Başvurusu*'nda başvuru sahibi hakkında verilen mahkumiyet kararının temelini iletişimin tespiti tutanakları oluşturmaya karşın, inceleme gerekçeli karar hakkı kapsamında gerçekleştirilmiştir. *Veysi Güneş Başvurusu*'nda başvuru sahibi ayrıca "... koşulları olmadığı hâlde sınırsız bir şekilde iletişiminin dinlendiğini ve özel hayatına ilişkin

⁶⁶ *Veysi Güneş Başvurusu*, No. 2015/4993, 13/2/2020.

telefon görüşmelerinin dosyaya konulduğunu iddia ederek haberleşme özgürlüğünün ihlal edildiğini iddia etmiş” ise de “...iddialarını soyut bir şekilde ileri sürmüş; sınırsız ve özel hayata ilişkin olduğunu iddia ettiği görüşmelerin ne şekilde mahkûmiyet hükmüne esas alındığını göstermemiş...” olması nedeniyle başvurunun bu kısmı kabul edilemez⁶⁷ bulunmuştur.

Veysi Güneş Başvurusu’nda mahkumiyet kararının temelini oluşturan delillerden biri (gerekçeli karardan tam olarak anlaşılmamakla birlikte belki de kararın temelini bütünü) başvuru hakkında verilen tedbir kararı neticesinde elde edilen iletişim tespit tutanakları oluşturmaktadır. Bu tutanakların mahkumiyet kararında delil olarak değerlendirilmesi başlı başına haberleşme özgürlüğüne yönelik müdahale teşkil etmektedir. Derece mahkemesi, gerekçeli kararında, bu tutanakların başvurunun terör örgütü üyesi olduğunu açıklayan nasıl bir fonksiyonu haiz olduğunu tartışmaksızın sadece atıf yapmakla yetinmiştir. Yani başvuru gerçekleştirmiş olduğu konuşmalara ilişkin tutanakların, kendisinin nasıl terör örgütü üyesi olduğunu gösteren bir fonksiyonu haiz olduğunu öğrenememiştir. Dolayısıyla başvurucuya yeterli düzeyde usuli güvencenin sağlanmadığı görülmektedir. Hal böyleyken başvurunun “özel hayata ilişkin olduğunu iddia ettiği görüşmelerin ne şekilde mahkûmiyet hükmüne esas alındığını gösterme”sini beklemek ise başvurucuya aşırı bir külfet yüklemek anlamına gelecektir. Bu nedenle Veysi Güneş Başvurusu’nda incelemenin, gerekçeli karar hakkı bağlamında değil; haberleşme özgürlüğüne yönelik

⁶⁷ AYM’nin ilgili ve yeterli gerekçe denetimini kendiliğinden yapmayacağına, başvurunun ihlal iddialarını gerekçelendirmesi gerektiğine ilişkin açıklamaları için bkz. “Bireysel başvuru incelemesinde Anayasa Mahkemesi, kamu gücü eylem ve işlemleri ile mahkeme kararlarının Anayasa’ya uygunluğunun ve müdahale gerekçelerinin denetimini kendiliğinden yapmaz. Bu sebeple başvurunun başvurusunun esasını ve bu kapsamda kamu makamları tarafından ortaya konulan gerekçelerin ilgili ve yeterli olup olmadığını Anayasa Mahkemesine inceletebilmesi için öncelikle kendisinin ihlal iddialarını gerekçelendirmesi, buna ilişkin olay ve olguları açıklaması ve delillerini sunması zorunludur.

Anayasa Mahkemesinin başvurunun yerine geçerek ihlal iddialarını gerekçelendirme, olay ve olguları ortaya koyma ve delil toplama görev ve yükümlülüğü bulunmamaktadır. Söz konusu yükümlülükler başvurunun aittir.

Başvuruların anılan yükümlülüklerle uymamaları hâlinde şikâyetlerini temellendiremedikleri için başvuruları açıkça dayanaktan yoksun bulunabilir. Anayasa Mahkemesi temellendirmeye ilişkin incelemesini her başvurunun somut koşullarında yapar. Kuşkusuz başvuruların bu yükümlülüklerle ellerinde olmayan nedenlerle uymamalarının ikna edici gerekçelerini Anayasa Mahkemesine sunmaları ya da Anayasa Mahkemesinin bu durumu işin niteliğinden anlaması hâli müstesnadır.” Cemal Günsel Başvurusu, Genel Kurul, No. 2016/12900, 21/1/2021, para. 24-26.

gerçekleştirilen müdahale bağlamında ilgili ve yeterli gerekçeyi haiz olup olmadığı açısından yapılmış olmasının daha isabetli olacağını düşünmekteyiz.

Yukarıda karşılaştırması yapılan iki başvuruya ilişkin inceleme ve iki hakkın kaynaşmasına ilişkin genel açıklamalardan şu sonucu çıkarmaktayız: Bireysel başvuruya konu edilen mahkumiyet kararlarının temelini oluşturan delillerin maddi haklar kapsamında kalan faaliyetlere ilişkin olduğu durumlarda, gerekçe özelinde yapılacak denetimin ilgili maddi hakka ilişkin belirlenmiş ilkeler ışığında gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu şekilde maddi haklara ilişkin ilkeler, derece mahkemeleri açısından gerekçelerinde yol gösterici bir rol üstlenecek, başvuruçular açısından ise bireysel başvuru yolunda ileri sürecekleri iddialara temel oluşturacaktır.

Müdahalenin ilgili ve yeterli gerekçeyi haiz olması meselesi çalışmanın konusu bağlamında ele alınacak olursa; kişilere atfedilen eylemlerin hukuk sistemlerinde bir suça tekabül edip etmediği ulusal makamların takdirinde olan bir husustur.⁶⁸ Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, söz konusu suç terör örgütüne üye olmak olduğunda delillerin değerlendirilişine ilişkin şu hususlara dikkat edilmesi gerektiğini belirtmiştir:

“... bir kişinin terör örgütü üyeliği suçundan cezalandırılması için örgüt faaliyeti çerçevesindeki eylemleri süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk göstermelidir. O hâlde her biri örgüt üyeliğine ilişkin bir parçayı açıklayan ve delil olarak kabul edilen faaliyetlerin birleştirilerek olayın bütünüünün anlaşılması sağlanmalıdır. Kişilerin terör örgütünün hiyerarşik yapısına dâhil olduğunu gösteren delillerin birlikte incelenmesi sonucunda delillerin sağlamlığı sınanmalı; her biri her terör örgütünün amacı, niteliği, bilinirliği, kullandığı şiddetin türü ve yoğunluğu ile somut olayın ilgili diğer koşulları dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Kişilerin delil olarak kabul edilen faaliyetleri birbiriyle sınanmalı ve sağlamaları yapılarak birbirlerini tamamlayıp tamamlamadığı ve tutarsızlık içerip içermediği tespit edilmelidir.”⁶⁹

Çalışmanın birinci bölümde belirtildiği üzere ceza muhakemesinde delil serbestisi söz konusudur. Kuşkusuz temel hak ve özgürlükler kapsamında kalan faaliyetler de ceza muhakemesinde delil olarak kabul edilebilecektir. Dolayısıyla bu kapsamdaki bir eylemin delil olarak kabul edilmesi halinde müdahalenin zorunlu bir

⁶⁸ Yılmaz Çelik Başvurusu, para. 58.

⁶⁹ Metin Birdal Başvurusu, para. 72.

toplumsal ihtiyacı karşılayıp karşılamadığı ve ulaşılacak istenen amaçla orantılı olup olmadığı sorularına cevap aranılacaktır.⁷⁰

Birinci bölümde müdahale başlığı altında hak temelli bir inceleme yapılmış olup haklar ayrı ayrı ele alınmıştır. Bu bölümde ise bu yöntem benimsenmemiştir. Zira ilgili ve yeterli gerekçe gösterme yükümlülüğünün maddi haklar bakımından ortak bir usuli yükümlülük teşkil etmesi nedeniyle müdahalelerin somut olay esaslı olarak demokratik toplum düzeninde gerekli olup olmadıkları incelenmiştir. Bu kapsamda aşağıda temel hak ve özgürlüklerin mahkumiyet kararlarında delil olarak değerlendirildiği başlıca AİHM ve AYM kararları ayrıntılarıyla ele alınmaktadır:

***Gülcü v. Turkey*⁷¹**

Gülcü v. Turkey kararında başvuru, üyesi olmadığı terör örgütü adına suç işlemek suçundan mahkum edilmesi nedeniyle toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Yerel mahkeme, başvuru, terör örgütünün, iki internet sitesi üzerinden yapmış olduğu çağrılar üzerine düzenlendiği iddia edilen gösteri yürüyüşüne katıldığını, bu gösteri yürüyüşünde terör örgütünün propagandasını yaptığını ve 2911 sayılı Kanun'a muhalefet ettiğini kabul ederek başvuru, ilgili suçların yanı sıra terör örgütüne üye olmak suçundan da mahkum etmiştir. AİHM öncelikle, yerel mahkemenin, başvuru, terör örgütünün iki internet sitesi üzerinden yapmış olduğu çağrılar üzerine gösteri yürüyüşüne katıldığı sonucuna⁷² herhangi bir gerekçe göstermeksizin vardığını, ayrıca başvuru, söz konusu çağrılar üzerine gösteriye katıldığı varsayılsa dahi terör örgütünün amaçları ve örgütün kendisine verdiği talimatlar doğrultusunda hareket ettiğine ilişkin herhangi bir gerekçenin mevcut olmadığını gözlemlemiştir. Bu nedenlerle Mahkeme, başvuru, terör örgütünün hedef ve talimatlarıyla örtüştüğü değerlendirmesi

⁷⁰ *Metin Birdal Başvurusu*, para. 73.

⁷¹ *Gülcü v. Turkey*, *Gülcü v. Turkey*, App. No. 17526/10, Judgment of 19 January 2016.

⁷² Yargıtay Ceza Genel Kurulu, terör örgütünün yapmış olduğu genel çağrılarla belirli kişilere yönelik yapılmış olmasına gerek bulunmadığına, çağrısı yapılan gösterilerdeki eylemlerin örgütün bilgisi ve istemi doğrultusunda gerçekleştiğinin kabul edilmesi gerektiğine ve söz konusu eylemlerin bir suç teşkil etmesi halinde TCK md. 314/3 ve 220/6 yollamasıyla 314/2. maddesinde işlenen suçun söz konusu olacağına karar vermiştir. (Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 04.03.2008 tarihli, 2007/9/282 E. ve 2008/44 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://legalbank.net/arama> (E.T.: 03.12.2020).

mümkün olan eylemlerinden dolayı terör örgütüne üye olmak suçundan mahkum edilmiş olmasının kaygı verici olduğu konusunda Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri'nin görüşlerine⁷³ iştirak ederek toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkına yönelik müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmadığına karar vermiştir.⁷⁴

Ayata Civelek and others v. Turkey⁷⁵

AIHM'e yapılan bu başvuruda, başvuruçuların, birtakım dernekler⁷⁶ kapsamında düzenlenen gösterileri, konserleri ve diğer sosyal etkinlikleri düzenlemek ve iştirak etmek, terör örgütü üyelerinin cenaze törenlerine, basın konferanslarına, anma törenlerine katılmak, bu gösterilerin bazılarında bildiri dağıtmak ve slogan atmak ve lise öğrencilerine yönelik eğitim faaliyetlerinde yer almak şeklindeki faaliyetleri terör örgütüne yardım etme suçunda delil olarak kabul edilmiştir.⁷⁷ Başvuruçular, ifade özgürlüğü ve barışçıl toplanma haklarına müdahale gerçekleştirildiğini ileri sürmüşlerdir. Mahkeme, söz konusu mahkumiyet kararının özellikle başvuruçuların barışçıl toplanma hakkının kullanımı şeklindeki eylemlerine dayandığına kanaat getirerek başvuruyu özel hüküm niteliğindeki 11. madde açısından incelemeye karar vermiştir.⁷⁸ Kararda, Ağır Ceza Mahkemesi'nin, başvuruçulara atfedilen eylemlerin, ilk bakışta yasal çerçeveye uygun görünmesine karşın, bu

⁷³ Komiser, 10 Ocak 2012 tarihinde yayınlanan raporunda, kişilerin terör örgütüne üyeliği henüz kanıtlanmadığı durumlarda, gerçekleştirmiş oldukları eylemlerin veya açıklamaların terör örgütlerinin amaç ya da talimatları doğrultusunda gerçekleştiğinin varsayılmasının TCK'nın 220. maddesi kapsamında çok geniş bir takdir yetkisi sağladığını belirtmiştir (The Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, "Administration of justice and protection of human rights in Turkey", Report by Thomas Hammarberg, Strasbourg, 10 January 2012, para. 70, (Çevrimiçi) <https://rm.coe.int/16806db70f> (E.T.: 03.12.2020). Komiser, TCK'nın 220. maddesinde yapılan kanun değişiklikleri (6. ve 7. fıkralar bakımından mahkemeye cezada indirim yapma yetkisi tanınmıştır) üzerine 20 Şubat 2012 tarihinde yayınlamış olduğu raporunda ise, söz konusu değişikliklerin kalıcı bir çözüm sağlayamayacağını, 10 Ocak 2012 tarihinde yayınlanan rapordaki kaygılarının geçerliliğini koruduğunu, ilgili maddelerde düzenlenen suçların tanımlarının esaslı bir şekilde gözden geçirilmesi gerektiğini belirtmiştir (The Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, "Comments on the Turkish Bill on judicial reform of January 2012", Report by Thomas Hammarberg, Strasbourg, 20 February 2012, para. 17, (Çevrimiçi) <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806db85c> (E.T.: 03.12.2020).

⁷⁴ *Gülcü v. Turkey*, paras. 112, 117.

⁷⁵ *Ayata Civelek and others v. Turkey*, App. No. 17606/11 and 30252/11, Judgment of 13 October 2020.

⁷⁶ Hükümet tarafından söz konusu derneklerin yasal olarak faaliyet yürütmedikleri konusunda herhangi bir itiraz ileri sürülmemiştir.

⁷⁷ *Ayata Civelek and others v. Turkey*, para. 6.

⁷⁸ *Ayata Civelek and others v. Turkey*, para. 18-21.

eylemlerin esasen terör örgütünün sorumlularının talimatları doğrultusunda, örgütün amacını desteklemek ve sempatizan toplama niyetiyle gerçekleştirilmiş olmasına ilişkin tespitinin AİHM içtihatlarında belirtilen kriterlere⁷⁹ uygun olmadığı belirtilmiştir. Zira Ağır Ceza Mahkemesi, başvuruculara atfedilen eylemlerin niteliği, söz konusu gösteriler sırasında yapılan konuşmalar ve atılan sloganların bağlamı ve zarar verme kapasiteleri açısından herhangi bir değerlendirme yapmamıştır. İlk derece mahkemesi ve Yargıtay'ın onama kararını inceleyen AİHM, başvuruculara atfedilen eylemlerin; şiddete, silahlı direnişe veya ayaklanmaya teşvik yahut nefret söylemi olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkin yeterli açıklamalarda bulunulmadığını saptamıştır. Bu nedenlerle ulusal makamların, başvurucuları terör örgütüne yardım etme suçundan mahkum ederek, başvurucuların barışçıl toplanma hakkı ve izlenen meşru amaçlar arasında adil bir denge kurulmadığı belirtilmiştir. Sonuç olarak AİHM, ulusal makamların, başvuruculara yönelik gerçekleştirilen müdahalenin ilgili ve yeterli gerekçeleri haiz ve demokratik toplum düzeninde gerekli olduğu hususunu ispat edemediği sonucuna varmıştır.⁸⁰

***Metin Birdal Başvurusu*⁸¹**

⁷⁹ Toplantı ve gösteri yürüyüşünün desteklemeyi amaçladığı fikir, bu fikre karşı çıkanları rahatsız edecek veya gücendirecek olsa bile 11. maddenin korumasından yararlanır. Söz konusu fikirler ne kadar şok edici veya kabul edilemez bulunsalar bile, şiddete teşvik veya demokratik ilkelerin inkarı gibi durumlar söz konusu olmadıkça toplanma veya ifade özgürlüğüne müdahale eden her türlü tedbir demokrasiye zarar verir, hatta çoğu zaman tehlikeye düşürür (*Kudrevičius and others v. Lithuania*, App. No. 37553/05, Judgment of 15 October 2015, para. 145). Fakat ulusal makamlar, bir bireye, devlet yöneticisine veya toplumun bir kesimine yönelik şiddete teşvik durumunda müdahalenin gerekliliği bakımından daha geniş bir takdir marjına sahiptirler (*Les Authentiks and Supras Auteuil 91 v. France*, App. No. 4696/11 and 4703/11, Judgment of 27 October 2016, para. 84). Zira Devletlerin, kendi kurum ve vatandaşlarını, onlara zarar verebilecek örgütlenmelerden koruma yükümlülüğü bulunmaktadır (*Magyar Keresztény Mennonita Egyház and others v. Hungary*, App. No. 70945/11, 23611/12, 26998/12, 41150/12, 41155/12, 41463/12, 41553/12, 54977/12 and 56581/12, Judgment of 08 April 2014, para. 79). Bununla birlikte hukukun üstünlüğüne dayanan demokratik bir toplumda mevcut düzene karşı çıkan ve barışçıl yollarla gerçekleşmesi savunulan fikirlere, toplanma hakkından faydalanma ve farklı yasal yollarla ifade edilme fırsatı tanınmalıdır (*Sergey Kuznetsov v. Russia*, App. No. 10877/04, Judgment of 2 October 2008, para. 45). Örneğin, bir grup kişinin özerklik çağrısında bulunması veya hatta Devlet hakimiyetinde bulunan topraklardan bir kısmının ayrılması çağrısı yapması, toplantının yasaklanmasını otomatik olarak haklı kılmaz. Konuşma ve gösterilerde bölgesel değişiklik talep etme doğrudan ülkenin toprak bütünlüğü ve milli güvenliği açısından bir tehdit oluşturmamaktadır (*Stankov and The United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria*, App. No. 29221/95 and 29225/95, Judgment of 2 October 2001, para. 97).

⁸⁰ *Ayata Civelek and others v. Turkey*, paras. 31-33.

⁸¹ *Metin Birdal Başvurusu*, Genel Kurul, No. 2014/15440, 22/5/2019.

Başvurucu, şiddete başvurmadan katılmış olduğu gösterilerin terör örgütüne üye olmak suçundan cezalandırıldığı mahkumiyet kararında delil olarak kullanılmasının, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

AYM, başvurucunun katılmış olduğu toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin terör örgütüne üye olmak suçundan verilen mahkumiyet kararında delil olarak kabul edilmesini, demokratik toplum düzenin gereklerine aykırı bulmamıştır.

İlk derece mahkemesi mahkumiyet kararına, başvurucunun toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı kapsamında kalan eylemlerinin de dahil olduğu şu delilleri esas almıştır.⁸²

1- Başvurucunun, 04.06.2010 tarihinde terör örgütünün (PKK) propagandasına dönüşen gösteride bulunduğu tespit edilmiştir.

2- Başvurucu, 10.08.2010 tarihinde yapılan bir basın açıklamasından sonra yaşanan şiddet olaylarının planlayıcısı kabul edilmiştir.

3- Başvurucunun, 24.08.2010 tarihinde bir terör örgütü mensubunun cenaze töreninde alkış tutarak “İntikam, İntikam” şeklinde slogan attığı görsel kayıtlardan tespit edilmiştir.

4- Başvurucu, 05.09.2010 tarihinde Doğubayazıt ilçe merkezinde güvenlik güçlerine ve kamu binalarına taş ve molotfla saldıran bir grubun içinde görüntülenmiştir.

5- Başvurucunun, 22.01.2011 tarihinde, 1.700 kişinin toplandığı bir mitingde, güvenlik güçleriyle girdikleri çatışmada ölü olarak ele geçirilen terör örgütü mensupları için saygı duruşunda bulunan grubun içinde olduğu tespit edilmiştir.

İlk derece mahkemesi, başvurucunun 10.08.2010 tarihinde katılmış olduğu gösteride işlediği iddia edilen kamu malına zarar verme ve görevi yaptırmamak için direnme suçlarını işlediğinin sabit olmaması nedeniyle bu suçlar bakımından beraatine karar vermiştir. Ayrıca 24.08.2010 tarihinde başvurucunun işlediği iddia edilen terör örgütünün propagandasını yapma suçu bakımından ise kovuşturmanın ertelenmesine karar verilmiştir.⁸³

⁸² Metin Birdal Başvurusu, para. 19.

⁸³ Metin Birdal Başvurusu, para. 24.

AYM yapmış olduğu incelemede; başvurucunun, barışçıl niteliğini kaybetmiş bir gösteriye katılmış olması nedeniyle cezalandırılmadığını, terör örgütünün propagandasının yapıldığı bir gösteride bulunmuş olmasının, onun terör örgütü üyesi olduğunu gösteren faaliyetlerden biri olarak değerlendirildiğini ve eylemlerinin sürekliliğini göstermek için delil olarak kullanıldığını vurgulamıştır. Kararda, ceza muhakemesindeki delil serbestisi ilkesi göz önünde bulundurulduğunda, terör örgütünün çağrısı üzerine düzenlenen ve terör örgütünün propagandasının yapıldığı gösterilere katılmanın delil olarak kabul edilebileceği belirtilmiştir. Ayrıca, ilk derece mahkemesinin, başvurucunun, terör örgütü üyesi olduğu sonucuna yalnızca katılmış olduğu gösteri yürüyüşü ile varmadığı kaydedilmiştir. Telefon kayıtları, polis raporları, ihbarlar, başvurucunun bazı gösterilerdeki davranışları ve bu gösterilerde üstlendiği roller göz önünde bulundurularak başvurucunun; çoğu şiddet eylemlerine dönüşmüş ve terör örgütünün propagandasının yapıldığı gösterilere katılmış olmasının aynı zamanda bu gösterileri organize ettiği kabulüne dayanak oluşturulduğu, terör örgütünün talimatıyla kurulan “Öz Savunma Birlikleri” adlı örgütün hiyerarşik yapılanmasına kendi isteğiyle girdiğinin ikna edici bir biçimde ortaya koyulduğu gözlemlenmiştir.⁸⁴

AYM, şiddetin devamına ve artmasına destek olan başvurucunun cezalandırılmasının zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığını, toplumun terörsüz bir ortamda yaşama hakkı ile başvurucunun toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı arasında adil bir denge kurulduğunu kabul etmiştir. Bu nedenlerle Mahkeme, başvurucunun toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına yönelik müdahalenin demokratik toplum düzeninde gerekli olmadığı sonucuna varılamayacağına karar vermiştir.⁸⁵

Ayata Civelek and others v. Turkey kararında AİHM’in ortaya koyduğu kriterler ışığında; başvurucunun, sürekli biçimde şiddet eylemlerine ve terör örgütünün propagandasına dönüşen gösterilerde bulunmuş olması ve bu gösterilerden birinde şiddeti teşvik edici şekilde slogan atmış olması (“İntikam, İntikam”) göz önünde bulundurulduğunda, ilk derece mahkemesinin mahkumiyet kararını yeterli gerekçelere

⁸⁴ *Metin Birdal Başvurusu*, para. 76-80.

⁸⁵ *Metin Birdal Başvurusu*, para. 83-83.

dayandırdığı ve başvurucunun toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı kapsamında kalan eylemlerin mahkumiyet kararında delil olarak kullanılması şeklindeki müdahalenin demokratik toplum düzeninde gerekli olduğu anlaşılmaktadır.

***Murat Kur ve diğerleri Başvurusu*⁸⁶**

Başvurucular, o tarihte yasal olarak faaliyet gösteren bir derneğe üyelikleri kapsamında gerçekleştirdikleri ve barışçıl niteliğini kaybetmemiş toplantı ve gösteri yürüyüşleri ile basın açıklamalarının terör örgütüne üye olmak suçundan cezalandırıldıkları mahkumiyet kararında delil olarak kullanılmasının, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı, örgütlenme ve ifade özgürlüklerini ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir.

İlk derece mahkemesinin mahkumiyet kararında genel olarak şu değerlendirmelere yer verilmiştir:

1- Başvurucuların, görünürde yasal, fakat aslında terör örgütünün güdümünde hareket ettiği kabul edilen Dersim Demokratik Halklar Derneği⁸⁷ içinde yer alıp örgütün faaliyeti çerçevesinde anma etkinliği, basın açıklaması, protesto gösterileri ve yürüyüşlere katıldıkları, örgütle özdeşleşmiş sloganlar attıkları, üzerlerinde ve ikametlerinde, ayrıca üyesi oldukları kabul edilmiş dernekte yapılan aramalarda da örgütsel dokümanların ele geçirildiği vurgulanmıştır.

2- Başvurucuların, istikrarlı bir şekilde terör örgütünün internet sitelerinden numaralı biçimde yayınlanan talimatlar doğrultusunda; Nevruz kutlamaları, terör örgütü liderinin ölüm yıl dönümü nedeniyle anma töreni ve sinevizyon gösterimi, güvenlik güçleriyle girdikleri çatışmada öldürülen örgüt üyelerinin cenaze törenleri, İşçi Bayramı kutlamaları, kadın garson çalıştırılan birahanelerle ilgili barışçıl niteliğini kaybeden protesto gösterileri organize ettikleri ve katıldıkları, ayrıca örgütçe protesto edilmesi talimatı verilen seçim ve referandumu protesto için gösteri düzenledikleri tespit edilmiştir.

3- Başvuruculardan bir ya da birkaçının, ceza infaz kurumlarında bulunan örgüt üyelerini ziyaret ettikleri, örgüte müzahir yayın yapan gazetenin dağıtımını yaparak örgüte gelir sağladıkları, örgüt talimatı uyarınca devlet yanlısı olarak görülen bir şahsın

⁸⁶ Murat Kur ve diğerleri Başvurusu, No. 2013/7604, 4/7/2019.

⁸⁷ “Başvurucuların tümü olayların meydana geldiği tarihte Dersim Demokratik Haklar Derneği üyesidir. Anılan Dernek daha sonra 6/1/2017 tarihli ve 29940 sayılı 1.Mükerrer Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 679 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin 5.maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca kapatılmıştır. Söz konusu hükümde terör örgütlerine veya Millî Güvenlik Kurulunca devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara aidyeti, iltisakı veya bunlarla irtibatı olan derneklerin kapatıldığı belirtilmiştir.” para. 10.

mahkemece serbest bırakılmasını protesto ettikleri, başvurulardan Murat Kur'un bahsedilen organizasyonlara katılım sağlamak için birçok kişiye mesaj attığı, başvurulardan Evrim Konak'ın ise kaydedilen iletişim kayıtlarında örgüt talimatı uyarınca üyelerin ifadelerini ve özeleştirilerini aldığı, ayrıca "gerillalar" ifadesi kullanılarak kendisinden örgütün silahlı militanları hakkında bilgi sorulduğu tespit edilmiştir.

AYM, ilk derece mahkemesince, başvuruluların istikrarlı biçimde MKP (Maoist Komünist Parti) terör örgütünün talimatları doğrultusunda faaliyetlerde bulunduklarının ve örgütün hiyerarşik yapısına bilerek ve isteyerek girdiklerinin açıkça ortaya koyulduğunu değerlendirmiştir.⁸⁸ AYM, başvuruluların yerine getirdikleri kabul edilen talimatların örgütün internet sitelerinde numaralı biçimde yayımlanmış olduğuna dikkat çekmiştir. Bu bağlamda, ilk derece mahkemesinin, başvuruluların, eylemlerini terör örgütünün talimatları uyarınca gerçekleştirmiş oldukları değerlendirmesinin makul olduğu kabul edilmiştir⁸⁹. Nitekim ilk derece mahkemesi mahkumiyet kararında sıralamış olduğu bir çok eylemi, kendi başlarına birer suç teşkil edip etmemelerinden bağımsız olarak terör örgütü üyesi olma suçunun oluştuğuna ilişkin kabulünü destekleyen ve tamamlayan deliller olarak kullanmıştır.⁹⁰ Ayrıca AYM, mahkumiyet kararının yalnızca, başvuruluların yasal olarak kurulmuş ve terör örgütünün uzantısı olduğu yeterli bir biçimde açıklanamamış bir dernek kapsamındaki faaliyetlerine dayanmadığını, mahkumiyet gerekçesinin esasen tüm başvuruluların istikrarlı bir biçimde MKP terör örgütü tarafından verilen talimatları yerine getirmelerine dayandırıldığını kaydetmiştir.⁹¹ MKP terör örgütünün ülkenin pek çok yerinde toplum ve devlet hayatı için yoğun bir tehlike arz ettiğini vurgulayan AYM, ilk derece mahkemesinin, aralarında başvuruluların temel hak ve özgürlükler kapsamında kalan faaliyetlerinin de bulunduğu delilleri çelişkiye yol açmayacak şekilde birbirlerini tamamlar ve destekler nitelikte değerlendirdiğini kabul etmiştir.⁹²

⁸⁸ *Murat Kur ve diğerleri Başvurusu*, para. 69.

⁸⁹ Bu husus *Gülcü v. Turkey* kararında AİHM'in ihlal gerekçelerinden birini oluşturmaktaydı. Bu başvuruda ise başvuruluların, terör örgütünün internet siteleri üzerinden verilen talimatlara göre hareket ettikleri değerlendirmesinin makul bir biçimde açıklandığı kabul edilmiştir.

⁹⁰ *Murat Kur ve diğerleri Başvurusu*, para. 70.

⁹¹ *Murat Kur ve diğerleri Başvurusu*, para. 66.

⁹² *Murat Kur ve diğerleri Başvurusu*, para. 72.

Sonuç olarak müdahalenin demokratik toplum düzeninde gerekli olmadığı sonucuna varılamayacağına karar verilmiştir.

Ahmet Urhan Başvurusu⁹³

Başvurucu, yasalara uygun olarak faaliyet gösteren bir dernek olan SGD⁹⁴ (Sosyalist Gençlik Derneği) üye olmasının ve söz konusu dernek kapsamında düzenlenen bir toplantıya katılmasının terör örgütüne üye olmak suçuyla cezalandırıldığı mahkumiyet kararında delil olarak kullanılmasının, ifade özgürlüğü ile toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlal ettiğini ileri sürmüştür. AYM, başvuruyu örgütlenme özgürlüğü kapsamında ele almıştır.

İlk derece mahkemesinin mahkumiyet kararında genel olarak şu değerlendirmelere yer verilmiştir:

1- SGD'nin, terör örgütü MLKP (Marksist Leninist Komünist Parti)'nin yasal uzantısı olarak faaliyet yürüttüğü değerlendirilmiştir. Mahkeme bu değerlendirmesini Emniyet Genel Müdürlüğü'nce hazırlanan bir rapora dayandırmıştır.

2- Aralarında başvurunun da bulunduğu sanıkların, terör örgütü MLKP'nin alt seksiyonu ve legal yapılanmalarından biri olan SGD'ye üye olduklarını, oluşumun mitinglerine katılıp MLKP lehine sloganlar atarak pankart taşıma eylemlerine katıldıklarını kabul ederek başvurunun terör örgütü üyesi olduğu kabul edilmiştir.

AYM, ilk derece mahkemesinin mahkumiyet kararında SGD'nin hangi surette hem yasalar çerçevesinde faaliyette bulunmasının hem de terör örgütünün uzantısı olmasının mümkün olduğunu ilgili ve yeterli gerekçeyle açıklamadığını vurgulamıştır. Kararda, bir emniyet raporuna dayanılarak SGD'nin, MLKP terör örgütünün altında yasal olmayan bir çok faaliyet gerçekleştirdiği kabul edilmişse de mahkumiyet kararında bu hususta herhangi bir delil gösterilmediğine işaret edilmiştir. Ayrıca başvurunun; SGD'nin, MLKP terör örgütüne müzahir bir örgüt olduğunu bilip bilmediği hususunda bir açıklamaya yer verilmediği, SGD içinde yer alarak hangi

⁹³ *Ahmet Urhan Başvurusu*, No. 2014/13961, 9/10/2019.

⁹⁴ Başvurucu, SGD'nin bireysel başvuruda bulunduğu tarihte kapatılmayıp varlığını devam ettirdiğini belirtmiştir.

surette MLKP terör örgütünün amaçları doğrultusunda hareket ettiği konusunda da bir değerlendirme yapılmadığı belirtilmiştir.⁹⁵

İlk derece mahkemesinin mahkumiyet kararında, başvurucunun katılmış olduğu toplantıların ne barışçıl niteliğini kaybettiğinin ne de örgüt talimatı doğrultusunda ve örgüt propagandası yapmak amacıyla düzenlendiğinin kabul edilmediğine dikkat çeken AYM, ilk derece mahkemesinin başvurucunun terör örgütünün hiyerarşik yapısına dahil olduğunu gösteren temel hak ve özgürlükler kapsamında kalan faaliyetlerini delil olarak kabul ederken, terör örgütünün amacı, niteliği, bilinirliği, kullandığı şiddetin türü ve yoğunluğu ile somut olayın ilgili diğer koşullarını değerlendirmede gözlemlemiştir. Bu nedenlerle başvurucunun örgütlenme özgürlüğü kapsamında kalan eylemlerinin mahkumiyet kararında delil olarak kullanılmasının zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığının ilgili ve yeterli gerekçe ile gösterilmediğine karar verilmiştir.⁹⁶

***Tüncay Yıldız ve diğerleri Başvurusu*⁹⁷**

Başvurucular, yasal kurumlarla⁹⁸ olan ilişkilerinin ve yasal olarak düzenlenen birtakım etkinliklere katılmalarının terör örgütüne üye olmak suçuyla cezalandırıldıkları mahkumiyet kararında delil olarak kullanılmasının, ifade ve toplanma özgürlükleri ile toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme haklarını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. AYM, başvuruyu örgütlenme özgürlüğü kapsamında ele almıştır.

İlk derece mahkemesinin mahkumiyet kararında genel olarak şu değerlendirmelere yer verilmiştir:

1- Hatay'da faaliyet gösteren ESP (Ezilenlerin Sosyalist Platformu) ve SGD'nin (Sosyalist Gençlik Derneği) 2005 ve 2006 yıllarında gerçekleştirmiş oldukları birtakım faaliyetler (21 Mart Nevruz ve 1 Mayıs'ta etkinlikler düzenleme, pankartlar asma, silahlı çatışmalarda ölen örgüt üyeleri lehine sloganlar atılması ve cenaze törenleri

⁹⁵ Ahmet Urhan Başvurusu, para. 48-49.

⁹⁶ Ahmet Urhan Başvurusu, para. 50-52.

⁹⁷ Tüncay Yıldız ve diğerleri Başvurusu, No. 2014/12717, 8/1/2020.

⁹⁸ Başvurucular, mahkumiyet kararında sayılan kuruluşların; yasalara uygun olarak faaliyet gösterdiklerini, terör örgütüyle bağlantıları olduğuna ilişkin herhangi bir delil bulunmadığını, hatta bir kısmının varlığını devam ettirdiği ileri sürülmüştür.

düzenleme gibi eylemlerin ESP ve SGD çatısı altında gerçekleştirildiği değerlendirilmiştir), bu kuruluşların MLKP terör örgütünün uzantısı olarak faaliyet yürüttükleri kabulüne esas oluşturmıştır.

2- Emniyet Genel Müdürlüğü tarafından MLKP terör örgütüyle ilgili gönderilen bilgi formunda, terör örgütünün tüzüğüne göre; örgütün faaliyetleri çerçevesinde legal oluşumlar kurularak örgüte sempatican kazandırılmasının amaçlandığı belirlenmiştir. Bu legal oluşumların başında da SGD, ESP, EKD, Atılım Gazetesi, Dayanışma Gazetesi, Sanat ve Hayat Gazetesi gibi oluşumların olduğu, özellikle SGD ve ESP'nin eylem ve stratejilerinde kullanılan temaların, temaların işleyiş tarzı ve zamanlamasının MLKP ile paralellik ve eş zamanlılık gösterdiği, dolayısıyla bu oluşumların terör örgütünün legal yapılanmaları olduğu tespit edilmiştir.

3- Başvurucuların, bu kuruluşlara üye oldukları ve gidip geldikleri, mitinglerine katılıp MLKP terör örgütü lehine sloganlar attıkları ve pankart taşıdıkları nazara alınarak terör örgütüne üye olmak suçundan cezalandırılmalarına karar verilmiştir.

AYM, ilk derece mahkemesinin gerekçeli kararında ESP ve SGD'nin terör örgütünün uzantıları oldukları ve doğrudan örgütün amaçları doğrultusunda hareket ettikleri kabulünü, Emniyet Genel Müdürlüğü'nün bahsi geçen örgütlerin terör örgütüyle bağlantısı olduğu hususundaki raporuna dayandığını gözlemlemiştir. AYM, gerekçeli kararda ESP ve SGD'nin yasal kuruluşlar olarak kabul edildiğine, fakat bir kuruluşun hangi surette hem yasalar çerçevesinde faaliyetler yürütmesi hem de terör örgütünün uzantısı olmasının mümkün olduğunun tatminkar bir şekilde açıklanmadığına, dolayısıyla bu hususta ilgili ve yeterli bir gerekçeye yer verilmediğine dikkat çekmiştir.⁹⁹

Diğer yandan AYM kararında, söz konusu kuruluşların MLKP terör örgütünün amaçları doğrultusunda birçok faaliyette bulunduğu kabulüne ilişkin herhangi bir delil gösterilmediğini, başvurucuların; ESP ve SGD'nin terör örgütünün uzantısı olduğunu bilip bilmediğinin açıklanmadığını, hangi surette terör örgütünün amaçları doğrultusunda hareket ettikleri konusunda bir değerlendirmede bulunulmadığı belirtilmiştir. Ayrıca mahkumiyet kararında delil olarak kullanılan, başvurucuların katılmış olduğu toplantıların barışçıl niteliklerini kaybettiğinin ve örgüt propagandası yapmak amacıyla düzenlendiğinin belirtilmediğine de vurgu yapılmıştır.¹⁰⁰

⁹⁹ Tüncay Yıldız ve diğerleri Başvurusu, para. 47-48.

¹⁰⁰ Tüncay Yıldız ve diğerleri Başvurusu, para. 49-50.

Bu nedenlerle AYM, ilk derece mahkemesinin başvuruçuların terör örgütünün hiyerarşik yapısına dahil olduklarını gösteren, temel hak ve özgürlükler kapsamında kalan faaliyetlerini delil olarak kabul ederken, terör örgütünün amacı, niteliği, bilinirliği, kullandığı şiddetin türü ve yoğunluğu ile somut olayın ilgili diğer koşullarını değerlendirmedini gözlemlemiştir. Dolayısıyla başvuruçunun örgütlenme özgürlüğü kapsamında kalan eylemlerinin mahkumiyet kararında delil olarak kullanılmasının zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığının ilgili ve yeterli bir gerekçe ile gösterilmediğine karar verilmiştir.¹⁰¹

Hakan Yılmazöz Başvurusu¹⁰²

Başvuruçucu, üyesi olmadığı fakat zaman zaman uğradığı bir derneğin barışçıl bir etkinliğine katılmasının, terör örgütüne üye olmak suçundan cezalandırıldığı mahkumiyet kararında delil olarak kullanılmasının, örgütlenme özgürlüğünü ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

İlk derece mahkemesinin mahkumiyet kararında genel olarak şu değerlendirmelere yer verilmiştir:

1- Başvuruçunun, DHKP/C terör örgütüne bağlı olan Halk Cephesine bağlı Kocaeli Öğrenci Gençlik Derneği'nin mensubu olarak terör örgütü adına faaliyette bulunduğunu değerlendirmiştir.

2- İlk derece mahkemesi bu değerlendirmesini, etkin pişmanlıktan yararlanan bazı sanıkların başvuruçucu ve dernekle olan ilişkisine ilişkin beyanlarına dayandırmıştır.

AYM, somut olayda ilk derece mahkemesinin; mahkumiyet kararını başvuruçunun Halk Cephesi adına Kocaeli Öğrenci Gençlik Derneği'nde faaliyetlerde bulunmasına dayandırdığını fakat *“başvuruçunun söz konusu Dernek kapsamındaki faaliyetlerinin ne olduğu, faaliyetleri ne zaman gerçekleştirdiği, bunların barışçıl olup olmadığı, konusu, içeriği veya terör örgütü propagandasına dönüşüp dönüşmediği gibi hususlar”*ı gerekçede açıklanmadığını belirtmiştir.¹⁰³ Bu kapsamda AYM, başvuruçunun toplanma özgürlüğü kapsamındaki faaliyetlerinin mahkumiyet

¹⁰¹ Tüncay Yıldız ve diğerleri Başvurusu, para.51-53.

¹⁰² Hakan Yılmazöz Başvurusu, No. 2017/37725, 3/6/2020.

¹⁰³ Hakan Yılmazöz Başvurusu, para. 40.

kararında delil olarak değerlendirilmesinin zorlayıcı toplumsal bir ihtiyaca karşılık geldiğini ilgili ve yeterli gerekçeyle gösterilemediğine karar vermiştir.¹⁰⁴

Abdulcelil Demir ve diğerleri Başvurusu¹⁰⁵

Başvurucular, üyesi oldukları¹⁰⁶ ve kanuna aykırı faaliyetlerde bulunduğu iddia edilmeyen sendikanın Diyarbakır'da düzenlemiş olduğu bir konferansa katılmalarının terör örgütüne üye olmak suçuyla cezalandırıldıkları mahkumiyet kararında delil olarak kullanılmasının, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme haklarını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Başvurucular ayrıca TCK'nın 314. maddesinin öngörülebilir bir düzenleme olmadığını da ileri sürmüşse de AYM, ayrıntılı bir değerlendirme yapmaksızın söz konusu maddenin kanunla sınırlama ölçütünü karşıladığını karar vermiştir.

İlk derece mahkemesinin mahkumiyet kararında genel olarak şu değerlendirmelere yer verilmiştir:

1- 16/1/2009 ile 18/1/2009 tarihlerinde Diyarbakır'da KCK/TM-DEK (Kürdistan Demokratik Topluluğu/Türkiye Meclisi - Demokratik Emek Konfederasyonunun) delegelerinin katılımıyla bir konferans yapılacağına ilişkin bazı istihbari bilgiler üzerine başvurucular ve bazı kişiler hakkında PKK terör örgütüne üye oldukları gerekçesiyle soruşturma başlatılmıştır.

2- Başvurucuların söz konusu tarihlerde katılmış oldukları konferansın niteliğinin tespit edilmesi amacıyla resmi kurumlardan bilgi talep edilmiş, Diyarbakır Emniyet Müdürlüğü söz konusu toplantı hakkında ellerinde herhangi bir bilgi bulunmadığını bildirmiştir. Aynı şekilde toplantının niteliğine ilişkin EĞİTİM SEN'den de bilgi talep edilmiş, EĞİTİM SEN, belirtilen tarihte Diyarbakır'da, alınan izin çerçevesinde Bağlar Belediyesi Konferans salonunda "Kriz ve Emekçiler" adı altında bir konferans düzenlediklerini ifade etmiştir.

3- Başvurucuların katılmış oldukları bu toplantının KCK/TM-DEK merkezi konferansı olduğu, dosya kapsamındaki iletişim kayıtlarından bahsi geçen toplantıda seçim çalışmalarının yapıldığı, söz konusu seçimde başvurucuların da aralarında olduğu sanıkların bazı eylemlerde bulundukları sonucuna varılmıştır. Bu sonuca; Diyarbakır Emniyet Müdürlüğü'nün düzenlenen toplantıya ilişkin herhangi bir bilgisinin

¹⁰⁴ Hakan Yılmazöz Başvurusu, para. 41.

¹⁰⁵ Abdulcelil Demir ve diğerleri Başvurusu, No. 2017/27572, 18/6/2020.

¹⁰⁶ Olayların meydana geldiği tarihte başvurulardan Abdulcelil Demir, DİSK'e (Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu) bağlı GENEL-İŞ (Türkiye Genel Hizmetler İşçileri Sendikası) üyesi, diğer başvurulardan ise KESK (Kamu Emekçileri Sendikaları Konfederasyonu) ve KESK'e bağlı bazı sendikalarda üye veya yönetici konumunda olan kişilerdir.

olmamasının, aslında EĞİTİM SEN tarafından belirtmiş oldukları toplantının yapılmadığı çıkarımıyla varılmıştır. Ayrıca, başvuruculara ait iletişim kayıtlarında, genel itibarıyla yapılan bir konferanstan ve seçimden bahsedildiğine vurgu yapılmıştır. Bununla birlikte başvurucular İsmail Demir ve Mustafa Beyazbal arasında geçen 12/1/2009 tarihli bir konuşmada, sonuçlanan seçimlere ilişkin bir değerlendirme yapıldığına yer verilmiştir.

Gerekçeli kararın, kurulan hükmün dayanaklarını tatminkar bir şekilde açıklaması gerektiğini vurgulayan AYM, ilk derece mahkemesinin gerekçeli kararında; Diyarbakır Emniyet Müdürlüğü'nün elinde başvurucuların katılmış oldukları toplantıya ilişkin bilgi bulunmamasını, ulusal çapta faaliyet gösteren, kanunlara aykırı hareket ettiği iddia edilmeyen bir sendikanın toplantı düzenlediğine ilişkin ifadesini inandırıcı bulmamasına dayanak oluşturduğunu ancak söz konusu çıkarımı hangi nesnel temellere dayandırıldığını açıklamadığını belirtmiştir. AYM kararında ayrıca, ilk derece mahkemesinin, başvurucuların katıldıkları toplantının içeriğinin ne olduğu ve ne amaçla yapıldığı, toplantıda kimlerin ne şekilde konuşma yaptıkları ile toplantı sonucunda alınan kararların neler olduğu hususlarında herhangi bir değerlendirme yapılmadığına dikkat çekilmiştir. Bununla birlikte, başvuruculardan İsmail Demir ve Mustafa Beyazbal arasında geçen 12/1/2009 tarihli konuşmada, gerçekleşen bir seçime ilişkin değerlendirmede bulunulması mahkumiyet kararına dayanak oluşturulmuşsa da başvurucuların, 16/1/2009 ile 18/1/2009 tarihleri arasında gerçekleşen bir toplantı hakkında nasıl 12/1/2009 tarihinde değerlendirmede bulundukları hususunun açıklanmadığı kaydedilmiştir.¹⁰⁷

AYM, ilk derece mahkemesinin “16/1/2009 ile 18/1/2009 tarihleri arasında Diyarbakır'da yapılan konferansın KCK/TM-DEK'in merkezî konferansı olduğu hususunda varsayımı aşan düzeyde tatminkâr bir açıklamada bulunmamış, bir diğer deyişle kararında 16/1/2009 ile 18/1/2009 tarihleri arasında Diyarbakır'da yapılan konferans hakkında ilgili ve yeterli bir gerekçeye yer vermemiş”¹⁰⁸ olması nedeniyle terör örgütüne üye olmak suçuna temel delil olarak kabul edilen konferanstaki faaliyetlerin başvurucuların terör örgütünün hiyerarşik yapısına kendi istekleriyle girdiğini doğrular ve tamamlar şekilde değerlendirmede gözlemlemiştir. Bu

¹⁰⁷ Abdulcelil Demir ve diğerleri Başvurusu, para. 67-69.

¹⁰⁸ Abdulcelil Demir ve diğerleri Başvurusu, para. 70.

nedenlerle başvuruçuların toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı kapsamında kalan eylemlerinin mahkumiyet kararında delil olarak kullanılmasının zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığının ilgili ve yeterli bir gerekçe ile gösterilmediğine karar verilmiştir.¹⁰⁹

***Cahit Baybariz ve Edep Tekin Başvurusu*¹¹⁰**

Başvuruçular, hakkında toplatma kararı ve satış yasağı bulunan bir derginin nüshalarını yalnızca bulundurmaları sebebiyle soyut ve dayanaksız bir gerekçe ile terör örgütüne yardım etmek suçuyla cezalandırılmalarının masumiyet karinesini, etkili başvuru haklarını ve ifade özgürlüklerini ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir. AYM, başvuruyu ifade özgürlüğü bağlamında incelemiştir.

İlk derece mahkemesinin mahkumiyet kararında genel olarak şu değerlendirmelere yer verilmiştir:

1- Suç tarihinde emniyet görevlileri tarafından Dörtyol otogarında yapılan arama neticesinde başvuruçuların bulundukları araçta siyah bir poşet içerisinde paket bulunduğu, söz konusu pakette hakkında toplatma kararı verilen 50 adet Ö.H.S. isimli derginin¹¹¹ ele geçirildiği, bu nedenle başvuruçuların terör örgütüne yardım etmek suçunu işledikleri, fakat eylemlerinin teşebbüs aşamasında kaldığına karar verilmiştir.

2- İstanbul 9. Ağır Ceza Mahkemesi'nin terör örgütünün propagandasının yapılması nedeniyle 5187 sayılı Basın Kanunu md. 25/2-3¹¹² uyarınca el koyma kararı verilmiş olan dergilerde bu nedenle terör propagandası yapıldığı tartışmasız kabul edilmiştir.

¹⁰⁹ *Abdulcelil Demir ve diğerleri Başvurusu*, para. 71-72.

¹¹⁰ *Cahit Baybariz ve Edep Tekin Başvurusu*, No. 2015/15091, 22/7/2020.

¹¹¹ “Hakkında Anayasa Mahkemesine herhangi bir bilgi -hangi dilde yayın yaptığı, yayın periyodu, yayıncısı gibi- sunulmamış olan Ö.H.S isimli dergiye el konulması, yayın yasağı konulması ile derginin dağıtım ve satışının yasaklanması İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca talep edilmiştir. İstanbul 9. Ağır Ceza Mahkemesi 19/3/2010 tarihli ve 2010/334 D. İş sayılı kararı ile talebi kabul etmiştir.” *Cahit Baybariz ve Edep Tekin Başvurusu*, para. 11.

¹¹² **Basın Kanunu md. 25/2-3:** “(2) Soruşturma veya kovuşturmanın başlatılmış olması şartıyla 25.7.1951 tarihli ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanunda, Anayasanın 174 üncü maddesinde yer alan inkılap kanunlarında, 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 146 ncı maddesinin ikinci fıkrasında, 153 üncü maddesinin birinci ve dördüncü fıkralarında, 155 inci maddesinde, 311 inci maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında, 312 nci maddesinin ikinci ve dördüncü fıkralarında, 312/a maddesinde ve 12.4.1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 7 nci maddesinin ikinci ve beşinci fıkralarında öngörülen suçlarla ilgili olarak basılmış eserlerin tamamına hâkim kararıyla el konulabilir.

(3) Hangi dilde olursa olsun Türkiye dışında basılan süreli veya süresiz yayın ve gazetelerin ikinci fıkroda belirtilen suçları içerdiklerine dair kuvvetli delil bulunması halinde, bunların Türkiye’de dağıtılması veya satışa sunulması, Cumhuriyet Başsavcılığının talebi üzerine sulh ceza hâkiminin kararı ile yasaklanabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Başsavcılığının kararı

3- Başvurucular söz konusu derginin içeriğini bilmedikleri, dergileri satmak amacıyla bulundurdukları yönünde savunma yapmışlarsa da savunmaları inandırıcı bulunmayarak başvurucuların derginin içeriğini bildikleri kabul edilmiştir.

AYM, ilk derece mahkemesinin, başvurucular hakkında vermiş olduğu mahkumiyet kararında suça konu dergilerin terör örgütünün propagandası yaptığı kabulünü münhasıran İstanbul 9. Ağır Ceza Mahkemesi'nin vermiş olduğu toplatma kararına dayandığını gözlemlemiştir. Bir soruşturmada koruma tedbiri uygulandığı anda, suç isnat edilen fiilin henüz işenip işlenmediğinin, işlenmiş ise kim tarafından işlendiğinin hukuki kesinlikten yoksun olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla koruma tedbirleri; hukuki kesinlik ölçüsüyle tatbik edilmemekte, görünüşte bir haklılık (*prima facie*) içermektedir. Dolayısıyla *prima facie* verilmiş kararlar, normal davalarda maddi anlamda kesin hüküm teşkil edemezler.¹¹³

Bu açıklamalar ışığında AYM, ilk derece mahkemesinin mahkumiyet kararında, suça konu dergide terör propagandası yapıldığını, hakkında toplatma kararı verilmiş olması nedeniyle tartışmasız kabul ettiğini, uyuşmazlığın çözümünde çelişmelilik sağlanmaksızın alınmış olan geçici bir koruma tedbirini maddi anlamda kesin hüküm statüsüne çıkardığını gözlemlemiştir. AYM kararında, ilk derece mahkemesinin gerekçeli kararında; suça konu derginin içeriği hakkında herhangi bir açıklamaya yer vermediğini, dergide yer alan açıklamaların ve yazıların hangi sebeplerle terör örgütünün propagandası niteliğinde olduğunu açıklamadığını, kaldı ki başvurucuların içeriğinde terör örgütü propagandasının yapıldığı kabul edilen dergileri satmalarının hangi surette terör örgütüne yardım etme suçunu oluşturduğunu ikna edici bir şekilde ortaya koymadığını gözlemlemiştir. Bu nedenlerle başvurucuların ifade özgürlüklerine yönelik müdahalenin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığının ilgili ve yeterli gerekçeyle ortaya koyulmadığına karar verilmiştir.¹¹⁴

Bestami Eroğlu Başvurusu¹¹⁵

yeterlidir. Bu karar en geç yirmidört saat içinde hâkimin onayına sunulur. Kırksekiz saat içinde hâkim tarafından onaylanmaması halinde Cumhuriyet Başsavcılığının kararı hükümsüz kalır. “

¹¹³ Cahit Baybariz ve Edep Tekin Başvurusu, para. 38-39.

¹¹⁴ Cahit Baybariz ve Edep Tekin Başvurusu, para. 40-42.

¹¹⁵ Bestami Eroğlu Başvurusu, No. 2018/23077, 17/9/2020.

AYM, başvurucunun ByLock haberleşme programındaki kullanıcı bilgileri, yazışma içerikleri ve log kayıtlarının istihbari yöntemlerle elde edilerek yargısal makamlara aktarılmasını ve analiz edilerek mahkumiyet kararında delil olarak kullanılmasını, kişisel verilerin korunmasını isteme ve haberleşmenin gizliliğine müdahale olarak kabul etmiştir.¹¹⁶

AYM kararında, söz konusu müdahalenin, FETÖ/PDY terör örgütünün faaliyetlerinin tespiti ve suç işlenmesinin önlenmesi meşru amacını taşıdığı tespit etmiştir. ByLock haberleşme programına ait verilerin elde edilmesi, tahlil edilmesi ve soruşturma makamlarına aktarılması belirtilen meşru amaca ulaşmak açısından elverişli bir araç olarak kabul edilmiştir. Müdahalenin son çare olarak başvuru bir araç olup olmadığı incelendiğinde ise; örgütün bir çok üst düzey yöneticisinin ByLock verilerinin analiz edilmesi ile ortaya çıkarıldığı ve FETÖ/PDY'nin kendi özgü yapısı¹¹⁷ gözetildiğinde daha hafif bir tedbirin tercih edilmesiyle aynı sonucun elde edilmesinin mümkün olmadığı vurgulanmıştır. Bu nedenlerle AYM, istihbari yöntemlerle ByLock sunucusunda bulunan verilerin elde edilmesini ve yargılama makamlarına aktarılmasını demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı bulmamıştır.¹¹⁸

***Ali İpekli ve diğerleri Başvurusu*¹¹⁹**

Bir mahkumiyet kararı olmamakla birlikte çalışmanın konusu ile doğrudan ilgili olması nedeniyle karara bu bölümde yer verilmiştir. Başvurucular terör örgütüne üye olmak suçundan CMK'nın 100. maddesi uyarınca tutuklanmışlardır. AYM, başvurucular hakkında uygulanan tutuklama tedbirinin kanuni dayanağı

¹¹⁶ Genel olarak istihbari nitelikteki dinlemeler neticesinde elde edilen delillerin, hukuka aykırı olarak elde edildiği değerlendirilmesi ve adil yargılanma hakkı kapsamında ele alınması gerektiği düşünülebilse de AİHM, bu tip başvuruları Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında ele almaktadır (Köksal, **a.g.e.**, s. 280).

¹¹⁷ "... Kendine özgü yapısı ve gizlilik esasına dayanan çalışma yöntemi, sivil organizasyonları örgütsel amaçlarına ulaşabilmek amacıyla kullanmadaki maharetiyle FETÖ/PDY çok sayıda ülkede kendine alan açmayı başarmış ve faaliyetleri dünyanın her yanına yayılmış en organize ve tehlikeli terör örgütlerinden biridir..." *Bestami Eroğlu Başvurusu*, para. 148.

¹¹⁸ *Bestami Eroğlu Başvurusu*, para. 146-149.

¹¹⁹ *Ali İpekli ve diğerleri Başvurusu*, No. 2017/30997, 22/1/2021.

bulunduğunu tespit ederek, başvuruçuların suç işlediklerine dair kuvvetli belirti¹²⁰ bulunup bulunmadığını incelemiştir. Söz konusu kararda on bir başvuruçunun başvurusu ele alınmıştır. Başvuruçulardan dördü açısından delil olarak değerlendirilen eylemlerin ifade özgürlüğü kapsamında kaldığı anlaşılmakla, aşağıda hak bütünlüğünü sağlamak adına kararın sadece bu dört başvuruçu ile ilgili kısımları verilmektedir.

Mahkeme, başvuruçulardan ikisi bakımından verilen tutuklama kararı bağlamında suç işlediklerine dair kuvvetli belirtilerin olduğuna şu değerlendirmelerle varmıştır:

*“Başvuruçu Ali İpekli'nin ellerinde uzun namlulu silahlar bulunan terör örgütü mensuplarının fotoğraflarının paylaşıldığı sosyal medya hesabının kendisine ait olduğunu ifade etmiştir. Bir terör örgütünün mensuplarının uzun namlulu silahlarla çekilmiş fotoğraflarının sosyal medya hesabında paylaşılması, şiddetin övülmesi ya da teşvik edilmesi olarak değerlendirilebilecek nitelikte bir eylemdir. Bu bağlamda soruşturma mercilerinin ellerinde uzun namlulu silahlar bulunan terör örgütü mensuplarının fotoğraflarının sosyal paylaşım sitelerinde paylaşılmasının terör örgütlerinin cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösteren, öven ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik eden bir eylem olarak PKK/KCK **terör örgütünün propagandasının yapılması bakımından**¹²¹ kuvvetli suç belirtisi olarak kabul etmelerinin keyfî ve temelsiz bir değerlendirme olduğu söylenemez.”*

“Başvuruçu Doğan Erbaş'ın PKK'nın propagandasına dönüşen bazı eylemlere katıldığı ve bu eylemler sırasında terör örgütünü övücü nitelikte ifadelerin yer aldığı konuşmalar yaptığı, bu bağlamda 2/7/2016 tarihinde yaptığı bir konuşmada hendek olayları kapsamında çatışmaların yaşandığı yerlerden biri olan Lice'de güvenlik güçleri tarafından yapılan operasyonlarla ilgili olarak "...Lice'nin direnerek kazanmaya devam edeceğini bugüne kadar kazandığı gibi bundan sonra da kazanmaya devam edeceğini bir kez daha belirtiyoruz..." şeklinde ifadeler kullandığı belirtilmiştir. Bunun yanı sıra başvuruçunun Facebook isimli sosyal paylaşım sitesinde bulunan kişisel

¹²⁰ **AY md. 19/4:** “Suçluluğu hakkında **kuvvetli belirti** (vurgu eklenmiştir) bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hakim kararıyla tutuklanabilir. Hakim kararı olmadan yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir; bunun şartlarını kanun gösterir.”

¹²¹ Başvuruçunun tutukluluk kararına dayanak teşkil eden suç, *silahlı terör örgütüne üye olmak* iken; AYM, başvuruçunun eylemlerini *terör örgütünün propagandasının yapılması bakımından* incelemiştir. Kişinin terör örgütünün propagandası yapması veya yaptığına dair kuvvetli belirtilerin bulunmasının silahlı terör örgütüne üye olmak suçu bakımından hangi surette kuvvetli belirti oluşturduğu ise kararda açıklanmamıştır.

hesabından PKK/KCK terör örgütünün kurucu üyelerinden olan A.Ç., M.H.D., K.P. ve A.Y.nin fotoğraflarının bulunduğu ve üzerinde "14 Temmuz Ölüm Orucu Şehitlerini Minnetle Anıyoruz" ibaresi bulunan ekran karesini "Büyük Özgürlük ve Direniş Ruhunun Sembollerini Saygı ve Minnetle Anıyoruz" kişisel yorumuyla paylaştığı ifade edilmiştir. Anayasa Mahkemesi PKK terör örgütü tarafından gerçekleştirilen şiddet eylemlerinin ve güvenlik güçlerine yönelik saldırıların sahiplenilmesi, övülmesi ya da meşru görülmesi anlamına gelen birçok açıklamanın terörle bağlantılı suçlamalar bakımından kuvvetli suç belirtisi olarak kabul edilebileceğine karar. Bu bağlamda başvurunun hendek olaylarıyla ilgili olarak terör saldırılarının en yoğun şekilde yaşandığı yerlerden biri olan Lice için sarf ettiği "Lice'nin direnerek kazanmaya devam edeceği" şeklindeki sözlerinin PKK tarafından sergilenen şiddet eylemlerinin sahiplenilmesi en azından övülmesi olarak kabulü mümkündür. Öte yandan başvurunun sosyal medya hesabından, bulundukları ceza infaz kurumunda girdikleri ölüm orucu sonucunda hayatlarını kaybeden ve bu eylemleri sebebiyle yurt içinde ve yurt dışında her yıl anma programları düzenlenerek örgüt hiyerarşisi ile örgüte müzahir kitle içinde örgütle özdeşleştirilip âdeta sembolleştirilen PKK/KCK terör örgütünün kurucu kadroları içinde yer alan mensuplarının bulunduğu ekran karesini -kişisel yorumunu da eklemek suretiyle- paylaşmasının yukarıda değinilen olgular ile birlikte değerlendirildiğinde somut olayın koşullarında terör örgütünün propagandasının yapılması olarak değerlendirilebilecek nitelikte olduğu gözardı edilmemelidir. Dolayısıyla soruşturma mercilerince yapılan bu tespit ve değerlendirmeler bir bütün olarak dikkate alındığında bu olguların başvurunun **PKK/KCK terör örgütü ile bağlantılı bir suç**¹²² (vurgu eklenmiştir) işlediği hususunda kuvvetli belirti olarak kabul edilmesinin temelsiz ve keyfî olduğu söylenemez.”

Mahkeme, başvurulardan ikisi bakımından ise verilen tutuklama kararı bağlamında suç işlediklerine dair kuvvetli belirtilerin olmadığına şu değerlendirmelerle varmıştır:

“Başvurucu Muhittin Arslanboğa yönünden suçlamaya esas alınan olgular iki protesto eylemine katılmasıdır. (...) Soruşturma makamları belirtilen protesto eylemlerinin terör örgütü propagandasına dönüşen organizasyonlar olduğunu ifade etmekte iseler de soruşturma belgelerinde söz konusu protesto eylemlerinden hangisinin ya da hangilerinin PKK/KCK terör örgütünün çağrısı ve talimatları doğrultusunda gerçekleştirildiği hususunda açık bir bilgi

¹²² Başvurucu Ali İpekli bakımından suç işlendiğine ilişkin kuvvetli belirti terör örgütünün propagandasının yapılması bakımından değerlendirilmişken; başvuru Doğan Erbaş’ın gerçekleştirdiği eylemlerin suç işlendiğine dair kuvvetli belirti oluşturup oluşturumaması ise *terör örgütü ile bağlantılı bir suç işleyip işlemediği* bakımından değerlendirilmiştir. İkinci bölümde, terör örgütüne üye olmak suçu bakımından verilen, davanın esasını çözmeye niteliğini haiz olmayan tutuklama kararında söz konusu suça ilişkin Yargıtay’ın geliştirdiği kriterlerin tartışılmamasını olağan bulduğumuzu belirtmiştik. Somut başvuru bakımından da AYM’nin başvuru Doğan Erbaş yönünden varmış olduğu sonuca katılmaktayız.

*bulunmamaktadır. (...) söz konusu eylemlerin başvurusunun mensubu olduğu ve İstanbul il yönetiminde görev aldığı siyasi partinin, bir büyükşehir belediyesinin eş başkanlarına yönelik gözaltı ve tutuklama tedbirlerine ilişkin olması, bu eylemlerin parti örgütlerince düzenlenmiş olması ile başvurusunun bu eylemler sırasında örgütsel propaganda içeriği taşıyan herhangi bir konuşma yaptığına ve terör örgütü veya onun lideri lehine slogan atma faaliyetine iştirak ettiğine yönelik somutlaştırılmış bir tespitin bulunmaması olguları dikkate alındığında salt bu protesto eylemlerine katılmanın **terörle bağlantılı bir suç** yönünden kuvvetli belirti olarak kabulü mümkün görülmemiştir.”*

*“Başvurucu Fermez Erkan yönünden başvurusunun Twitter isimli sosyal paylaşım sitesinde kendisinin de katıldığı İstanbul Fatih HDP İlçe Başkanlığında düzenlenen etkinliğe ilişkin olarak PKK/KCK terör örgütü lideri Abdullah Öcalan'ın ve örgüt flamasının fotoğraflarının duvara asılı bulunduğu ekran karesini "Fatih ilçe kongresi için son halk toplantısında'yık." ibareli yorumla, başvurusunun yine Twitter üzerinden yapmış olduğu "#öcalanonurumuzdur" isimli konu başlığı (hashtag) ile örgüt liderinin fotoğrafının üzerinde "Güneşimizi Karartamazsınız" yazılı olan duvara asılı bez afişin önünde bir topluluğun bulunduğu ekran karesini paylaştığı hususu isnat edilen suça dayanak olarak ileri sürülmüş ise de söz konusu paylaşımlar başvurusunun PKK terör örgütü liderine ve diğer örgüt mensuplarına olan ilgi ve sempatisini göstermekle birlikte -bu paylaşımlarda başvurusunun terör örgütünü öven ve mücadelesini benimseyen içerikte bir yorum yaptığına dair bir tespitin bulunmaması da gözönüne alındığında- somut olayın koşullarında **terörle bağlantılı bir suç** (vurgu eklenmiştir) işlediğine dair kuvvetli belirti olarak kabul edilemeyeceği kanaatine ulaşılmıştır.”*

Bu başlık altında üzerinde durulacak son husus açıkça dayanaktan yoksun bulunan başvurulardır.¹²³ Çalışmanın konusunu oluşturan, temel hak ve özgürlükler

¹²³ AİHS'in 35. maddesinin 3. fıkrasının (a) bendinde, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 48. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “*başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olması*” şartı, hiçbir başarı şansı bulunmayan başvuruların esastan incelemesine geçilmemesini ifade etmektedir. Başvurunun söz konusu şartı haiz olduğunun anlaşılması durumunda kabul edilemezlik kararı verilmektedir. AİHM, genellikle yerleşik içtihadı olan alanlarda içtihadın aksine talepte bulunulan başvurularla ilgili olarak açıkça dayanaktan yoksunluk gerekçesiyle kabul edilemezlik kararı vermektedir. Ancak Mahkeme'nin bu tutumu, söz konusu şartın uygulama biçiminin açık olmaması ve gerekçe gösterilmeksizin başvuruların reddedilmesinin meşruiyet sorunlarına neden olduğu gerekçeleriyle doktrinde eleştirilere konu olmaktadır (Ebru Karaman, **Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013, s. 269; Harris, O'Boyle, Bates, Buckley, **a.g.e.**, s. 812). Başvurunun açıkça dayanaktan yoksun kabul edilmesi iki formda ortaya çıkmaktadır: Birincisi, bir konuda ilke karar oluşturulmuşsa ve yapılan başvuruda, söz konusu ilke karar esas alınarak, ihlalin olmadığı kolaylıkla anlaşılmakta ise bu nedenle başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğuna karar verilebilmektedir. İkinci olarak ise başvuru, dayanağının olmadığı açıkça görülmekte ise ihlal olmadığı gerekçesiyle kabul edilemez bulunabilmektedir (Selami Turabi, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi**, 3. bs., Ankara, Seçkin, 2017, s. 185). İkinci form açıkça dayanaktan yoksun kabul edilen başvurularda yüzeysel de olsa esasa ilişkin bir inceleme yapılmaktadır.

kapsamında kalan eylemlerin mahkumiyet kararlarında delil olarak değerlendirilmesi hususunda yapılan birçok başvurunun, AYM tarafından kabul edilemez olduğuna karar verildiği gözlemlenmiştir.¹²⁴

Temel hak ve özgürlükler kapsamında kalan faaliyetlerin mahkumiyet kararlarında delil olarak değerlendirilmesine ilişkin başvurularda açıkça dayanaktan yoksun kabul edilen başvurular, birinci form açıkça dayanaktan yoksunluk türüne uymaktadır. AYM'nin bu konudaki ilke kararının ise *Metin Birdal Başvurusu* olduğu anlaşılmaktadır.

AYM'ye yapılan bir başvuruda¹²⁵ başvuru, ifade özgürlüğü ile toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı kapsamında kalan faaliyetlerinin delil olarak kullanıldığı mahkumiyet kararının ilgili ve yeterli gerekçeyi haiz olmadığını iddia etmiş ve ifade özgürlüğü ile toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

AYM, ilk derece mahkemesinin, başvuru, on üç farklı eylemini terör örgütüne üye olmak suçu yönünden delil olarak değerlendirdiğini gözlemlemiştir. Delil olarak değerlendirilen eylemlerde ilk derece mahkemesinin kabulüne göre başvuru; terör örgütünün sahiplenildiği bazı toplantılara katılmış ve bazı toplantıları organize etmiş, söz konusu toplantılarda terör örgütünün, şiddete katılmış üye ve yöneticilerini övmüştür.¹²⁶ Ayrıca başvuru, katıldığı toplantılardan birinde terör

Fakat birinci form açıkça dayanaktan yoksun kabul edilen başvurularda aynı durum söz konusu olmayabilmektedir. Bu hallerde bir ihlalin olmadığı sonucuna uzun hukuki gerekçelerle varılabildiği gibi daha önce şikayet konusu yapılmış ve esasa ilişkin inceleme sonucunda ihlal olmadığına karar verilmiş bir konuda müstakir hale gelen içtihadı atf yapılarak ihlal olmadığının açık olduğuna da karar verilebilmektedir (Halil İbrahim Dursun, **Türk Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Esasa İlişkin Kabul Edilemezlik Sebepleri**, Ankara, Seçkin, 2018, s. 66).

¹²⁴ Örneğin bkz. *Mehmet Ali Aslan Başvurusu*, No. 2014/2335, 12/11/2019; *Nevzat Tekel Başvurusu*, No. 2014/13863, 20/11/2019; *Gaffar Bayram ve diğerleri Başvurusu*, No. 2015/3712, 16/1/2020; *Uğur Ahmet Yaşar Başvurusu*, No. 2014/11842, 2/6/2020.

¹²⁵ *Candar Şafak Dönmez Başvurusu*, Genel Kurul, No. 2015/15672, 5/11/2020.

¹²⁶ Başvuru, terör örgütüne üye olmak suçunun yanı sıra katıldığı toplantılarda; atılmış olduğu sloganlar ve terör örgütü lehine sloganların ve sembollerin yer aldığı afişleri duvarlara asması eylemleri nedeniyle de her bir eyleminden ayrı ayrı terör örgütünün propagandasını yapmak suçundan cezalandırılmıştır. Başvuru, aynı başvuru kapsamında terör örgütünün propagandasını yapmak suçundan mahkum edilmesinin ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini ileri sürmüştü de AYM, müdahalenin demokratik toplumda gerekli olmadığı sonucuna varılamayacağını belirterek ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir (bkz. *Candar Şafak Dönmez Başvurusu*, para. 54-74).

örgütü lideri lehine sloganlar attıktan sonra bir polis memuruna saldırarak onu yaralamış, bir öğrenci yurdunda gerçekleşen şiddet içerikli bir eylemde öğrencilerin eylem iradelerini güçlendirmiştir.

AYM, başvurunun eylemlerini şöyle değerlendirmiştir.¹²⁷

“Somut olayda başvurunun bir bütün olarak eylemlerinin şiddetin geçerli ve etkili bir yöntem olduğu görüşünün toplum içinde yayılmasını ve terör eylemlerine neden olan fikir ve kanaatlerin kökleşmesini sağlamak amacını taşıdığı değerlendirilmiştir. Öte yandan başvurunun bu amaca ulaşmak için belirli bir çaba ve zaman harcadığı da eylemlerin yoğunluğundan anlaşılmaktadır. Bundan başka başvuru, eylemleriyle terör örgütüne sempatic ve destekçi toplamaya çalışmış; kişilerin terör örgütlerine bakış açısını değiştirmeyi amaç edinmiştir. Üstelik başvuruya konu olayda başvurunun üyesi olduğu TKP/ML-TİKKO ve destek verdiği PKK terör örgütleri artık tehlikesiz veya tehlikeliliği varsayımsal olan örgütler değildir.”

Bu değerlendirmeler uyarınca Mahkeme, başvurunun, suç oluşturmayan ve temel hak ve özgürlükler kapsamında kalan faaliyetleri nedeniyle cezalandırılmadığını, gerçekleştirilen söz konusu eylemlerin, başvurunun terör örgütünün hiyerarşik yapısına kendi isteğiyle ve bilerek girdiğini açıklar şekilde, ikna edici bir biçimde ortaya koyulduğunu belirtmiştir. Sonuç olarak başvurunun ifade özgürlüğü ile toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına yapılan müdahalenin; demokratik toplum düzeninde gerekli olmadığının söylenemeyeceğine ve başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğuna karar verilmiştir.¹²⁸

Bir başka başvuruda da başvuru, katıldığı nevrüz etkinliğinin terör örgütüne üye olmak suçuyla cezalandırıldığı mahkumiyet kararında delil olarak kullanılmasının, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. AYM, başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğuna karar vermiştir.¹²⁹

İlk derece mahkemesinin mahkumiyet kararında genel olarak şu değerlendirmelere yer verilmiştir:

1- Başvurunun; iki şahısla yapmış olduğu telefon görüşmesinde terör örgütünün gençlik yapılanmasının gerçekleştirdiği toplantıları diğer terör örgütü üyelerine haber

¹²⁷ Candar Şafak Dönmez Başvurusu, para. 91.

¹²⁸ Candar Şafak Dönmez Başvurusu, para. 92-95.

¹²⁹ Süleyman Dağ Başvurusu, No. 2015/3896, 17/7/2019.

verdiği, terör örgütü PKK'nın alternatif nevrüz olarak kutladığı 20.03.2011 tarihli etkinliğe katıldığı ve bu etkinlikte öldürülen terör örgütü üyeleri için saygı duruşunda bulunduğu, evinde yapılan aramalarda terör örgütünün gençlik yapılanmasının düzenlemiş olduğu gezilere ilişkin bilgi notlarının, terör örgütü üyelerinin kırsal alanda çekmiş oldukları fotoğrafların bulunduğu, cep telefonundan terör örgütünü övücü mesajlar gönderdiği tespit edilmiştir.

2- Başvurucunun; katıldığı etkinlikler, gizli izleme tutanakları ve evinde ele geçirilen örgütsel dokümanlar bütün olarak değerlendirilerek terör örgütü üyesi olduğunun anlaşıldığına karar verilmiştir.

Başvurucu, birçok delile dayanılarak terör örgütüne üye olmak suçundan mahkum edilmesine karşın bireysel başvuruda yalnızca nevrüz etkinliğine katılmasının mahkumiyet kararında delil olarak değerlendirilmesinden şikayetçi olmuştur. Bununla birlikte başvuru, katıldığı etkinliğin PKK tarafından düzenlendiğini kabulüne ilişkin AYM'nin dikkate alacağı bir itirazda bulunmamıştır. AYM, başvurucunun katılmış olduğu nevrüz etkinliğinin mahkumiyet kararında delil olarak değerlendirilmesini toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına yönelik bir müdahale olarak kabul etmiştir. Bununla birlikte ilk derece mahkemesinin değerlendirdiği diğer delillerin, sübutuna ve terör örgütü üyeliği suçunun delilleri olarak ele alış tarzına ilişkin meseleleri incelemenin dışında bırakarak yalnızca başvurucunun şikayetini değerlendirmeye almıştır.¹³⁰

AYM, önceki içtihatlarına atıfta bulunarak, hukuka uygun yöntemlerle elde edilen her şeyin delil olarak değerlendirilebileceğini, bu kapsamda başvurucunun katılmış olduğu nevrüz etkinliğinin de mahkumiyet kararında delil olarak kullanılmasının mümkün olduğunu belirtmiştir. AYM kararında, ilk derece mahkemesinin mahkumiyet kararını yalnızca başvurucunun katılmış olduğu nevrüz etkinliğine dayandırmadığı, diğer delillerin de bir bütün olarak değerlendirilmesi neticesinde terör örgütüne üye olmak suçunun sübut bulduğuna karar verildiği gözlemlenmiştir. Bu bağlamda başvurucunun; katılmış olduğu nevrüz etkinliğinin, terör örgütünün hiyerarşik yapısına bilerek ve isteyerek dâhil olduğunun ortaya konulabilmesi için eylemlerinin sürekliliği, çeşitliliği ve yoğunluğu belirlenmeye

¹³⁰ Süleyman Dağ Başvurusu, para. 30-33.

çalışılırken terör örgütü üyeliği kanaatini destekleyici ve tamamlayıcı bir delil olarak değerlendirilmesinin makul olduğu belirtilmiştir.¹³¹

Netice olarak AYM, başvurunun kabul edilemez olduğu sonucuna şu değerlendirmeye varmıştır: “Sonuç olarak somut olayda PKK tarafından düzenlendiği kabul edilen ve başvurunun öldürülen bir terör örgütü mensubu için saygı duruşunda bulunduğu belirtilen alternatif bir nevrüz kutlamasına katılmasının terör örgütü üyeliği suçundan mahkûmiyetinde delil olarak kullanılması, başvurunun toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı üzerinde haksız bir caydırıcı etki yaratacak nitelikte görülmemiştir.”¹³²

Söz konusu başvurular incelendiğinde; mahkumiyet kararlarının temelini, AİHM ve AYM’nin ilgili temel hak ve özgürlüklere ilişkin belirtmiş olduğu kriterlere göre değerlendirilmemiş bir temel hak ve özgürlük kapsamındaki faaliyetin oluşturmadığı başvurularda, müdahalenin açıkça meşru olduğu sonucuna varılmakta ve başvurunun, önceki içtihatlarla atıf yapılarak açıkça dayanaktan yoksun olduğuna karar verilmektedir.

Bununla birlikte temel hak ve özgürlükler kapsamında kalan faaliyetlerin mahkumiyet kararlarında delil olarak değerlendirildiği ve fakat mahkumiyet kararlarının temelini oluşturmadığı başvurularda AİHM’in, ilgili temel hak ve özgürlük bakımından müdahale bulunmadığına kanaat getirdiği kararlar da mevcuttur. Bu kapsamda *Benli v. Turkey*¹³³ ve *Rıza Dinç v. Turkey*¹³⁴ kararları örnek gösterilebilir:

Benli v. Turkey

Başvurucu olayların yaşandığı dönemde *Hedef*, *Liseli Arkadaş* ve *Alevi Halk Gerçeği* isimli dergilerin sorumlu yazı işleri müdürüdür.¹³⁵ Ankara Devlet Güvenlik

¹³¹ *Süleyman Dağ Başvurusu*, para. 36-37.

¹³² *Süleyman Dağ Başvurusu*, para. 39.

¹³³ *Benli v. Turkey*, App. No. 65715/01, Judgment of 20 February 2007.

¹³⁴ *Rıza Dinç v. Turkey*, App. No. 42437/98, Judgment of 28 October 2004.

¹³⁵ 24 Şubat 1998 tarihinde yakalanıp sonrasında gözaltına alınan başvuru 27 Şubat 1998 tarihine kadar sorgulanmıştır. Bu tarihte başvuru, Türkiye Devrim Partisi (TDP) isimli silahlı örgütün üyesi olduğunu ve başta *Hedef* isimli dergi olmak üzere yayınladığı dergilerin bu örgütün eylem ve ideolojisini desteklediğini kabul ettiği ifadesini imzalamıştır (*Benli v. Turkey*, para. 7). Bununla birlikte başvuru, daha sonra Cumhuriyet Savcısına verdiği ifadede polis karakolunda verdiği ifadeyi

Mahkemesi (DGM) Cumhuriyet Savcısı başvurucuyu Türkiye Devrim Partisi'nin (TDP) yöneticilerinden biri olmakla ve halkı kin ve düşmanlığa teşvik etmekle suçlamıştır. Cumhuriyet Savcısı, TDP'nin; anayasal düzeni ortadan kaldırarak komünist bir rejim kurmayı hedeflediğini, 1993 yılından itibaren de İstanbul ve Sivas illerinin kırsal kesimlerinde bombalı saldırı, insan kaçırma ve öldürme eylemleri gerçekleştirdiğini ve bu kapsamda bir silahlı örgüt olduğunu ileri sürmüştür. Cumhuriyet Savcısı ayrıca *Hedef* isimli dergide aleni olarak örgüt propagandası yapıldığını, güvenlik güçleriyle girilen çatışmalarda ölen kişilerin şehit olarak nitelendirildiğini, aynı zamanda bu derginin çok sayıda nüshasının mahkeme kararıyla toplatılmasına karar verildiğini ve başvurucunun da bu tedbir kararından habersiz olmasının mümkün olmadığını belirtmiştir. Cumhuriyet Savcısı iddialarını desteklemek amacıyla *Hedef* dergisinin çok sayıda nüshasından örnekler vermiş, *Liseli Arkadaş* isimli derginin de TDP'nin genç öğrencilere yönelik yayınladığı bir dergi olduğunu ileri sürmüştür.¹³⁶

Cumhuriyet Savcısı sonuç olarak başvurucuyu aşağıdaki olgulara dayanarak itham etmiştir:¹³⁷

- 1- E.T. ve E.K. isimli sanıkların da yardımıyla dava konusu dergilerin; İstanbul'da yayınlanmasını ve Çorum'da dağıtılmasını ve örgütün propaganda aracı olarak kullanılmasını sağlamak,
- 2- E.T. ve E.K. isimli sanıkları bünyelerine almak,
- 3- 1 Mayıs 1997 tarihinde düzenlenen gösteri yürüyüşlerinde TDP gruplarını organize etmek, örgüt sloganlarının yer aldığı pankartlar taşımak, "Serap, Suna, Ertan, Rıza Gökdemir'ler ölmedi, Partimiz mücadele etmeye devam ediyor" şeklinde sloganlar atmak ve 1 Mayıs 1998 tarihinde düzenlenen gösteri yürüyüşüne katılmak,
- 4- E.Y. isimli militanın ölüm yıldönümünde düzenlenen organizasyona katılmak ve bu organizasyonda söz konusu kişiden bir kahraman olarak bahsetmek,
- 5- Hedef dergisinin bütün nüshalarını ve Çorum Halkının Silahlı Direnişi isimli kitabı evinde bulundurmak,

reddetmiş, TDP ile hiçbir bağlantısının olmadığını, söz konusu dergilerin birer nüshasını saklamış olsa bile dağıtımları yasaklanan dergileri dağıtmadığını ifade etmiştir (*Benli v. Turkey*, para. 9).

¹³⁶ *Benli v. Turkey*, para. 12.

¹³⁷ *Benli v. Turkey*, para. 13.

6- 8 Mart 1998 tarihinde düzenlenen gösteri yürüyüşünde 21 Mart tarihinde kutlanan nevrüz bayramında yukarıda belirtilen sloganları atmak.

Başvurucu; mahkeme önünde verdiği ifadesinde polis karakolunda vermiş olduğu ifadesini tekrar inkar etmiş, 1 Mayıs 1998 tarihinde düzenlenen 1 Mayıs etkinliğine ve Nevruz bayramı kutlamalarına katıldığını kabul ederek söz konusu toplanmalarda “Birlik-Mücadele-Zafer” ya da “Yaşasın Nevruz” gibi suç oluşturmeyen sloganlar attığını, hiçbir zaman anma etkinlikleri düzenlemediğini, dava konusu bazı makalelerinse suç unsuru teşkil etmediğine inanarak yayınlanmasına izin verdiğini beyan etmiştir. Başvurucu, Ankara DGM’ce 765 sayılı TCK’nın 169. maddesi uyarınca örgüte yardım etmek suçundan cezalandırılmıştır. Mahkeme, başvurunun TDP yöneticisi olduğunu gösterir ikna edici kanıtların bulunmadığını ve savcılık tarafından dikkat çekilen pankart ve sloganlar ile örgüt arasında bir bağlantının ortaya koyulmadığını belirtmiş, bu kapsamda başvurunun diğer suçlar bakımından beraatine karar vermiştir. Yargıtay söz konusu suçlamaların örgüte yardım etme suçunu değil, örgüte üye olmak suçunu teşkil ettiği gerekçesiyle söz konusu kararı bozmuştur. Dosya tekrar önüne gelen Ankara DGM, *Hedef* isimli derginin TDP’nin ideolojisini yaymak için yayınlandığını belirttiği bazı bölümlerine dikkat çekerek söz konusu derginin başvuru tarafından dağıtıldığını kabul etmiştir. Söz konusu faaliyetlerin örgüt adına sempatican kazandırma amacıyla gerçekleştirildiği, bu kapsamda başvurunun eylemlerinin devamlılık ve çeşitlilik gösterdiği gerekçeleriyle TDP isimli örgütün üyesi olduğuna karar verilmiştir.

Başvurucu, hakkında verilen mahkumiyet kararının Sözleşme’nin 9 ve 10. maddelerini ihlal ettiğini ileri sürmüş, AİHM de başvurunun 10. madde kapsamında ele alınması gerektiğine karar vermiştir. Başvurucu bir derginin sorumlu yazı işleri müdürü sıfatı ile silahlı örgüt üyesi olarak mahkum edilmesinden şikayetçi olmuştur. Bu kapsamda olayların meydana geldiği dönemde davaya konu dergilerin yayınlanmasının yasaklandığı herhangi bir mahkeme kararının bulunmadığına dikkat çekmiştir. Hükümet ise söz konusu dergilerin TDP’nin bir propaganda aracı olduğunu, fakat başvurunun söz konusu propagandanın bir parçası olduğu için değil çok sayıda

silahlı saldırının sorumlusu olan silahlı örgütün üyesi olduğu için cezalandırıldığına ve bu kapsamda söz konusu başvuruda 10. maddenin uygulamayacağına işaret etmiştir.¹³⁸

Başvurucunun cezalandırılmasına karar verilen mahkumiyet kararını ve mahkemelerin gerekçelerini de dikkatle incelediğini belirten AİHM, mevcut davada başvurunun düşüncelerini açıkladığı ya da toplantılara katıldığı için değil ulusal makamlar tarafından terör örgütü olarak nitelendirilen yasadışı bir örgüte üye olması nedeniyle cezalandırıldığına kanaat getirmiştir. Bu kapsamda söz konusu mahkumiyet kararının ifade özgürlüğüne bir müdahale teşkil etmediğine ve bir ihlalden de söz edilemeyeceğine karar vermiştir.¹³⁹

Rıza Dinç v. Turkey

Başvurucu hakkında *Komal* yayınevi gibi paravan şirketler kurarak PRK/Rızgari (Kürdistan Kurtuluş Partisi / Kurtuluş) terör örgütünün propagandasını yapmak ve örgüte maddi yardımda bulunmak amacıyla yayıncılık ve dağıtımcılık faaliyetleri yürüttüğü ve *Sterka Rızgari* dergisindeki faaliyetleri gerekçe gösterilerek terör örgütü üyesi olmaktan cezalandırılması talep edilmiştir.¹⁴⁰ Devlet Güvenlik Mahkemesi'ne göre devletin üniter yapısını bozma amacı taşıyan PRK/Rızgari örgütünün ideolojisini benimseyen başvuru, örgütün resmi yayın organı olan *Sterka Rızgari* dergisi ile *Komal* yayınevinin sahibidir. Ayrıca örgütün kurucusu R.M.'nin, başvurunun; örgüt ile ilişkisinin bir yayınevi kurmak şeklinde olduğunu ve *Sterka Rızgari* dergisi ile *Komal* yayınevinde gerçekleştirdiği yasal faaliyetlerin de bu çerçevede kaldığını beyan eden ifadesine işaret edilmiştir.¹⁴¹

Başvurucu, sahibi olduğu yayınevince çıkarılan yayınlarda; Kürt kökenli olması, Kürt kimliğini ve Kürtlerin demokratik haklarını savunduğu nedenlerine dayalı olarak mahkum edildiğini, bu kapsamda Sözleşme'nin 9, 10 ve 14. maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Mahkeme başvuruyu 10. madde kapsamında ele almıştır. Hükümet, başvurunun yasadışı silahlı örgüt PRK üyesi olması nedeniyle

¹³⁸ *Benli v. Turkey*, paras. 41-43.

¹³⁹ *Benli v. Turkey*, paras. 44-46.

¹⁴⁰ *Rıza Dinç v. Turkey*, para. 17.

¹⁴¹ *Rıza Dinç v. Turkey*, para. 20.

cezalandırıldığını, ayrıca başvurunun söz konusu örgüte ait olan ve İ.A. adlı kişi tarafından Ankara'dan Mersin'e gönderilen bazı belge ve bilgisayarları almak için Mersin'e gittiğinin anlaşıldığını ve söz konusu transferinse Ankara'da PRK'ya karşı yapılan bir operasyonda ortaya çıktığına işaret etmiştir. Bu kapsamda başvurucuya yöneltilen suçlamaların doğrudan *Sterka Rızgari* dergisinin sahibi olmasından kaynaklanmadığını ve ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğini savunmuştur.¹⁴²

AİHM, başvurunun -birçok delilin yanı sıra- söz konusu silahlı örgütün ideolojisini benimsediği ve örgütün resmi yayın organı kabul edilen *Sterka Rızgari* dergisinin ve *Komal* yayınevinin sahibi olduğu gerekçeleriyle cezalandırıldığını gözlemlemiştir. Bu kapsamda Mahkeme, başvurunun ne ayrılıkçı propaganda yaptığı gerekçesiyle ne de *Sterka Rızgari* dergisinin ve *Komal* yayınevinin yayınlarında açıklanan görüşler nedeniyle halkı kin ve düşmanlığa teşvik suçundan cezalandırılmadığına işaret etmiştir. Başvurucu, örgütün amaçlarına hizmet eden bir yayınevinin ve derginin sahibi olmasının da aralarında bulunduğu birçok olguya dayanılarak söz konusu örgütün üyesi olarak cezalandırılmıştır. Bu kapsamda söz konusu mahkumiyet kararının ifade özgürlüğüne müdahale teşkil ettiğinin söylenemeyeceğine karar verilmiştir.¹⁴³

Kanaatimizce iki kararda müdahalenin olmadığına karar verilmesi hatalıdır. Kararlarda başvurulardan birinin mahkum edilme nedenlerinden biri örgüt propagandası yapıldığı kabul edilen dergilerin sorumlu yazı işleri müdürü, diğerinde ise başvurunun örgütün resmi yayın organı kabul edilen dergi ve yayınevinin sahibi olmasıdır. Söz konusu faaliyetlerin düşünceyi yayma özgürlüğü kapsamında kabul edilmemesi mümkün değildir. Kararlarda, müdahale olmadığına karar verilirken, başvuruçuların düşünce açıklamalarından dolayı herhangi bir suçlamayla (terör örgütünün propagandasını yapmak, halkı kin ve düşmanlığa tahrik etmek gibi) karşılaşmamış olmaları belirleyici olmuştur. Fakat çalışmanın bütününde ifade edilmeye çalışıldığı üzere temel hak ve özgürlükler kapsamında kalan bir eylem doğrudan bir suçun maddi unsuru olabileceği gibi, bir suçun işlendiğinin ispatı

¹⁴² *Rıza Dinç v. Turkey*, paras. 31-32.

¹⁴³ *Rıza Dinç v. Turkey*, paras. 33-34.

bakımından vasıta olarak da kullanılabilir. Eylemin vasıta olmasının, ilgili suçun ispatı bakımından belirleyici olup olmaması ise müdahalenin varlığı bakımından değil müdahalenin ölçülü/demokratik toplum düzeni bakımından gerekli olup olmadığı hususunda nazara alınmalıdır. Bu nedenlerle kanaatimizce söz konusu iki başvuruda da ifade özgürlüğüne yönelik müdahale gerçekleştirildiğinin kabul edilmesi, fakat müdahalenin açıkça meşru olup olmadığı ve başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olup olmadığı hususlarının tartışılması daha isabetli olurdu.

C. Değerlendirme

AİHM ve AYM kararları incelendiğinde; temel hak ve özgürlükler kapsamındaki faaliyetlerin mahkumiyet kararlarında delil olarak değerlendirilmesi meselesinin esasen ilgili ve yeterli gerekçe kavramı ile ilişki içinde olduğu görülmektedir.

Bireysel başvuru bağlamında ilgili ve yeterli gerekçe denetiminin, önceki içtihatlarla geliştirilen ilkeler ışığında gerçekleştirildiği yukarıda belirtilmişti. Bu kapsamda temel hak ve özgürlükler kapsamında kalan faaliyetlerin delil olarak değerlendirildiği terör örgütü üyeliğine ilişkin mahkumiyet kararlarının, ilgili ve yeterli gerekçeyi haiz olup olmadıkları AYM tarafından geliştirilen örgüt üyeliğine ilişkin şu kriterler ışığında denetlenmektedir: Öncelikle başvurusunun, (1) terör örgütünün hiyerarşik yapısına (2) bilerek ve isteyerek girdiğini (3) gösteren delillerin doğru ve birbirlerini tamamlar nitelikte oldukları ikna edici bir biçimde ortaya koyulmalıdır.

Bu kriterlerin sağlanması gerekli olmakla birlikte varlığı tek başına yeterli değildir. Ayrıca, delil olarak değerlendirilen eylemin ilgili olduğu maddi hakka ilişkin geliştirilen içtihatların da ilgili ve yeterli gerekçe denetiminde göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bu kapsamda örneğin; başvuru sahiplerinin katılmış oldukları toplantıların mahkumiyet kararlarında delil olarak değerlendirilmesine ilişkin başvurularda derece mahkemelerinin, söz konusu gösteriler sırasında; başvuru sahiplerinin eylemlerini, yapılan konuşmalar ve atılan sloganların bağlamını ve zarar verme kapasitelerini, terör propagandası yapılıp yapılmadığı gibi hususları ilgili ve yeterli biçimde ortaya koyamaması 11. maddenin ihlali sonucunu doğurabilecektir.

Başvurucuların yasal kuruluşlara üye olmaları veya bu kuruluşların etkinliklerine katılmalarının mahkumiyet kararlarında delil olarak değerlendirilmesine ilişkin başvurularda da derece mahkemelerinin; söz konusu kuruluşların terör örgütleriyle olan bağlantılarını delillerle göstermesi ve kişilerin, üye oldukları kuruluşların, terör örgütlerine müzahir yapılanmalar olduğunu bilip bilmediklerini, katılmış oldukları etkinliklerin barışçıl niteliklerini, içeriğini, terör propagandasına dönüşüp dönüşmediği gibi hususları araştırması gerekmektedir.

Yasal kuruluşların, derece mahkemelerince terör örgütlerinin *uzantıları, legal görünümlü yapılanmaları* kabul edilmeleri hususu üzerinde de ayrıca durulmalıdır. Örneğin *Hakan Yılmazöz Başvurusunda* derece mahkemesi gerekçeli kararında, *Kocaeli Öğrenci Gençlik Derneği* adıyla yasal olarak faaliyette bulunur gözükten derneğin, etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanan sanıkların beyanları uyarınca DHKP/C terör örgütüne bağlı olarak faaliyette bulunduğu sonucuna varmıştır. Bu tespit ile ilgili derneğin fesih sürecinin de başlaması gerekmektedir. Derece mahkemesinin bulunduğu yer Cumhuriyet Başsavcılığı, derneğin feshini talep etmeye yetkili yer Cumhuriyet Başsavcılığını keyfiyetten haberdar etmelidir. Zira 5253 sayılı Dernekler Kanunu md. 30 uyarınca “*Dernekler; (...) b) Anayasa ve kanunlarla açıkça yasaklanan amaçları veya konusu suç teşkil eden fiilleri gerçekleştirmek amacıyla kurulamaz...*” ve 4271 sayılı Türk Medeni Kanunu md. 89’a göre de “*Derneğin amacı, kanuna veya ahlâka aykırı hâle gelirse; Cumhuriyet savcısının veya bir ilgilinin istemi üzerine mahkeme, derneğin feshine karar verir...*”. Yetkili Cumhuriyet savcısı derneğin, suç sayılan eylemlerin kaynağı haline geldiğine kanaat getirdiğinde mahkemeden derneğin feshini istemelidir. Bu husus Cumhuriyet savcısına görev olarak yüklenmiştir.

Bu aşamada bir derneğin hangi şartlarda suç sayılan eylemlerin kaynağı haline geldiğinin tespiti önem kazanmaktadır. Bir derneğin suç sayılan eylemlerin kaynağı haline geldiğinin kabul edilebilmesi için suça konu tek bir fiilin varlığı yeterli değildir. Yargıtay, derneğin kanuna aykırı faaliyetlerinin, süreklilik kazanmasını aramaktadır. Bu kapsamda süregelen birden fazla eylemin varlığı halinde dernek feshedilebilecektir. Bu durumda dernek üyelerinin asıl amaçlarının; dernek faaliyetleri yürütmek olmadığından, derneği suç işlemek için araç olarak kullanmak olduğundan

söz edilebilir.¹⁴⁴ Terör örgütünün legal görünümlü uzantısı olduğu değerlendirilen bir derneğin, suç sayılan eylemlerin kaynağı haline geldiği kabul edilmelidir. Bu kapsamdaki bir derneğin, dernek merkezinin bulunduğu Asliye Hukuk Mahkemesi’nce o yer Cumhuriyet Savcısının istemi üzerine feshi gerekir¹⁴⁵.

Bir ceza mahkemesi kararında terör örgütüyle bağlantılı olduğu tespit edilen bir derneğin, fesih sürecinin başlatılmaması veya fesih isteminin mahkemece reddedilmesi halinde o dernek bünyesinde gerçekleştirilen faaliyetlerin örgütsel faaliyet olarak kabul edilebilmesi mümkün olmayacaktır. Aksi kabul devletin, bir kuruluşun terör örgütüyle olan bağlantısını görmezden geldiği yahut aslında terör örgütüyle bağlantısı olmayan bir kuruluş bünyesinde gerçekleştirilen faaliyetlerin örgütsel faaliyet olarak kabul edildiği gibi çelişkili bir durum yaratacaktır, ki bu durum da hukuki güvenlik ilkesine¹⁴⁶ aykırılık teşkil edecektir.

Yukarıda verilen kararlar AİHS’in 11. maddesi kapsamında kalan eylemlerin konu olduğu başvurulardır. Başvurucuların, ifade özgürlüğü ve toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme haklarının ihlal edildiğini ileri sürmeleri halinde başvurular genel olarak özel hüküm niteliğini haiz olan 11. madde kapsamında incelenmektedir. Fakat çalışmanın birinci bölümünde örnekleri verildiği üzere mülkiyet hakkı ve haberleşme özgürlüğü kapsamındaki faaliyetlerin de delil olarak kullanılabilmesi mümkündür.

AİHS’in 8. maddesinde alt-kategori hak olarak yer bulan haberleşme özgürlüğü kapsamındaki eylemlerin mahkumiyet kararında delil olarak değerlendirilmesine ilişkin başvurularda AİHS’in 8-11 maddeleri için söz konusu olan genel ilkeler geçerli olacaktır. Genel ilkeler üzerinde yukarıda durulduğu için bu kısımda tekrar durulmamaktadır. ByLock verilerine ilişkin başvurular; genel olarak

¹⁴⁴ Mehmet Akçaal, “Derneğin Mahkeme Kararıyla Sona Ermesi”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 11, S: 1, Y: 2020, s. 79 (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1005945> (E.T.: 16.04.2021)

¹⁴⁵ **Türk Medeni Kanunu md. 60/2.**

¹⁴⁶ “Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.” Anayasa Mahkemesi’nin 26/12/2013 tarihli, 2013/67 E. ve 2013/164 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> (E.T.: 16.04.2021)

delilin hukuka aykırı olarak elde edildiği¹⁴⁷ ve tutuklama kararlarına dayanak oluşturulması¹⁴⁸ nedenleriyle incelenmekte ise de¹⁴⁹ *Bestami Eroğlu Başvurusu* ile birlikte haberleşme özgürlüğü kapsamındaki faaliyetlerin mahkumiyet kararlarında delil olarak değerlendirilmesi 8. madde kapsamında da incelenmiştir. Söz konusu kararında AYM, müdahaleyi ölçülülük incelemesinin alt ilkelerinden olan elverişlilik ve gereklilik açılarından değerlendirmiştir.

Birinci bölümde, mülkiyet hakkına ilişkin müdahale örneği üzerinde durulurken, terör örgütüne müzahir bir banka hesabına para yatırma eyleminin mahkumiyet kararında delil olarak değerlendirilmesi şeklindeki müdahalenin mülkiyet hakkı bağlamında birinci kural kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Kişilere, mülkiyet haklarına yönelik müdahalelere ilişkin iddialarını ileri sürebilme, açıklayabilme ve ilgili ve yetkili merciden gerekçeli ve denetime açık bir karar alma şeklinde usuli güvenceler sağlanmalıdır.¹⁵⁰ Usule ilişkin güvencelerin yerine getirildiğinden bahsedebilmek için ulusal makamların kararlarında konu ile ilgili ve yeterli gerekçe ortaya koyulmalıdır.¹⁵¹ Usuli güvencelere ilişkin AİHM genel olarak, ulusal makamların konuyu layıkıyla değerlendirip değerlendirmedikğine, ulusal mevzuatın kişinin gerekli özeni gösterdiğini ispatlayabilmesi bakımından kişiye aşırı bir külfet yükleyip yüklemedikğine önem vermektedir.¹⁵² Dolayısıyla mülkiyet hakkı kapsamındaki eylemlerin mahkumiyet kararlarında delil olarak değerlendirilmesi şeklindeki müdahale bakımından da esasen yukarıda ilgili ve yeterli gerekçe başlığı altında yapılan açıklamalar geçerli olacaktır.¹⁵³

¹⁴⁷ ByLock isimli program verilerinin hukuka aykırı olarak elde edilmesi, mahkumiyet kararının tek veya belirleyici delil olarak bu verilere dayanması nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiası için örneğin bkz. *Ferhat Kara Başvurusu*, Genel Kurul, No. 2018/15231, 4/6/2020.

¹⁴⁸ Tutuklama kararının ByLock verilerine dayanması nedeniyle hukuki olmadığı ve kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlal edildiği iddiası için örneğin bkz. *Yusuf Emre İper Başvurusu*, No. 2017/24461, 30/6/2020; *Ahmet Uluçay Başvurusu*, No. 2017/27431, 17/6/2020.

¹⁴⁹ Söz konusu müdahale iddiaları çalışmanın konusuyla doğrudan ilgili olmaması nedeniyle ele alınmamıştır.

¹⁵⁰ Gemalmaz, *Bireysel Başvuru Mülkiyet Hakkı*, s. 160.

¹⁵¹ *Kamil Darbaz ve GMO Yapı Grup End. San. Tic. Ltd. Şti Başvurusu*, No. 2015/12563, 24/5/2018, para. 53.

¹⁵² Gemalmaz, *Bireysel Başvuru Mülkiyet Hakkı*, s. 169.

¹⁵³ Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı bağlamında incelenen bir başvuruda AYM, mülkiyet hakkı bağlamında yapılacak bir incelemeye de teşmil edilebilecek şu değerlendirmelerde bulunmuştur:

Temel hak ve özgürlükler kapsamında kalan tek bir eyleminin örgüt üyeliğini açıklamaya yeterli bir delil kabul edilip edilemeyeceği de üzerinde durulması gereken ayrı bir husustur. Birinci bölümde; kişinin, örgüt üyesi olarak kabul edilebilmesi için; eylemlerinin süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk göstermesi gerektiği ve henüz bir suç işlemiş olmasına gerek olmadığı ifade edilmişti.¹⁵⁴ Ayrıca terör örgütüne üye olmak suçu bağlamında temel hak ve özgürlükler kapsamında kalan faaliyetlerin çoğu zaman dolaylı delil/belirti oldukları, belirtilerin genel mahiyette deliller olmaları nedeniyle doğrudan uyuşmazlığa konu vakıayı ispat etmelerinin güç olduğu ancak birbirleriyle desteklendikleri takdirde olayın bütünü açıklayabileceği belirtilmişti.¹⁵⁵ Bu kapsamda kişinin, terör örgütü üyesi olduğunu açıklayan süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk gösteren eylemlerinin bir kısmı temel hak ve özgürlükler kapsamında kalan faaliyetler olabileceği gibi tamamının temel hak ve özgürlükler kapsamında kalan faaliyetler olması da mümkündür. Bununla birlikte kişinin; eylemleri süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk göstermemekle birlikte yalnızca örgüt üyelerinin işleyebileceği bir suçu işlemiş olması da tek başına örgüt üyeliğini ortaya koymak bakımından yeterli görülebilecektir.¹⁵⁶ Fakat kişinin eylemleri süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk

“Başvurucu, silahlı terör örgütüne yardım etme suçundan 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesi uyarınca tutuklanmıştır. Dolayısıyla başvuru hakkında uygulanan tutuklama tedbirinin kanuni dayanağı bulunmaktadır. (...)

Başvurucunun KHK ile kapatılan iki Derneğe ve hakkında terör örgütüne üye olmaktan dava açılan bir kişiye para yardımında bulunduğu ileri sürülmüştür. İddianamede de gösterildiği üzere bu paraların Derneklerin kapatılmasından ve anılan kişi hakkında soruşturma açılmasından önce yatırıldığı anlaşılmaktadır. Mevzu bahis derneklerin başvurusunun para yardımında bulunduğu dönemde faaliyetlerini serbestçe yürütmekte olan yasal kuruluşlar olduğu gözardı edilmemelidir. Başvurucunun söz konusu para yardımlarını insani amaçların dışında terör örgütlerine veya bu örgütlere mensup kişilere gönderilmesi amacıyla gerçekleştirdiğine ilişkin olarak soruşturma mercilerince herhangi bir tespit veya iddiada bulunulmamıştır. Diğer bir deyişle yapılan ödemelerin dernek kapatmalarla veya para gönderilen kişi hakkındaki soruşturma ile bir ilgisi olduğuna yönelik bir delil ortaya konulmamıştır.

Bu itibarla başvurusunun savunması ve dosya kapsamına göre somut olayda tutuklama için gerekli olan suç işlendiğine dair kuvvetli belirtinin yeterince ortaya konulmadığı kanaatine ulaşılmıştır.” *Özlem Dalkıran Başvurusu*, Genel Kurul, No. 2017/35203, 21/1/2021, para. 93, 100-101.

¹⁵⁴ Bkz. “1. Terör Örgütüne Üye Olmak (TCK 220/2, 314/2)” başlığı

¹⁵⁵ Bkz. “B. Ceza Muhakemesinde Delillerin Değerlendirilmesi” başlığı

¹⁵⁶ “...Bilindiği üzere silahlı terör örgütüne üyelik suçunun oluşabilmesi bakımından üyeye örgüt arasında organik bir bağın bulunması ve kural olarak süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk arz eden eylem ve faaliyetlerin bulunması gerekmektedir birlikte bazı durumlarda olayın niteliği, işleniş şekli, meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı, eylemin gerçekleştiği yer, zaman ve şartlar ile sanığın dış dünyaya yansıyan davranışları dikkate alındığında kural olarak belirtilen süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk özellikleri olmasa dahi sadece örgüt üyeleri tarafından işlenebilecek olan suçu işleyen sanıkların bu sebeple tek bir fiille dahi olsa örgüt üyesi kabul edilmesi mümkün olabilecektir.” İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 6. Ceza Dairesi kararı (Karar için bkz. Şen, Eryıldız, **a.g.e.**, s. 134.); “Terör örgütlerinin;

göstermemekte ve temel hak ve özgürlükler kapsamında kalan bir faaliyeti suç da teşkil etmemekte ise¹⁵⁷ tek başına örgüt üyeliğini açıklayan delil olarak yeterli görülmemelidir.¹⁵⁸

amaç suçun işlenmesi yolunda güven, disiplin ve sıkı irtibata önem veren, iş bölümüne dayalı, hiyerarşik düzene sahip yapılar olarak istihbarat, gizlilik, güvenlik ve denetim konularında duyarlı oldukları, örgütün hiyerarşik yapısına dahil olmayan, irtibat halinde olmadıkları, güvenilir bulmadıkları, denetleyemedikleri, gizlilik ve güvenlik kuralları ile hiyerarşiye uymayan kişilerin faaliyetlerine izin vermeyecekleri, bu kapsamda FETÖ/PDY silahlı terör örgüt lideri Fethullah Gülen'in 19.04.2015 günü örgütün yayın organlarından "www.herkul.org" isimli internet sitesinde yayınlanan talimatı doğrultusunda, FETÖ/PDY silahlı terör örgütü üyeliği ve bu örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlara ilişkin yedi ayrı soruşturma dosyasında tutuklu olan altmış üç şüphelinin müdafiliğini yapan yirmi avukatın, örgüt liderinin talimatından bir gün sonra 20.04.2015 tarihinde toplu halde verdikleri elli bir adet dilekçeye istinaden dosyaları kısmen dahi olsa incelemenden ve delillere temas etmeksizin, altmış üç şüphelinin tamamının istisnasız olarak tahliyelerini sağlamak için örgüt tarafından verilen görevi yerine getirmek üzere birlikte harekete geçen ve ancak "adanmış" bir örgüt mensubunca yapılabilecek bir yöntem ve üslupla, hukuka açıkça aykırı bir zeminde bulunduklarını bilerek önceden tasarlanmış, amaç ve örgütsel faaliyetleri yönünden bilinçli olarak söz konusu usulsüz ve hukuka aykırı kararları veren sanıkların FETÖ/PDY silahlı terör örgütünün amaçlarını gerçekleştirmesine hizmet ettikleri ... örgütün hiyerarşik yapısına dahil oldukları ve böylelikle silahlı terör örgütüne üye olma suçunu işledikleri anlaşılmaktadır." Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 24/04/2017 tarihli, 2017/956 E. ve 2017/370 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr> (E.T.: 05.08.2020).

¹⁵⁷ “**Sanığın gerçekleştirdiği basın açıklamasının içeriğinde, somut bir suçun işlenmesine yönelik teşvik ifadesi geçmemekte ise de, halkın bir kısmını yasalar çerçevesinde atanan kamu görevlilerini tanımama ve itatsızlığa çağrıda bulunmasının TCK 217. madde de tanımlanan suç oluşturacağı, terör örgütü üyeliği diğer unsurların yanında, örgütün hiyerarşisine dahil olmak, örgüt amacı doğrultusunda verilen emir ve talimatları sorgulamaksızın yerine getirmeye hazır bulunmayı da ifade eder. PKK/KCK sözde yürütme konseyinin öz yönetimden başka seçenek kalmadığına yönelik çağrısı üzerine yapılan basın açıklamaları sonrasında, terör örgütünün amaca ulaşmak için gerçekleştirdiği stratejik hamlelerden en önemlilerinden birisi olan, yoğun olarak Güneydoğu Anadolu Bölgesinde ve Ülkemizin değişik yörelerinde hakimiyet alanları oluşturmak için güvenlik güçlerine ve kamu binalarına topluca saldırı girişiminde bulunma eylemi arefesinde, kendisinin güvenemeyeceği örgüt hiyerarşisine dahil olmayan kişilere görev verip öz yönetim açıklaması yaptırmasının hayatın olağan akışına aykırı olduğu gibi, sanığında bu görevi üslenmeyeceği (vurgu eklenmiştir), olay öncesinde de terör örgütü ile bağlantısının bulunduğu dair somut deliller olduğu anlaşılan sanığın örgüt üyesi olduğunun kabulü gerekeceği,**” Yargıtay 16. Ceza Dairesi’nin 31/01/2017 tarihli, 2016/6118 E. ve 2017/361 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr> (E.T.: 17.04.2021)

¹⁵⁸ Haberleşme özgürlüğü kapsamında kalan ByLock programını indirme ve kullanma faaliyetinin tek başına örgüt üyeliğini açıklayan bir delil olup olamayacağı meselesi AYM’nin önüne bireysel başvuru yolu ile gelmiştir. AYM, “derece mahkemelerince ByLock’a ilişkin olarak yapılan tespit ve değerlendirmelerin olgusal temellerden yoksun olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu bağlamda derece mahkemelerince ByLock uygulaması yönünden değerlendirme yapılırken ve bu çerçevede anılan programdaki veriler kişilerle (sanıklarla) eşleştirilirken delilden kişiye (sanığa) ulaşılması yöntemi esas alınmaktadır. Öte yandan bu değerlendirmeler tek bir verinin hükme esas alınması yoluyla değil farklı kaynaklardan elde edilen bilgi, belge, kayıt ve verilerin birbirleriyle karşılaştırılarak teyit edilmesine dayanmaktadır. Suç isnadı altındaki kimseler de ByLock kullanıcısı olduklarını gösterir delillerin gerçekliğine ve sıhhatine itiraz etme ve bunlara yönelik her türlü iddia ve taleplerini dile getirme imkânına soruşturma ve kovuşturma süreçlerinin her aşamasında sahiptir. Nitekim kanun yolu denetimi yapan merciler de bu iddiaların yeterince incelenmediği durumlarda mahkûmiyet hükümlerinin bozulmasına karar vermektedir. Dolayısıyla Yargıtayın ve derece mahkemelerinin ByLock’a yönelik yaklaşımının kategorik olmadığı anlaşılmaktadır. (...) Yapısı, kullanım şekli ve teknik özellikleri itibarıyla sadece FETÖ/PDY mensuplarınca -örgütsel iletişimde gizliliği sağlama amacıyla- kullanılan kriptolu iletişim ağına başvuru tarafından kullanılmasının terör örgütüne üye olma suçu açısından

Son olarak; süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk göstermeyen ve yalnızca temel hak ve özgürlükler (özellikle ifade ve toplanma özgürlüğü ile toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı) kapsamında kalan faaliyetlerin örgüt üyeliğini açıklayan deliller olarak değerlendirilmesi ilgili haklar üzerinde caydırıcı etki doğurma potansiyeline sahiptir. Bu durum ise müdahalenin ölçülü/demokratik toplum düzeninde gerekli olmadığı sonucunu doğurabilecektir. Bu kapsamda caydırıcı etki kavramı aşağıda ayrı bir başlık olarak ele alınmaktadır.

II. CAYDIRICI ETKİ

Ölçülülük ilkesi bağlamında atıfta bulunulan kavramlardan biri de caydırıcı etki (*chilling effect*) kavramıdır.¹⁵⁹ Bu kavram kısmen bireylerin otosansürüne atıfta

mahkûmiyete dayanak alınması, adil yargılanma hakkı kapsamındaki usul güvencelerini tamamen etkisiz hâle getiren ve açıkça keyfi bir uygulama olarak değerlendirilemez.” gerekçesiyle başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur (*Ferhat Kara Başvurusu*, Genel Kurul, No. 2018/1523, 4/6/2020, para. 159,161).

Bununla birlikte Yargıtay’ın son kararlarında, ByLock’u tek delil değil, belirleyici delil olarak değerlendirmeye başladığı anlaşılmaktadır. Bu kapsamda Yargıtay’ın şu kararı örnek gösterilebilir: “ByLock iletişim sistemi, FETÖ/PDY silahlı terör örgütü mensuplarının kullanmaları amacıyla oluşturulan ve münhasıran bu suç örgütünün bir kısım mensupları tarafından kullanılan bir ağ olması nedeniyle; örgüt talimatı ile bu ağa dahil olunduğunun ve gizliliği sağlamak için haberleşme amacıyla kullanıldığının, her türlü şüpheden uzak, kesin kanaate ulaştırarak teknik verilerle tespiti halinde, kişinin örgütle bağlantısını gösteren bir delil olacaktır. ByLock kullanıcısı olduğunu kabul etmeyen **sanığın, ByLock uygulamasını kullandığının kuşkuyla yer vermeyecek şekilde teknik verilerle tespiti halinde, bu delilin suçun vasfının tespiti açısından belirleyici nitelikte olacağından**, ilgili birimlerden ayrıntılı ByLock tespit ve değerlendirme tutanağı getirtilip, **ayrıca örgütlü suçlar soruşturma bilgi havuzunda sanık hakkında bir ifade yahut beyan bulunup bulunmadığı araştırılıp varsa dosyaya getirtilerek** (vurgu eklenmiştir) duruşmada sanık ve müdafii okunup diyecekleri sorulduktan sonra bir karar verilmesi gerekirken eksik araştırmayla yazılı şekilde karar verilmesi,” Yargıtay 16. Ceza Dairesi’nin 14/10/2020 tarihli, 2019/11903 E. ve 2020/4962 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr> (E.T.: 07.04.2021). Benzer yaklaşım Yargıtay 16. Ceza Dairesi’nin 24.09.2019 tarihli, 2019/3252 E. ve 2019/5524 K. sayılı kararında da görülmektedir.

“Karar üç esaslı özelliği taşımaktadır; birincisine göre, yukarıda yer verdiğimiz diğer kararların aksine, örgütün ByLock gizli haberleşme programının “yegane/tek delil” sayılmadığı, “belirleyici delil” niteliğine işaret edildiği; ikincisine göre, ByLock tespit ve değerlendirme tutanağının dosyaya gelmesinin sanığın örgüt üyesi sayılması için yeterli görülmeyip, bu konunun ve diğer delillerin araştırılmasının öngörüldüğü, rapor içeriğinin doğrulanmaması ve çürütülmesi halinde sırf tespit ve değerlendirme raporu ile mahkûmiyet kararı verilemeyeceğinin anlaşıldığı, sanığın dosyada geçen cep telefonunu kullanıp kullanmadığı ile ilgili gerekli olması durumunda bilirkişi raporu alınmasının uygun olacağı görülmektedir. Üçüncüsüne göre ise, sanığın kullandığını beyan ettiği telefon numarasına ilişkin ilgili birimden yeniden istenerek, sanığın kullandığı iddia ve kabul edilen telefon makinesinin sanık tarafından kullanılıp kullanılmadığına dair dosyada yer alan Bilgi Teknolojileri Kurumu’na ait evrakın akıbetinin araştırılarak, varsa aslının dosyaya getirtilmesinin istenildiği anlaşılmaktadır (vurgu orijinaldir).” [Ersan Şen, **Yargıtay’ın ByLock Kriterlerine İlişkin Değerlendirme**, 26 Aralık 2019 (Çevrimiçi) <https://www.hukukihaber.net/yargitayin-bylock-kriterlerine-iliskin-degerlendirme-makale.7295.html> (E.T.: 07.04.2021)].

¹⁵⁹ Bir tedbirin orantılılığı değerlendirilirken caydırıcı etki de göz önünde bulundurulmalıdır (*Christian Democratic People's Party v. Moldova*, App. No. 28793/02, Judgment of 14 February 2006, para. 77).

bulunsa da genel olarak toplum içinde ifade özgürlüğünü sınırlayan, daha geniş bir korku ve belirsizlik kültürünü tanımlamaktadır.¹⁶⁰ Böyle bir etkinin varlığı halinde kişilerin düşüncelerini serbestçe ifade edememeleri, yani otosansüre başvurmaları söz konusu olabilmektedir.¹⁶¹ AYM'ye göre; “*Kamusal tartışmalara katılan bireylerin hafif bile olsa yaptırıma maruz kalma endişesi taşımaları, bireylerin düşüncelerini açıkça ifade etmeleri üzerinde kesintiye uğraticı bir etki doğurur. Kişilerin böyle bir etki altında, ileride düşüncelerini açıklamaktan ve yaymaktan imtina etme riski bulunmaktadır.*”¹⁶²

Nefret söylemi veya şiddete teşvik gibi diğer temel hak ve özgürlüklere zarar verebilecek istisnai haller dışında, düşünce açıklamalarına yönelik hürriyeti bağlayıcı cezalar doğası gereği caydırıcı etkiye sahiptir.¹⁶³ Hatta kişinin bir ceza soruşturmasıyla muhatap olması bile caydırıcı etki için yeterli bir müdahaledir. “*Yaptırıma maruz kalma endişesinin kişiler üzerinde kesintiye uğraticı bir etkisi vardır ve sonunda kişinin isnat edilen suçlardan aklanma ihtimali bulunsa bile kişinin bu etki altında ileride düşünce açıklamalarından veya basın faaliyetlerini yapmaktan imtina etme riski bulunmaktadır.*”¹⁶⁴ Cezai yaptırım korkusu, örneğin bireylerin yayınlanacak eserlerine otosansür uygulamasına veya bu eserleri hiç yayınlamamasına da yol açabilmektedir.¹⁶⁵ Bu bağlamda bazı görüşlere ilişkin, kişileri otosansür uygulamaya itecek ölçüde geniş düzenlenmiş bir mevzuatın varlığı doğrudan ifade özgürlüğüne müdahale teşkil edebilir.¹⁶⁶

Cezalandırılma korkusu, çoğulcu toplumun sürdürülmesinde engel teşkil etmekte olup rahatsız edici de olsa siyasi kişilere ilişkin bilgilendirme ve eleştirilerin

¹⁶⁰ Frederick Cowell, “The Human Rights Case for Libel Law Reforms in the Commonwealth - Commonwealth Human Rights Initiative (CHRI)”, **Commonwealth Law Bulletin**, C: 37, S: 2, Y: 2011, s. 330 (Çevrimiçi)

https://heinonline.org/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/commwlb37&div=27&start_page=329&collection=journals&set_as_cursor=3&men_tab=srchresults (E.T.:12.12.2020)

¹⁶¹ Karan, **İfade Özgürlüğü**, s. 156.

¹⁶² Tansel Çölaşan Başvurusu, No. 2014/6128, 7/7/2015, para. 70.

¹⁶³ *Cumpănă and Mazăre v. Romania*, App. No. 33348/96, Judgment of 17 December 2004, paras. 116-117.

¹⁶⁴ *Fatih Taş Başvurusu*, Genel Kurul, No. 2013/1461, 12/11/2014, para. 78.

¹⁶⁵ Cowell, **a.g.e.**, s. 330.

¹⁶⁶ *Dilipak v. Turkey*, App. No. 29680/05, Judgment of 15 September 2015, para. 47.

cezai yaptırımın muhatap kılınması caydırıcı etki doğurarak toplumun diğer kesimleri bakımından farklı seslerin dillendirilememesine yol açabilir.¹⁶⁷

Kişilerin, katılmış oldukları gösteriler nedeniyle açılan ceza davalarında beraat kararı almaları kovuşturmanın caydırıcı etkiye sahip olmadıkları anlamına gelmemektedir. Zira söz konusu kovuşturmanın kişileri benzer gösterilere katılmaktan vazgeçirmiş olma ihtimali bulunmaktadır.¹⁶⁸ Bu bağlamda caydırıcı etki, genellikle siyasi gösterilerde söz konusu olabilmektedir. Zira bu gösterilere yönelik müdahaleler, genellikle gösterileri organize eden ve katılan kişileri benzer eylemleri tekrar gerçekleştirmekten caydırmaktadır. Ayrıca bu müdahaleler, diğer muhalif kesimleri ve genel olarak toplumu, haklı gösterilere katılmaktan ve genel olarak açık siyasi tartışmalara katılmaktan alıkoyacak caydırıcı bir etkiye sahiptir. Yaptırım tedbirinin medyada geniş yer bulması da söz konusu caydırıcı etkiyi artıran faktörlerdendir.¹⁶⁹

AYM'ye göre; temel hak ve özgürlükler kapsamında kalan faaliyetlerinin mahkumiyet kararlarında delil olarak değerlendirilmesi, söz konusu haklar üzerinde caydırıcı etki yaratma potansiyeline sahiptir.¹⁷⁰ Nitekim Mahkeme, vermiş olduğu kararlarda müdahalenin ilgili hak üzerinde oluşturduğu caydırıcı etkiyi de göz önünde bulundurmuştur. Mahkeme, derece mahkemelerinin, başvuru sahiplerinin temel hak ve özgürlükler kapsamında kalan faaliyetlerinin terör örgütleriyle olan bağlantılarını ortaya koymaksızın mahkumiyet kararlarında delil olarak değerlendirmesinin ilgili haklar üzerinde haksız bir caydırıcı etki oluşturduğuna karar vermiştir.¹⁷¹ Aslında Mahkeme'nin caydırıcı etkiye ilişkin bu tespitinin müdahalenin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığının ilgili ve yeterli gerekçeyle ortaya koyulamamasının sonucu olduğu gözlemlenmektedir.

¹⁶⁷ *Ergün Poyraz Başvurusu (2)*, Genel Kurul, No. 2013/8503, 27/10/2015, para. 79.

¹⁶⁸ *Nurettin Aldemir and others v. Turkey*, App. No. 32124/02, 32126/02, 32129/02, 32132/02, 32133/02, 32137/02 and 32138/02, Judgment of 18 December 2007, para. 34.

¹⁶⁹ *Nemtsov v. Russia*, App. No. 1774/11, Judgment of 31 July 2014, paras. 77-78.

¹⁷⁰ *Metin Birdal Başvurusu*, para. 48.

¹⁷¹ Bkz. *Tüncay Yıldız ve diğerleri Başvurusu*, para. 52; *Abdulcelil Demir ve diğerleri Başvurusu*, para. 72; *Murat Kur ve diğerleri Başvurusu*, para. 72; *Ahmet Urhan Başvurusu*, 52; *Hakan Yılmazöz Başvurusu*, 41.

Çalışmanın birinci bölümünde açıklanan, sınırlandırılmayan haklardan olan düşünce özgürlüğüne yönelik müdahalelerde, caydırıcı etki daha da önemli bir kavram haline gelmektedir. Nitekim bir kitaba, gazeteye, dergiye veya benzeri esere sadece sahip olmanın, bulundurma cezaî yaptırıma bağlanmamasına karşın; bu sahip olma, bulundurma eyleminin, henüz söz konusu eserle ilgili düşünceler dış dünyaya herhangi bir şekilde yansıtılmamışken, mahkumiyet kararlarında delil olarak kullanılması, bireyler üzerinde ciddi bir caydırıcı etki yaratma potansiyeline sahiptir.



SONUÇ

Terörizm, günümüzde temel hak ve özgürlükler açısından en büyük tehditlerden biridir. Siyasal ve toplumsal düzeni meşru olmayan yöntemlerle, cebir ve şiddet kullanarak değiştirmeyi, toplumu sindirmeyi amaçlamaktadır. Günümüzde bu amaç bireysel eylemleri aşarak daha çok kolektif bir plan çerçevesinde gerçekleşmektedir. Bu kapsamda terör örgütleri, amaçladıkları hedeflere doğrudan bir katkısı bulunmasa da sivilleri hedef almaktadır.¹ Sonuç olarak terörizmin; öznesinin terör örgütleri, nesnesinin de toplumu oluşturan bireyler olduğu söylenebilir.

Temel hak ve özgürlükler açısından mevcut olan bu tehdit asli ve tali olarak iki yönlüdür. Asli tehdit bizzat terör örgütlerinin, bireylerin; yaşam haklarını, maddi ve manevi bütünlüklerini, mülkiyet haklarını ve genel olarak huzurlu bir toplum güvende yaşama haklarını bilfiil tehdit etmesidir. Tali tehdit ise doğrudan terör örgütlerinden kaynaklanmamakla birlikte varlığını yine terör örgütlerine borçludur.² Modern devlet, esasen tebaasının temel hak ve özgürlüklerini ihlal etmemek şeklinde negatif yükümlülüğe sahip olmakla birlikte yatay ilişkide başkaları tarafından gerçekleştirilecek ihlallere karşı da bireylerin temel hak ve özgürlüklerini korumak şeklinde pozitif yükümlülüklerle sahiptir. Günümüzde terörizmle mücadelenin tepkisel (reaksiyoner) olması yeterli görülmemektedir. Söz konusu mücadelenin etkin olabilmesi için önleyici (proaktif) bir rol üstlenmesi gerekir. Dolayısıyla terörle mücadele bağlamında “terör örgütlerinin”, “teröristlerin” suç işlemesini beklemeksizin gerekli tedbirler alınmalıdır. İşte tali tehdit bu aşamada doğmaktadır. Henüz bir zarar doğurmamış birleşmelerin veya henüz bir suça karışmamış kişilerin

¹ Öktem, **a.g.e.**, s. 435 (Sonn, Tamara, “Irregular Warfare and Terrorism in Islam: Asking the Right Questions” in Cross, Crescent and Sword. The Justification and Limitation of War in Western and Islamic Tradition, edited by James Turner and John Kelsay, Greenwood Press, 1990, s. 130’**dan naklen**)

² Terörizmle mücadele kapsamında ortaya çıkan sorunlardan ikisi şunlardır: Birincisi, etkili bir terörizmle mücadele politikasının demokrasiyle bağdaşıp bağdaşmayacağı meselesidir. İkincisi ise terörizmle mücadelenin gerekliliğinin devletler tarafından temel hak ve özgürlüklere yönelik gerçekleştirilen keyfi müdahalelere bahane oluşturmasıdır. Bu iki sorundan ise birbiriyle bağlantılı iki netice ortaya çıkmaktadır: Birincisi, terör olgusunun devletler tarafından keyfi müdahaleler gerçekleştirmek uğruna istismar edilmesi ve diğeri, devletlerin aldığı anti-terör tedbirlerinin terör örgütlerinin propagandalarına alet edilerek bir mağduriyet algısı yaratılması ve şiddete karşı şiddet çağrısına zemin hazırlaması. Devletler ile terör örgütleri arasındaki bu çatışmanın mağduru ise kuşkusuz toplumu oluşturan bireyler olmakta ve terörizm doğrudan ve dolaylı olarak temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmesine sebebiyet vermektedir (**A.e.**, s. 247).

cebir ve şiddeti amaçlamalarının tehlike yarattığı kabul edilerek bu birleşmelerin ve bireylerin statülerinin cezalandırılmaya konu teşkil etmesi söz konusu olmaktadır. Bu noktada kişilerin temel hak ve özgürlükler kapsamında kalan birçok faaliyetlerine müdahale edilebilmektedir. Örneğin, kişilerin açıklamış oldukları düşünceleri, üye oldukları dernekler, başkalarıyla gerçekleştirdikleri iletişim terörizmle mücadelenin nesnesi olabilmekte, bu faaliyetlerin ilgili oldukları haklara müdahaleler gerçekleştirilebilmektedir. Bu kapsamda devletin, tebaasının temel hak ve özgürlükleri açısından, terörizmle mücadele bağlamında hem pozitif yükümlülükleri hem de negatif yükümlülükleri bulunmaktadır.

Terör örgütüne üye olmak suçu, terörizmle mücadelenin proaktif olmasının bir sonucudur. Henüz bir suç işlemesine gerek olmaksızın, terör örgütünün hiyerarşik yapısına kendi isteğiyle girerek süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk gösteren eylemler gerçekleştiren kişi bir zarar doğurmasa bile toplum açısından potansiyel bir tehlike oluşturmaktadır. Zira kişinin her an örgüt tarafından kendisine tevdi edilen görevi yerine getirecek bir konumda olması bile başlı başına örgüte sunulan bir katkıdır. Bununla birlikte terör örgütleriyle organik bağ kurmaksızın da terör örgütlerinin amaçlarına katkıda bulunulabilmektedir. Terör örgütüne yardım etmek ve terör örgütü adına suç işlemek suçları bu kapsamdadır. Maddi ceza hukuku açısından bu üç suç, tipiklik açısından farklılık arz etse de uygulamada kişilerin gerçekleştirdikleri benzer eylemler farklı soruşturmalarda ayrı ayrı üç suç tipine de konu olabilmektedir.

Terör örgütüne üye olmak suçu bakımından Türk hukukunda belli kriterler geliştirilmiştir. Öncelikle failin örgütün hiyerarşik yapısına kendi isteğiyle girdiğini gösteren eylemleri süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk göstermelidir. Bu eylemlerin suç teşkil etmelerine gerek olmadığı gibi temel hak ve özgürlükler kapsamında kalmalarında da bir beis bulunmamaktadır. Bu kapsamda örneğin, kişinin örgütün iletişim aracı olarak kullandığı kabul edilen bir haberleşme programını kullanması, örgütle irtibatlı olduğu kabul edilen bir bankaya para yatırması, örgütün legal yapılanması kabul edilen bir derneğe üye olması, propaganda teşkil edecek şekilde örgüt lehine sloganlar atılan bir gösteri yürüyüşünde bulunması ve örgütün propagandasının yapıldığının kabul edildiği kitapları ikametinde bulundurması gibi sırasıyla; haberleşme özgürlüğü, mülkiyet hakkı, örgütlenme özgürlüğü, toplanma

özgürlüğü ve düşünce özgürlüğü kapsamında kalan eylemler mahkumiyet kararlarında delil olarak değerlendirilebilmektedir. Ceza muhakemesi bağlamında söz konusu faaliyetlerin doğrudan delil niteliğinde olmadıkları, birer belirti oldukları ve birden fazla belirtinin bütün olarak değerlendirilmesi ile uyumsuzluk konusu vakıanın ispatlanabilmesinin mümkün olduğu saptanmıştır. Bu kapsamda, insan hakları hukuku bağlamında, gerçekleştirilmesi suç teşkil etmeyen temel hak ve özgürlükler kapsamında kalan faaliyetlerin mahkumiyet kararlarında delil olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin cevabı aranmıştır. Ceza muhakemesindeki delil serbestisi ilkesi uyarınca, delil olarak değerlendirilmelerinde bir engel bulunmamakla birlikte kuşkusuz temel hak ve özgürlükler kapsamında kalan faaliyetlerin mahkumiyet kararlarında delil olarak değerlendirilmeleri ilgili haklar bakımından müdahale teşkil etmektedir. Bu kapsamda müdahalenin ihlal oluşturmaması için hukukilik incelemesinin üç testini de geçmesi gerekmektedir.

Birinci test kanuniliktir. Terörizmle mücadele kapsamındaki suçlar bakımından ayrı bir önemi haiz olan kanunilik incelemesi AİHM nezdinde birçok ihlal kararına dayanak oluşturmuştur. Terör örgütüne yardım etme ve terör örgütü adına suç işleme suçlarının uygulanış şekillerinin keyfi müdahalelere karşı yeterli koruma sağlamadıklarından -maddelerin muğlak bir şekilde düzenlenmesine karşın uygulamanın bu eksikliği gidermediğinden- ve aslında genel olarak silahlı eylemlere karışmış bir örgüt üyesi ile temel hak ve özgürlükler kapsamında faaliyet gerçekleştiren bir kişinin aynı statüde değerlendirilmesine sebebiyet verdiklerinden kanunilik ölçütünü sağlamadıklarına karar verilmiştir. Bu kapsamda terör örgütüne yardım etme ve üyesi olmadığı örgüt adına suç işleme suçlarına ilişkin önerilerde bulunulmuştur. Terör örgütüne yardım etme suçu bakımından önerimiz; maddenin - 765 sayılı TCK'da olduğu gibi- yardım etme fiili bakımından kanun maddesinde seçimlik hareketlere yer verilecek şekilde tekrar düzenlenmesidir. Üyesi olmadığı örgüt adına suç işleme suçu bakımından önerimiz ise -doktrindeki önerilere paralel şekilde- suçun, bağımsız bir maddede var olması yerine ceza kanunlarında düzenlenen suçların nitelikli hali olarak düzenlenmesidir. Terör örgütüne üye olmak suçu açısından ise AİHM tarafından, yargısal makamların söz konusu suçu yorumlama biçimlerinin öngörülebilir olmadığı değerlendirilmesi yapılmışsa da Yargıtay

içtihatları da gözetildiğinde bu sonuca katılmadığımız yukarıda açıklanmaktadır. Bununla birlikte özellikle FETÖ terör örgütü kapsamında örgüt üyesi olarak cezalandırılan kişilerin örgütün hiyerarşik yapısında hangi tabakada (Yargıtay FETÖ terör örgütünün 7 katlı bir hiyerarşik yapıya sahip olduğunu saptamıştır) bulunduklarının tespiti önem arz etmektedir. Tabakalara ilişkin belli kriterlerin geliştirilmesi ve örgüt üyesi olarak kabul edilen kişilerin mahkumiyet kararlarında hangi tabakada bulunduklarının açıkça gösterilmesi öngörülebilirlik incelemesi açısından büyük önemi haizdir.

Müdahale açısından sıklıkla başvurulana sınırlama ölçütleri kamu düzeni, milli güvenlik ve suçların önlenmesi iken sınırlama sebebi terörizmle ve suçla mücadeledir. Bu noktada AİHM ve AYM kararlarında herhangi bir ihtilaflı nokta bulunmamaktadır.

Hukukilik incelemesinin son aşaması ölçülülük/demokratik toplum düzeninde gerekliliktir. Yani temel hak ve özgürlükler kapsamında kalan faaliyetlerin mahkumiyet kararlarında delil olarak değerlendirilmeleri ölçülü/demokratik toplum düzeninde gerekli olmalıdır. Bunun için müdahalenin zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacı karşıladığının ilgili ve yeterli gerekçeyle ortaya koyulması gerekmektedir. Esasen ilgili ve yeterli gerekçe kavramı, AİHS'in 6. maddesi kapsamında gerekçeli karar hakkıyla ilgili olsa da bireysel başvuru bağlamında maddi hakların usuli güvencesi olarak da kabul edilmektedir. Bu noktada bireysel başvuru incelemesinde; temel hak ve özgürlüklere yönelik müdahaleler, ilgili maddi hakka ilişkin geliştirilen ilkeler ışığında ulusal makamların gerekçelerinin denetlenmesi şeklinde gerçekleşmektedir. Ulusal makamlar, maddi hakka yönelik müdahalenin zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacı karşıladığını olayın gerçeklerine ve ilgili hakka yönelik kriterlere uygun olarak ilgili ve yeterli gerekçeyle ortaya koymakla yükümlüdürler.

Müdahale, temel hak ve özgürlüklerin terör örgütüne üye olmak suçundan verilen mahkumiyet kararlarında delil olarak değerlendirilmesi olunca derece mahkemeleri, her bir delilin sağlamlığını ayrı ayrı sınımalı ve eylemleri bir bütün olarak değerlendirerek olayın bütününün anlaşılmasını sağlamalıdır. Bu kapsamda derece mahkemelerince, temel hak ve özgürlükler kapsamında kalan her bir delilin terör örgütünün amacı, bilinirliği, kullandığı şiddetin türü ile somut olayın diğer

koşulları göz önünde bulundurularak değerlendirilmesi ve söz konusu deliller uyarınca kişiler ile terör örgütleri arasındaki organik bağın ilgili ve yeterli gerekçeyle ortaya koyulması gerekmektedir. Son olarak; temel hak ve özgürlükler kapsamında kalan bir eylem -gerçekleştirilmesi başlı başına suç teşkil etmemekte ise- tek başına kişinin terör örgütü üyesi olduğunu açıklayan delil olarak yeterli kabul edilmemeli, başka delillerle desteklenmelidir.



KAYNAKÇA

- AKANDJI-KOMBE, J. F.: **“Positive obligations under the European Convention on Human Rights” Human Rights Handbook**, Strasbourg, Council of Europe, 2007, (Çevrimiçi) <https://rm.coe.int/168007ff4d> (E.T.: 20.12.2020).
- AKÇAAL, Mehmet: **“Derneğin Mahkeme Kararıyla Sona Ermesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 11, S: 1, Y: 2020, s. 73-84 (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1005945> (E.T.: 16.04.2021)
- AKGÜN, Aliye: **Mevduat Sözleşmeleri**, Ankara, Seçkin, 2020.
- ARSLAN ÖNCÜ, Gülay: **“Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı” Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 8**, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2019.
- ATAR, Yavuz: **Türk Anayasa Hukuku**, 13. bs., Ankara, Seçkin, 2019.
- BAŞEREN, Sertaç H.: **“İnsan Hakları ve Terörizm”, İnsan Hakları ve Güvenlik**, TBB İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi, Ankara, 7-8/12/2001, s. 195-224, (Çevrimiçi)

<http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/insan-haklari-ve-guvenlik.pdf>
(E.T.: 10.10.2020).

BAYRAKTAR, Bülent:

“Muhakemelerde Delillerin Önemi”,
Manas Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S: 25, 2011, s. 33-43,
(Çevrimiçi)
<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/843173> (E.T.: 04.01.2021).

BİRTEK, Fatih:

Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat, 2. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2017.

BODUR, Nurullah;
Eshat Özkul:

Uygulamada Terör Örgütü ve Terör Suçları, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. bs., Ankara, Seçkin, 2020.

BOYAR, Oya:

“Suçta ve Cezada Yasallık İlkesi”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Ed. Sibel İnceoğlu, 3. bs., İstanbul, Beta, 2013.

BULUT, Nihat:

“Sahte Bir Karşıtlığın Çözümü Hukuk Devletinde Özgürlük Güvenlik İlişkisi”,
Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına: 55 Yıl 55 Makale, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2017, s. 1213-1232, (Çevrimiçi)
<https://www.anayasa.gov.tr/media/3524/55yil55makale.pdf> (E.T.: 12.11.2020).

BYCHAWSKA-SINIARSKA, Dominika: **“Protecting The Right to Freedom of Expression Under The European Convention on Human Rights” A Handbook for Legal Practitioners**, Council of Europe, 2017, (Çevrimiçi) <https://rm.coe.int/handbook-freedom-of-expression-eng/1680732814> (E.T.: 19.12.2020).

CAN, Osman: “Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü: Anayasal Sınırlar Açısından Neler Değişti?”, **Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Özgürlüğü**, Ed. Bekir Berat Özipek, Liberal Düşünce Topluluğu, 2003, s. 358-412, (Çevrimiçi) <http://www.libertedownload.com/ldt/ifade-hurriyeti/teorik-pratik-boyutlariyla-ifade-hurriyeti.pdf> (E.T.: 03.05.2020).

CANPOLAT, Can: “Ceza Muhakemesinin Amacı: Objektif gerçeğin keşfi mi? Yargısal (kazai) bir gerçeklik inşa etmek mi?”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: XV, S: 2, 2020, s. 451-500, (Çevrimiçi) https://hukukdergi.erciyes.edu.tr/Dosyalar/YIL_2020_CILT_15_SAYI_2.pdf (E.T.: 04.01.2021).

COWELL, Frederick: “The Human Rights Case for Libel Law Reforms in the Commonwealth - Commonwealth Human Rights Initiative (CHRI)”, **Commonwealth Law**

Bulletin, C: 37, S: 2, Y: 2011, s. 329-335, (Çevrimiçi)

https://heinonline.org/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/commwlb37&div=27&start_page=329&collection=journals&set_as_cursor=3&men_tab=src_hresults (E.T.:12.12.2020).

DİNLER, Veysel:

“Ceza Muhakemesinde Delillerin Toplanması”, **Polis Akademisi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Ankara, 2009, (Çevrimiçi)

http://veyseldinler.com/wp-content/uploads/2018/07/ceza_muhakemesinde_delillerin_toplanmas.pdf (E.T.: 12.11.2020).

DİNLER, Veysel:

“Güvenlikçi Devlet Koşullarında İnsan Hakları Dersleri Vermek”, **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2020**, Cilt 2, Ankara, 2021, s. 385-406, (Çevrimiçi)

<http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/2012yayin/2011sonrasikitap/2020-hukuk-kurultayi-2-cilt.pdf> (E.T.: 29.01.2021).

DOĞAN, Koray:

Ceza Muhakemesinde Belirsizlik Kuşkudan Sanık Yararlanır İlkesi, 2. bs., Ankara, Seçkin, 2018.

DOĞRU, Osman:

“İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Uygulamasında Toplanma ve Örgütlenme Özgürlüğü”, **TBB Dergisi**, S: 64, 2006, s. 39-69, (Çevrimiçi)

<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2006-64-224> (E.T.: 04.01.2021).

DOĞRU, Osman;

Atilla Nalbant:

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar, 2. Cilt, 2. bs., İstanbul, Legal Yayıncılık, 2016.

DOSTOYEVSKİ:

Suç ve Ceza, Çev. Ergin Altay, 18. bs., İstanbul, İletişim Yayınları, 2010.

DURSUN, Halil İbrahim:

Türk Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Esasa İlişkin Kabul Edilemezlik Sebepleri, Ankara, Seçkin, 2018.

DUYSAK FİDAN, Seda;

Aysun Yıldız:

“Tazminat Hukukunda İfade Özgürlüğü ile Özel Hayatın Gizliliği Arasında Adil Denge”, **İfade Özgürlüğü Üzerine Makaleler: Uluslararası Kapanış Sempozyumu’na Katkı Kitabı**, Ankara, Avrupa Konseyi, 2017, s. 145-164, (Çevrimiçi)

<https://rm.coe.int/1680702284>

(E.T.:29.12.2020).

EARLY, Lawrence:

“10. Madde: Hakkaniyet, Kanıt ve Delil Meseleleri”, **İfade Özgürlüğü: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı Nicolas Bratza’ya İthafen Kaleme Alınmış Makaleler**, Ankara, Avrupa Konseyi, 2012, s. 503-515, (Çevrimiçi)

<https://rm.coe.int/16807005e1> (E.T.:

29.12.2020).

- EMEK, Yusuf: “Terörizm Çerçevesinde Terör Örgütü Kurma, Yönetme ve Üye Olma Suçu”, **İstanbul Üniversitesi Yayınlanmamış Doktora Tezi**, İstanbul, 2016.
- ERDOĞAN, Mustafa: **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, 7. bs., Hukuk Yayınları, 2019, s. 160-161.
- EREN, Abdurrahman: **Anayasa Hukuku Dersleri**, 2. bs., Ankara, Seçkin, 2020.
- EREN, Ceren Sedef: **İfade Özgürlüğü Bağlamında Terör Örgütü Üyeliği Suçu**, Ankara, Seçkin, 2020.
- ERMAN, Barış: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Belirti ve İspat Değeri”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi-Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan**, C: 1, 2010/1, s. 697-702 (Çevrimiçi) <https://dosya.gsu.edu.tr/Docs/HukukFakultesi/TR/FakulteDergisi/fakulte-dergisi-2010-1-Cilt-1-hukuk-fakultesi.pdf>
- ESEN, Egemen: **Takdir Marjı Doktrini**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- EVİK, Vesile Sonay: “Silahlı Örgütlenme Suçu”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2006-1, s. 101-133, (Çevrimiçi) <http://dosya.gsu.edu.tr/Docs/HukukFakultesi/TR/FakulteDergisi/fakulte-dergisi-2006-1-hukuk-fakultesi.pdf> (E.T.: 11.08.2020)

EVİK, Vesile Sonay:

"Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu", **MÜHF-HAD**, C: 19, S: 2, 2013, s. 667-697, (Çevrimiçi) <http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fakultedergisi/nurcentel/vesilesonayevik.pdf> (E.T.: 03.05.2020).

FANOOD, Hamidreza Rafiei;
Saeid Azoogh:

"The human rights and the terrorism", **Juridical Tribune**, C: 6, S: 2, 2016 (December), s. 336-346, (Çevrimiçi) https://heinonline.org/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/juridtrib6&div=61&start_page=336&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults (E.T.: 10.10.2020).

FEYZİOĞLU, Metin:

"Belirtilerin Şüphenin Yenilmesindeki İşlevi ve Benzer İsnadlara Ait Delil Araçlarının Somut Olayın Çözümünde Birlikte Değerlendirilmesi", **Ankara Barosu Dergisi**, S: 1, Y: 2000, (Çevrimiçi) <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2000-1/2.pdf>

FEYZİOĞLU, Metin:

Ceza Muhakemesinde İspatın Ölçütü Olarak Vicdani Kanaat, 2. bs., İstanbul, İslık Yayınları, 2015.

GASSER, Hans-Petter:

"Terör Eylemleri, 'Terörizm' ve Uluslararası İnsancıl Hukuk", Çev. Fulya Eroğlu, **Terör ve Düşman Ceza**

- Hukuku**, Ed. Yener Ünver, Ankara, Seçkin, 2008.
- GEDİK, Doğan: **Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphenin Sanık Lehine Yorumlanması**, Ankara, Adalet, 2020.
- GEMALMAZ, H. Burak: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, 2. bs., İstanbul, Beta, 2017.
- GEMALMAZ, H. Burak: **“Mülkiyet Hakkı” Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 6**, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2018.
- GEMALMAZ, Mehmet Semih: “İhtiyati Tedbir Niteliğindeki Yayın Durdurma Kararları Basın Özgürlüğüne Aykırıdır”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C: 87, S: 2013/6, s. 15-23, (Çevrimiçi) <https://www.istanbulbarosu.org.tr/YayinDetay.aspx?ID=414&desc=Cilt:87-Sayı:2013/6> (E.T.: 04.04.2021)
- GEMALMAZ, Mehmet Semih: **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 2. Cilt, 8. bs., İstanbul, Legal Yayıncılık, 2012.
- GÖKCAN, Hasan Tahsin: “Bireysel Başvuruda İkincilik İlkesi ve Denetim Yetkisinin Sınırları Sorunu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Y: 30, S: 135, 2018, s. 9-75, (Çevrimiçi) <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2018-135-1767> (E.T.: 04.01.2020).
- GÖKCEN, Ahmet;

- Kerim Çakır: “Ceza Muhakemesinde Delil, Delillerin Muhafazası, Toplanması, Değerlendirilmesi ve Delil Yasakları”, **D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C: 21, Özel Sayı, 2019, s. 2911-2951, (Çevrimiçi) <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2019/09/AHMET-GOKCEN-KERIM-CAKIR.pdf>** (E.T.: 12.11.2020).
- GÖREN, Zafer: **Anayasa Hukuku**, 5. bs., Ankara, Yetkin, 2020.
- GÖZLER, Kemal: **İnsan Hakları Hukuku**, 3. bs., Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2020.
- GREER, Steven: **The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights**, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2000, (Çevrimiçi) [https://www.echr.coe.int/librarydocs/dg2/hrfiles/dg2-en-hrfiles-17\(2000\).pdf](https://www.echr.coe.int/librarydocs/dg2/hrfiles/dg2-en-hrfiles-17(2000).pdf) (E.T.: 25.04.2021)
- HARRIS, D. J.;
M. O’Boyle;
E. P. Bates;
C. M Buckley: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, Çev. Mehveş Bingöllü, Ulaş Karan, Ankara, Avrupa Konseyi, 2013.
- HUIJBERS, Leonie: “The Draft Copenhagen Declaration – Process-based review and subsidiarity”,

28 February 2018 (Çevirmici)
<https://www.echrblog.com/2018/02/>
(E.T.: 04.04.2021).

İNCEOĞLU, Sibel:

“Adil Yargılanma Hakkı” Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 4, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2018.

İNCEOĞLU, Sibel:

Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri, İstanbul, On iki Levha Yayıncılık, 2017.

İNCEOĞLU, Sibel:

“Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, Ed. Sibel İnceoğlu, 3. bs., İstanbul, Beta, 2013.

KARAKEHYA, Hakan:

“Dolaylı Maddi Gerçek: Ceza Muhakemesinde Yargılama Makamının Maddi Gerçeğe Deliller Aracılığıyla Ulaşma Zorunluluğu Üzerine”, **TAAD**, Y: 7, S: 27, 2016, s. 59-82, (Çevirmici)
<https://yayin.taa.gov.tr/yuklenenler/dosyalar/dergiler/taad/taad-27/taad-27.pdf>
(E.T.: 21.06.2020).

KARAMAN, Ebru:

Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013.

KARAN, Ulaş:

“İfade Özgürlüğü” Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 2, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2018.

KARAN, Ulaş:

“Örgütlenme ve Toplanma Özgürlüğü” Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 3, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2018.

KARAYALÇIN, Yaşar

Aynur Yongalık:

Hukukda Öğretim – Kaynaklar – Metod: Problem Çözme, 8. bs., Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2020.

KAVLAK, Cihan:

Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu, 3. bs., Ankara, Seçkin, 2017.

KILKELLY, Ursula:

The Right to Respect for Private and Family Life A Guide to the Implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights, Human Rights Handbooks, No. 1, Strasbourg, Council of Europe, 2001, (Çevrimiçi)
<https://rm.coe.int/168007ff47>
(E.T.:19.12.2020).

KOCA, Mahmut;

İlhan Üzülmez:

Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. bs., Ankara, Seçkin, 2020.

KÖKSAL, Tuğçe Duygu:

“Ulusal Güvenlik ve Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması”, **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2020**, Cilt 2, Ankara, 2021, s. 273-284, (Çevrimiçi)

<http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/2012yayin/2011sonrasikitap/2020-hukuk-kurultayi-2-cilt.pdf> (E.T.: 29.01.2021).

KUNTER, Nurullah:

Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. bs., İstanbul, Yaylacık Matbaası, 1989.

KURT, Şahin:

Uygulamada Terör Suçları ve İlgili Mevzuat, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1998.

LYNGBO, Mikeal;

Feridun Yenisey;

Namık Kemal Topçu;

Önder Tozman;

Kemal Şahin:

Örgütlü Suçlar ve Terör Suçları Eğitim Modülü: "Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi" Avrupa Birliği - Avrupa Konseyi Ortak Projesi, Ankara, Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Hukukun Üstünlüğü Genel Müdürlüğü, 2014.

MAHMUTOĞLU, İdil Cansu:

Toplanma Özgürlüğü Hakkının Korunması, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018.

METİN, Yüksel:

Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, Ankara, Seçkin, 2002.

METİN, Yüksel:

“Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?”, **SDÜHFD**, C: 7, S: 1, 2017, s. 1-74, (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/388309> (E.T.: 26.12.2020).

MURDOCH, Jim:

“Protecting The Right to Freedom of Thought, Conscience and Religion Under The European Convention On Human Rights” Human Rights Handbooks, Strasbourg, Council of Europe, 2012, (Çevrimiçi) https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Murdoch2012_EN.pdf (E.T.: 19.12.2020).

ORTIZ, Laure:

“Demokratik bir rejimde terörizme karşı zorunlu önlemler”, **İnsan Hakları ve Güvenlik**, TBB İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi, Ankara, 7-8/12/2001, s. 130-150, (Çevrimiçi) <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/insan-haklari-ve-guvenlik.pdf> (E.T.: 10.10.2020).

ÖKTEM, Emre:

Terörizm, İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları, 2. bs., İstanbul, Derin Yayınları, 2011.

ÖZBEK, Veli Özer;

Koray Doğan;

Pınar Bacaksız:

Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. bs., Ankara, Seçkin, 2020.

ÖZEK, Çetin :

Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler, İstanbul, Cezaevi Matbaası, 1967.

ÖZEK, Çetin :

“Organize Suç”, **Nurullah Kunter’e Armağan**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1998.

ÖZDEMİR, Nadire:

“Hukukta Ad Hominem Mantık Hatası”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 68, S: 4, 2019, s. 863-891, (Çevrimiçi)
<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1055543> (E.T.: 26.12.2020).

ÖZGENÇ, İzzet:

Suç Örgütleri, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 13. bs., Ankara, Seçkin, 2020.

ÖZGENÇ, İzzet:

Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. bs., Ankara, Seçkin, 2020.

ÖZTÜRK, Bahri:

Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. bs., Ankara, Seçkin, 2020. **İspat, Gerekçe ve Hüküm**, İstanbul, Aristo, 2017

PARLAR, Ali; Reyhan Yaman,
Erdal Şensoy:

İspat, Gerekçe ve Hüküm, İstanbul, Aristo, 2017.

RAINEY, Bernadette;

Elizabeth Wicks, Clare Ovey:

Jacobs, White and Ovey, The European Convention on Human Rights, 7. bs., Oxford, Oxford University Press, 2017.

ROAGNA, Ivana:

Protecting the right to respect for private and family life under the European Convention on Human Rights, Council of Europe human rights handbooks, Strasbourg, Council of Europe, 2012, (Çevrimiçi) <https://rm.coe.int/16806f1554> (E.T.: 19.12.2020).

SAĞLAM, Fazıl:

Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1982.

SAĞLAM, Mehmet:

“Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında, Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu”, **Anayasa Yargısı**, C: 18, S: 1, Y: 2002 (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/pub/anayasayargisi/issue/52002/678122> (E.T.: 03.05.2021)

SARITAŞ, Erkan:

Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018.

SAUL, Ben:

“Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi’nde ‘Terörizm’in Tanımı: 1985-2004”, Çev. Seda Koç, **Terör ve Düşman Ceza Hukuku**, Ed. Yener Ünver, Ankara, Seçkin, 2008.

SELÇUK, Sami:

Suç Genel Kuramı, Ankara, Seçkin, 2021.

SPANO, Robert:

“The Future of the European Court of Human Rights — Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law”, **Human Rights Law Review**, C: 18, S: 3, 2018, s. 473-494, (Çevrimiçi) <https://academic.oup.com/hrlr/article/18/3/473/4999870> (E.T.: 04.04.2021).

SUNAY, Reyhan:

Avrupa Sözleşmesinde Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, Ankara, Liberal Düşünce Topluluğu, 2001, (Çevrimiçi) <http://www.libertedownload.com/ldt/ifade-hurriyeti/ifade-hurriyetinin-muhtevasi-ve-sinirlari.pdf> (E.T.: 03.05.2020).

ŞAHİN, Cumhur:

Ceza Muhakemesinde İspat, Ankara, Yetkin, 2001.

ŞEKER, Hilmi:

Esbab-ı Mucibeden Retoriğe Hukukta Gerekçe, 2. bs., İstanbul, Yeditepe Üniversitesi Yayınevi, 2020.

ŞEN, Ersan;

H. Sefa Eryıldız:

Suç Örgütü, Güncellenmiş 3. bs., Ankara, Seçkin, 2020.

ŞİRİN, Tolga:

Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı, 2. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019.

ŞİRİN, Tolga:

“Takdir Marjı Doktrini ve Türkiye Anayasa Mahkemesi Açısından Anlamı”,

- Anayasa Hukuku Dergisi**, C: 2, S: 4, 2013, s. 359-399, (Çevrimiçi)
<http://anayasader.org/wp-content/uploads/2020/05/Şirin-2-AYHD-4.pdf> (E.T.:04.01.2021).
- ŞİRİN, Tolga:
“Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Anayasal Mücadeleye Giriş”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, C: 9, S: 17, Y: 2020 (Çevrimiçi)
https://www.academia.edu/44437749/Tehlikeli_Salgın_Hastalıklarla_Anayasal_Mücadeleye_Giriş (E.T.: 04.05.2021)
- TAŞTAN, Mehmet:
Açıklamalı - İctihatlı Terörle Mücadele Kanunu, Ankara, Adalet Yayınevi, 2009.
- TEZCAN, Durmuş;
Mustafa Ruhan Erdem;
Oğuz Sancakdar;
Rifat Murat Önok:
İnsan Hakları El Kitabı, 9. bs., Ankara, Seçkin, 2021.
- TEZİÇ, Erdoğan:
“Türkiye’de Siyasal Düşünce ve Örgütlenme Özgürlüğü”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C: 7, Y: 1990, s. 31-46, (Çevrimiçi)
<https://ayam.anayasa.gov.tr/media/6379/tezic.pdf> (E.T.: 10.10.2020).
- TOZMAN, Önder:
Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu, 2. bs., Adalet, Ankara, 2017.
- TULAY, Muhammed Emre:
“Kanunilik İlkesi Işığında Ceza Hukuku Kurallarının Zaman Bakımından Uygulanması ve Delil Elde Etme

Yöntemlerinde Zaman Bakımından Uygulanma Sorunu”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C: 22, S: 3, Y: 2016, s. 2715-2736, (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/373432> (E.T.: 07.04.2021).

TURABİ, Selami:

Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi, 3. bs., Ankara, Seçkin, 2017.

TULKENS, Françoise:

“Söylem Ne Zaman Eylemdir: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin İfade Özgürlüğü ve Nefret Söylemi İçtihatları”, **İfade Özgürlüğü: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı Nicolas Bratza’ya İthafen Kaleme Alınmış Makaleler**, Ankara, Avrupa Konseyi, 2012, s. 259-274, (Çevrimiçi) <https://rm.coe.int/16807005e1> (E.T.: 29.12.2020).

ÜNVER, Yener;

Hakan Hakeri:

Ceza Muhakemesi Hukuku (3 Cilt), 15. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2019.

YENİDÜNYA, Caner;

Zafer İçeri:

“Suç işlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu”, **MÜHF-HAD**, C: 19, S: 2, 2013, s. 797-828, (Çevrimiçi) <http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fakultedergisi/nurcentel/caneryenidnya.pdf> (E.T.: 13.05.2020).

YENİSEY, Feridun;

Ayşe Nuhoglu:

Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. bs.,
Ankara, Seçkin, 2020.

YILDIRIM, Akif;

Halil İbrahim Dursun:

“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 53. Madde Düzenlemesinin Türk Hukukuna Etkisi”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C: 9, S: 100, Aralık 2014, s. 126-134, (Çevrimiçi) <https://jurix.com.tr/article/2679#> (E.T.: 19.12.2020).

YILDIZ, Ali Kemal:

“Ceza Muhakemesinde İspat ve Delillerin Değerlendirilmesi”, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, (Yayınlanmamış) Doktora Tezi, İstanbul, 2002.

YILMAZOĞLU, Yunus Emre;

İsmail Emrah Perdecioğlu:

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli), 2. bs., Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2019, (Çevrimiçi) https://www.anayasa.gov.tr/media/6382/gerekceli_anayasa.pdf (E.T.: 23.07.2020).

YÜKSEK, Mehmet:

“İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde İfade Özgürlüğünün Sınırları”, **TAAD**, S: 25, Y: 7, 2016, s. 105-152, (Çevrimiçi) <https://yayin.taa.gov.tr/yuklenenler/dosyalar/dergiler/taad/taad-25/taad-25.pdf> (E.T.: 29.12.2020).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

A. v. France, App. No. 14838/89, Judgment of 23 November 1993.

Ahmet Turan v. Turkey, App. No. 11110/20, Communicated on 15 March 2021 and Published on 6 April 2021.

Ali Abbas Yilmaz v. Turkey, App. No. 41551/11, Judgment of 7 July 2020.

Ališić and others v. Bosnia and Herzegovina, Croatia, Serbia, Slovenia and the Former Yugoslav Republic of Macedonia, App. No. 60642/08, Grand Chamber Judgment of 16 July 2014.

Asan v. Turkey, App. No. 28582/02, Judgment of 27 November 2007.

Association Ekin v. France, App. No. 39288/98, Judgment of 17 July 2001.

Ayata Civelek and others v. Turkey, App. No. 17606/11 and 30252/11, Judgment of 13 October 2020.

Bakır and others v. Turkey, App. No. 46716/10, Judgment of 10 July 2018.

Barbera, Messegue and Jabardo v. Spain, App. No. 10590/83, Judgment of 6 December 1988.

Başkaya and Okçuoğlu v. Turkey, App. No. 23536/94 and 24408/94, Judgment of 8 July 1999.

Benli v. Turkey, App. No. 65715/01, Judgment of 20 February 2007.

Beyeler v. Italy, App. No. 33202/96, Judgment of 5 January 2000.

Bladet Tromso and Stensaas v. Norway, App. No. 21980/93, Judgment of 20 May 1999.

Boyajyan v. Armenia, App. No. 38003/04, Judgment of 22 March 2011.

Bozan v. Turkey, App. No. 56816/10 and 4175/11, Judgment of 29 September 2020.

Buluş and Others v. Turkey, App. No. 41788/09, Judgment of 23 June 2020.

Bykov v. Russia, App. No. 4378/02, Judgment of 10 March 2009.

Campbell v. U. K., App. No. 13590/88, Judgment of 25 March 1992.

Cantoni v. France, App. No. 17862/91, Judgment of 11 November 1996.

Celal Altun v. Turkey, App. No. 25119/11, Judgment of 23 June 2020.

Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano v. Italy, App. No. 38433/09, Judgment of 7 June 2012.

Christian Democratic People's Party v. Moldova, App. No. 28793/02, Judgment of 14 February 2006.

Cumhuriyet Vakfi and others v. Turkey, App. No. 28255/07, Judgment of 8 October 2013.

Cumpănă and Mazăre v. Romania, App. No. 33348/96, Judgment of 17 December 2004.

Çamyar and Bektaş v. Turkey, App. No. 41959/02, Judgment of 15 February 2011.

Daş v. Turkey, App. No. 36909/07, Judgment of 2 July 2020.

De Tommaso v. Italy, App. No. 43395/09, Judgment of 23 February 2017.

Del Rio Prada v. Spain, App. No. 42750/09, Grand Chamber Judgment of 21 October 2013.

Dilipak v. Turkey, App. No. 29680/05, Judgment of 15 September 2015.

Djavit An. v. Turkey, App. No. 20652/92, Judgment of 20 February 2003.

Döner and others v. Turkey, App. No. 29994/02, Judgment of 7 March 2017.

Dudgeon v. the U. K., App. No. 7525/76, Judgment of 2 October 1981.

Ezelin v. France, App. No. 11800/85, Judgment of 26 April 1991.

Gäfgen v. Germany, App. No. 22978/05, Grand Chamber Judgment of 1 June 2010.

Galstyan v. Armenia, App. No. 26986/03, Judgment of 15 November 2007.

Garcia Ruiz v. Spain, App. No. 30544/96, Judgment of 21 January 1999.

Gorzelik and Others v. Poland, App. No. 44158/98, GC Judgment of 17 February 2004.

Gözel and Özer v. Turkey, App. No. 43453/04 and 31098/05, Judgment of 6 July 2010.

Gülcü v. Turkey, App. No. 17526/10, Judgment of 19 January 2016.

Güler and Uğur v. Turkey, App. No. 31706/10-33088/10, Judgment of 2 December 2014.

Gültekin Sağlam v. Turkey, App. No. 14894/20, Communicated on 19 February 2021 and Published on 8 March 2021.

H.A.L. v. Finland, App. No. 38267/97, Judgment of 27 January 2004.

Handyside v. U.K., App. No. 5493/72, Judgment of 7 December 1976.

Işıklı v. Turkey, App. No. 41226/09, Judgment of 14 November 2017.

İbrahim Ürün v. Turkey, App. No. 15013/20, Communicated on 19 February 2021 and Published on 8 March 2021.

İlyas Gündüz v. Turkey, App. No. 64607/11, Judgment of 7 July 2020.

İmret v. Turkey (No.2), 57316/10, Judgment of 10 July 2018.

Karademirci and others v. Turkey, App. No. 37096/97 and 37101/97, Judgment of 25 January 2005.

Karuna v. Ukraine, App. No. 43788/05, Admissibility Decision of 3 April 2007.

Kerçin v. Turkey, App. No. 55038/11, Judgment of 7 July 2020.

Kervancı v. Turkey, App. No. 76960/11, Judgment of 8 December 2020.

Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia, App. No. 11082/06 and 13772/05, Judgment of 25 July 2013.

Kılınç v. Turkey, App. No. 40884/07, Judgment of 12 January 2021.

Kudrevičius and others v. Lithuania, App. No. 37553/05, Judgment of 15 October 2015.

Leroy v. France, App. No. 36109/03, Judgment of 2 October 2008.

Les Authentiks and Supras Auteuil 91 v. France, App. No. 4696/11 and 4703/11, Judgment of 27 October 2016.

Leyla Şahin v. Turkey, App. No. 44774/98, Judgment of 10 November 2005.

Lingens v. Austria, App. No. 9815/82, Judgment 8 July 1986.

Lithgow and others v. U. K., App. No. 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81, 9405/81, Judgment of 8 July 1986.

M. v. Germany, App. No. 19359/04, Judgment of 17 December 2009.

Magyar Keresztény Mennonita Egyház and others v. Hungary, App. No. 70945/11, 23611/12, 26998/12, 41150/12, 41155/12, 41463/12, 41553/12, 54977/12 and 56581/12, Judgment of 08 April 2014.

Magyar Kétfarkú Kutya Párt v. Hungary, App. No. 201/17, Judgment of 20 January 2020.

Mehmet Hasan Altan v. Turkey, App. No. 13237/17, Judgment of 20 March 2018.

Menteş v. Turkey (No. 2), App. No. 33347/04, Judgment of 25 January 2011.

Mustafa Çelik v. Turkey, App. No. 46127/11, Judgment of 8 December 2020.

Müdür Duman v. Turkey, App. No. 15450/03, Judgment of 6 October 2015.

Navalnyy v. Russia, App. No. 29580/12, 36847/12, 11252/13, 12317/13, 43746/14, Grand Chamber Judgment of 15 November 2018.

Nedim Şener v. Turkey, App. No. 38270/11, Judgment of 8 July 2014.

Nemtsov v. Russia, App. No. 1774/11, Judgment of 31 July 2014.

Nurettin Aldemir and others v. Turkey, App. No. 32124/02, 32126/02, 32129/02, 32132/02, 32133/02, 32137/02 and 32138/02, Judgment of 18 December 2007.

Olsson v. Sweden, App. No. 10465/83, Judgment of 24 March 1988.

Ould Dah v. France, App. No. 13113/03, Admissibility Decision of 17 March 2009.

Öğrü and others v. Turkey, App. No. 60087/10, 12461/11 and 48219/11, Judgment of 19 December 2017.

Öllinger v. Austria, App. No. 76900/01, Judgment of 29 June 2006.

Parmak and Bakır v. Turkey, App. No. 22429/07 and 25195/07, Judgment of 3 December 2019.

Ramazan Taş v. Turkey, App. No. 42153/11, Judgment of 7 July 2020.

Rıza Dinç v. Turkey, App. No. 42437/98, Judgment of 28 October 2004.

Rohlena v. The Czech Republic, App. No. 59552/08, Grand Chamber Judgment of 27 January 2015.

Ruiz Torija v. Spain, App. No. 18390/91, Judgment of 9 December 1994.

Sanoma Uitgevers B.V. v. The Netherlands, App. No. 38224/03, Judgment of 14 September of 2010.

Sefer Çolakoğlu v. Turkey, App. No. 13762/20, Communicated on 19 February 2021 and Published on 8 March 2021.

Selahattin Demirtaş v. Turkey (No. 2), App. No. 14305/17, Grand Chamber Judgment of 22 December 2020.

Sergey Kuznetsov v. Russia, App. No. 10877/04, Judgment of 2 October 2008.

Seyfettin Demir v. Turkey, App. No. 45540/09, Judgment of 19 May 2020.

Sporrong and Lönnroth v. Sweden, App. No. 7151/75 and 7152/75, Judgment of 23 September 1982.

Stankov and The United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria, App. No. 29221/95 and 29225/95, Judgment of 2 October 2001.

Sunday Times v. U. K., App. No. 6538/74, Judgment of 26 April 1979.

Suominen v. Finland, App. No. 37801/97, Judgment of 1 July 2003.

Şaban Yasak v. Turkey, App. No. 17389/20, Communicated on 19 February 2021 and Published on 8 March 2021.

Şahin Alpay v. Turkey, App. No. 16538/17, Judgment of 20 March 2018.

Şık v. Turkey, App. No. 53413/11, Judgment of 8 July 2014.

Van de Hurk v. Netherlands, App. No. 16034/90, Judgment of 19 April 1994.

Vasiliauskas v. Lithuania, App. No. 35343/05, Grand Chamber Judgment of 20 October 2015.

Vogt v. Germany, App. No. 17851/91, Grand Chamber Judgment of 26 September 1995.

Yılmaz and Kılıç v. Turkey, App. No. 68514/01, Judgment of 17 July 2008.

Yüksel Yalçınkaya v. Turkey, App. No. 15669/20, Communicated on 19 February 2021 and Published on 8 March 2021.

Zana v. Turkey, App. No. 18954/91, Grand Chamber Judgment of 25 November 1997.

Zolotas v. Greece (No. 2), App. No. 66610/09, Judgment of 23 January 2013.

Zülküf Murat Kahraman v. Turkey, App. No. 65808/10, Judgment of 16 July 2019.

AYM Kararları

İptal Davaları

Anayasa Mahkemesi'nin 08.04.1963 tarihli, 1963/16 E. ve 1963/83 K. sayılı kararı.

Anayasa Mahkemesi'nin 08.04.1963 tarihli, 1963/17 E. ve 1963/84 K. sayılı kararı.

Anayasa Mahkemesi'nin 31/3/1992 tarihli, 1991/18 E. ve 1992/20 K. sayılı kararı.

Anayasa Mahkemesi'nin 19/10/2005 tarihli, 2003/66 E. ve 2005/72 K. sayılı kararı

Anayasa Mahkemesi'nin 19/1/2006 tarihli, 2005/99 E. ve 2006/8 K. sayılı kararı.

Anayasa Mahkemesi'nin 17/4/2008 tarihli, 2005/5 E. ve 2008/93 K. sayılı kararı.

Anayasa Mahkemesi'nin 24/09/2008 tarihli, 2006/142 E. ve 2008/148 K. sayılı kararı.

Anayasa Mahkemesi'nin 01/11/2012 tarihli, 2010/83 E. ve 2012/169 K. sayılı kararı.

Anayasa Mahkemesi'nin 17/5/2012 tarihli, 2011/37 E. ve 2012/69 K. sayılı kararı.

Anayasa Mahkemesi'nin 24/5/2012 tarihli, 2011/134 E. ve 2012/83 K. sayılı kararı.

Anayasa Mahkemesi'nin 4/7/2013 tarihli, 2012/100 E. ve 2013/84 K. sayılı kararı.

Anayasa Mahkemesi'nin 26/12/2013 tarihli, 2013/67 E. ve 2013/164 K. sayılı kararı

Anayasa Mahkemesi'nin 26/12/2013 tarihli, 2012/157 E. ve 2013/162 K. sayılı kararı

Anayasa Mahkemesi'nin 1/4/2015 tarihli, 2015/22 E. ve 2015/37 K. sayılı kararı.

Anayasa Mahkemesi'nin 24/7/2019 tarihli, 2018/73 E. ve 2019/65 K. sayılı kararı

Bireysel Başvuru Kararları

Abdullah Topçu Başvurusu, No. 2014/8868, 19/4/2017.

Abdulaziz Kaya Başvurusu, No. 2015/19363, 8/1/2020.

Abdulcelil Demir ve diğ erleri Başvurusu, No. 2017/27572, 18/6/2020.

Abdullah  calan Başvurusu, Genel Kurul, No. 2013/409, 25/6/2014.

Abdilmecit Er Başvurusu, No. 2014/3825, 7/11/2019.

Abuzer Kaplan ve diğ erleri Başvurusu, No. 2014/11953, 19/11/2019.

Adem Yıldırım ve diğ erleri Başvurusu, No. 2018/1332, 29/5/2019.

Ahmet  ilgin Başvurusu, No. 2014/18849, 11/1/2017.

Ahmet Ulu ay Başvurusu, No. 2017/27431, 17/6/2020.

Ahmet Urhan Başvurusu, No. 2014/13961, 9/10/2019.

Ali Bula  Başvurusu, Genel Kurul, No. 2017/6592, 3/5/2019.

Ali Eren ve diğ erleri Başvurusu, No. 2015/3882, 28/1/2020.

Ali  pekli ve diğ erleri Başvurusu, Genel Kurul, No. 2017/30997, 22/1/2021.

Ali Kandil ve diğ erleri Başvurusu, No. 2014/13224, 19/11/2019.

Ali Karatay Başvurusu, No. 2012/990, 10/12/2014.

Ali Sarıpınar Başvurusu (2), No. 2013/6186, 9/3/2016.

Ali Soylu Başvurusu, No. 2014/10602, 19/11/2019.

Ayşe Çelik Başvurusu, No. 2017/36722, 9/5/2019.

Bekir Coşkun Başvurusu, Genel Kurul, No. 2014/12151, 4/6/2015.

Bestami Eroğlu Başvurusu, Genel Kurul, No. 2018/23077, 17/9/2020.

Cahit Baybariz ve Edep Tekin Başvurusu, No. 2015/15091, 22/7/2020.

Candar Şafak Dönmez Başvurusu, Genel Kurul, No. 2015/15672, 5/11/2020.

Celal Mezarcı ve diğerleri Başvurusu, No. 2014/12781, 10/10/2019.

Cem Mermut Başvurusu, No. 2013/7861, 16/4/2015.

Cemal Günsel Başvurusu, Genel Kurul, No. 2016/12900, 21/1/2021.

Diyadin Abak ve Mehmet Yiğit Başvurusu, No. 2015/2331, 20/11/2019.

Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri Başvurusu, Genel Kurul, No. 2014/920, 25/5/2017.

Emin Aydın Başvurusu, No. 2013/2602, 23/1/2014.

Erdem Gül ve Can DüNDAR Başvurusu, Genel Kurul, No. 2015/18567, 25/2/2016.

Ergün Poyraz Başvurusu (2), Genel Kurul, No. 2013/8503, 27/10/2015.

Esmâ Seydaoğlu Başvurusu, No. 2015/15566, 8/1/2020.

Esra Nur Özbey Başvurusu, No: 2013/7443, 20/5/2015.

Fatih Taş Başvurusu, Genel Kurul, No. 2013/1461, 12/11/2014.

Ferhat Kara Başvurusu, Genel Kurul, No. 2018/15231, 4/6/2020.

Gaffar Bayram ve diğerleri Başvurusu, No. 2015/3712, 16/1/2020.

Hacer Kahraman Başvurusu, No: 2013/7935, 20.04.2016.

Hakan Yılmazöz Başvurusu, No. 2017/37725, 3/6/2020.

Halime Sare Aysal Başvurusu, Genel Kurul, No. 2013/1789, 11/11/2015.

İbrahim Ataş Başvurusu, No. 2013/1235, 13/6/2013.

İhsan Vurucuoğlu Başvurusu, No. 2013/539, 15/5/2013.

İhsan Yalçın Başvurusu, No. 2017/8171, 9/1/2020.

İsa Turan Başvurusu, No. 2014/2962, 12/11/2019.

Kamil Darbaz ve GMO Yapı Grup End. San. Tic. Ltd. Şti Başvurusu, No. 2015/12563, 24/5/2018.

Kamuran Çörtük Başvurusu, No. 2014/9817, 26/2/2015.

Kemal Yeler ve Ali Arslan Çelebi Başvurusu, No. 2012/636, 15/4/2014.

Latif Hacibekiroğlu Başvurusu, No. 2014/6011, 22/9/2016.

Marcus Frank Cerny, Genel Kurul, No. 2013/5126, 2/7/2015.

Mehmet Ali Aslan Başvurusu, No. 2014/2335, 12/11/2019.

Mehmet Bozhan Başvurusu, No. 2014/2797, 23/10/2019.

Mehmet Emin Karamehmet ve diğerleri Başvurusu, No. 2017/4902, 28/1/2020.

Metin Birdal Başvurusu, Genel Kurul, No. 2014/15440, 22/5/2019.

Metin Evecen Başvurusu, No. 2017/744, 4/4/2018.

Muhammet Ali Tuluk ve diğerleri Başvurusu, No. 2018/568, 3/4/2019.

Murat İslamoğlu Başvurusu, No. 2013/614, 25/6/2014.

Murat Kur ve diğerleri Başvurusu, No. 2013/7604, 4/7/2019.

Murat Narman Başvurusu, No. 2012/1137, 2/7/2013.

Mustafa Berberoğlu Başvurusu, No. 2015/3324, 26/2/2020.

Nazmiye Akman Başvurusu, No. 2013/1012, 16/4/2013.

Nevzat Tekel Başvurusu, No. 2014/13863, 20/11/2019.

Nilgün Halloran Başvurusu, No. 2012/1184, 16/7/2014.

Orhan Kılıç Başvurusu, Genel Kurul, No. 2014/4704, 1/2/2018.

Özlem Dalkıran Başvurusu, Genel Kurul, No. 2017/35203, 21/1/2021.

Rasul Kocatürk Başvurusu, Genel Kurul, No. 2016/8080, 26/12/2019.

Recep Tarhan ve Afife Tarhan Başvurusu, No. 2014/1546, 2/2/2017.

Sefa Başak Başvurusu, No. 2014/15431, 20/11/2019.

Selahattin Demirtaş Başvurusu, Genel Kurul, No. 2016/25189, 21/12/2017.

Sencer Başat ve diğerleri Başvurusu, Genel Kurul, No: 2013/7800, 18/06/2014.

Serap Tortuk Başvurusu, No: 2013/9660, 21/1/2015.

Sevim Akat Eşki Başvurusu, No. 2013/2187, 19/12/2013.

Sinan Baran Başvurusu, No. 2015/11494, 11/6/2018.

Süleyman Dağ Başvurusu, No. 2015/3896, 17/07/2019.

Şaban Korkmaz Başvurusu, No. 2017/30944, 22/7/2020.

Şahin Alpay Başvurusu, Genel Kurul, No. 2016/16092, 11/1/2018.

Şahin Alpay Başvurusu (2), Genel Kurul, No. 2018/3007, 15/3/2018.

Şenol Eren Başvurusu, No. 2014/7693, 26/9/2019.

Tamer Mahmutoğlu Başvurusu, Genel Kurul, No. 2017/38953, 23/7/2020.

Tansel Çölaşan Başvurusu, No. 2014/6128, 7/7/2015.

Tayfun Cengiz Başvurusu, No. 2013/8463, 18/9/2014.

Tüncay Yıldız ve diğerleri Başvurusu, No. 2014/12717, 8/1/2020.

Türkiye İş Bankası Başvurusu (9), No. 2016/2400, 3/4/2019.

Uğur Ahmet Yaşar Başvurusu, No. 2014/11842, 2/6/2020.

Veysi Güneş Başvurusu, No. 2015/4993, 13/2/2020.

Yaman Akdeniz ve Diğerleri Başvurusu, No. 2014/3986, 2/4/2014.

Yasemin Çongar ve diğerleri Başvurusu, Genel Kurul, No. 2013/7054, 6/1/2015.

Yavuz Çıtak Başvurusu, No: 2014/2421, 21/6/2017.

Yılmaz Çelik Başvurusu, Genel Kurul, No. 2014/13117, 19/7/2018.

Youtube LLC Corporation Service Company ve diğerleri Başvurusu, Genel Kurul, No. 2014/4705, 29/5/2014.

Yusuf Emre İper Başvurusu, No. 2017/24461, 30/6/2020.

Yargıtay Kararları

Ceza Genel Kurulu Kararları

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 11.11.1991 tarihli, 1991/242 E. ve 1991/305 K. sayılı kararı

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 09/12/1991 tarihli, 1991/8-320 E. ve 1991/347 K. sayılı kararı

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 19/04/1993 tarihli, 1993/6-79 E. ve 1993/108 K. sayılı kararı

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 12/02/2008 tarihli, 2007/9-230 E. ve 2008/23 K. sayılı kararı

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 04/03/2008 tarihli, 2007/9-282 E. ve 2008/44 K. sayılı kararı

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 24/06/2008 tarihli, 2008/9-82 E. ve 2008/181 K. sayılı kararı

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 22/12/2009 tarihli, 2009/9-93 E. ve 2009/308 K. sayılı kararı

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 24/04/2017 tarihli, 2017/956 E. ve 2017/370 K. sayılı kararı

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 30/04/2019 tarihli, 693-352 sayılı kararı

Ceza Daireleri Kararları

Yargıtay 6. Ceza Dairesi'nin 21/01/2014 tarihli, 2011/16588 E. ve 2014/1054 K. sayılı kararı

Yargıtay 6. Ceza Dairesi'nin 13/02/2018 tarihli, 2015/1932 E. ve 2018/1069 K. sayılı kararı

Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin 26/04/2006 tarihli 2006/862 E. ve 2006/2426 K. sayılı kararı

Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin 2010/16599 E. ve 2012/15350 K. sayılı kararı

Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin 2012/4191 E. ve 2013/3971 K. sayılı kararı

Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin 10/04/2013 tarihli, 2011/12287 E. ve 2013/5518 K. sayılı kararı

Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin 18/04/2013 tarihli, 2011/2412 E. ve 2013/6246 K. sayılı kararı

Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin 26/04/2013 tarihli, 2013/903 E. ve 2013/6607 K. sayılı kararı

Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin 2011/106412 E. ve 2013/6945 K. sayılı kararı

Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin 2013/5229 E. ve 2014/1369 K. sayılı kararı

Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin 24/12/2015 tarihli, 2015/5453 E. ve 2015/5278 K. sayılı kararı

Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin 20/04/2015 tarihli, 2015/1069 E. ve 2015/840 K. sayılı kararı

Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin (Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın İtiraz Nedenleri) 26/09/2017 tarihli, 2016/3695 E. ve 2017/5075 K. sayılı kararı

Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin 14/06/2016 tarihli, 2015/4479 E. ve 2016/4419 K. sayılı kararı

Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin (ilk derece mahkemesi sıfatıyla) 14/07/2017 tarihli, 2015/3 E. ve 2017/3 K. sayılı kararı

Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin 10/05/2017 tarihli, 2016/7017 E. ve 2017/3884 K. sayılı kararı

Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin 26/09/2017 tarihli, 2016/3695 E. ve 2017/5075 K. sayılı kararı

Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin 26/10/2017 tarihli, 2017/1809 E. ve 2017/5155 K. sayılı kararı

Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin 20/12/2017 tarihli, 2017/1862 E. ve 2017/15796 K. sayılı kararı

Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin 9/4/2018 tarihli, 2017/4240 E. ve 2018/1056 K. sayılı kararı

Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin 03/07/2019 tarihli, 2019/2951 E. ve 2019/4682 K. sayılı kararı

Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin 12/09/2019 tarihli, 2019/7004 E. ve 2019/5220 K. sayılı kararı

Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin 13/11/2019 tarihli, 2018/5526 E. ve 2019/6842 K. sayılı kararı

Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin 25/06/2020 tarihli, 2019/11650 E. ve 2020/3039 K. sayılı kararı

Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin 25/06/2020 tarihli, 2020/1947 E. ve 2020/3079 K. sayılı kararı

Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin 14/10/2020 tarihli, 2019/11903 E. ve 2020/4962 K. sayılı kararı

Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin 22/12/2020 tarihli, 2019/7268 E. ve 2020/6693 K. sayılı kararı

Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin 02/02/2021 tarihli, 2019/6322 E. ve 2021/420 K. sayılı kararı

Hukuk Daireleri Kararları

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 13/12/2016 tarihli, 2016/9916 E. ve 2016/9538 K. sayılı kararı

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 15/01/2020 tarihli, 2017/26771 E. ve 2020/394 K. sayılı kararı

Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Dairesi Kararı

Samsun Bölge Adliye Mahkemesi 2. Ceza Dairesi'nin 2017/1003 E. ve 2017/1001 K. sayılı kararı

İlk Derece Mahkemesi Kararı

Muş 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 04/02/2019 tarihli, 2018/456 E. ve 2019/46 K. sayılı kararı

Uluslararası Raporlar ve Belgeler

1- Amnesty International, **Türkiye: İfade Özgürlüğünün Tam Zamanı**, Uluslararası Af Örgütü Yayınları, 2013 (Çevrimiçi)
<https://amnesty.org.tr/public/uploads/files/Rapor/TURKEY%20DECriminalize%20Dissent%20Time%20to%20Deliver%20on%20the%20right%20to%20freedom%20of%20expression.pdf> (E.T.: 13.08.2020)

2- Council of Europe, **Guidelines on Human Rights and Fight Against Terrorism**, Strasbourg, July 2002 (Çevrimiçi)
https://www.coe.int/t/dlapil/cahdi/Source/Docs2002/H_2002_4E.pdf (E.T.: 10.10.2020).

3- Committee of Ministers of the Council of Europe, Draft Copenhagen Declaration, 5 February 2018 (Çevrimiçi)
https://menneskeret.dk/sites/menneskeret.dk/files/media/dokumenter/nyheder/draft_copenhagen_declaration_05.02.18.pdf (E.T.: 04.04.2021)

4- European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission), “Opinion on Articles 216, 299, 301 and 314 of The Penal Code of Turkey”, Adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session (Venice, 11-12 March 2016) (Çevrimiçi) [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)002-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)002-e) (E.T.: 18.10.2020).

5- European Court of Human Rights, **Practical Guide on Admissibility Criteria**, Council of Europe/European Court of Human Rights, 2020 (Çevrimiçi) https://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_ENG.pdf (E.T.: 14.12.2020)

6- Martin Scheinin, “Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms while Countering Terrorism - Addendum: Mission to Turkey”, United Nations Human Rights Council, 16 November 2006, A/HRC/4/26/Add.2 (Çevrimiçi) <https://digitallibrary.un.org/record/587281> (E.T.: 05.04.2021)

7- Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, **Human Rights, Terrorism and Counter-terrorism**, Fact Sheet no. 32 (Çevrimiçi) <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet32EN.pdf> (E.T.: 10.10.2020).

8- The Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, “Administration of justice and protection of human rights in Turkey”, Report by Thomas Hammarberg, Strasbourg, 10 January 2012 (Çevrimiçi) <https://rm.coe.int/16806db70f> (E.T.: 19.09.2020).

9- The Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, “Comments on the Turkish Bill on judicial reform of January 2012”, Report by Thomas Hammarberg, Strasbourg, 20 February 2012 (Çevrimiçi) <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806db85c> (E.T.: 03.12.2020).

- 10- The Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, “Memorandum on freedom of expression and media freedom in Turkey”, Strasbourg, 15 February 2017 (Çevrimiçi) [https://rm.coe.int/ref/CommDH\(2017\)5](https://rm.coe.int/ref/CommDH(2017)5) (E.T.: 19.09.2020).
- 11- United Nations General Assembly, The United Nations Global Counter-Terrorism Strategy, Resolution on 8 September 2006 (A/RES/60/288) (Çevrimiçi) <https://undocs.org/A/RES/60/288> (E.T.: 02.04.2021).
- 12- United Nations Office on Drugs and Crime, Counter-Terrorism Legal Training Curriculum – Module 4: Human Rights and Criminal Justice Responses to Terrorism, New York, 2014 (Çevrimiçi) https://www.unodc.org/documents/terrorism/Publications/Module_on_Human_Rights/Module_HR_and_CJ_responses_to_terrorism_ebook.pdf (E.T.: 02.04.2021).
- 13- United Nations Security Council, Resolution 1456 (2003), 20 January 2003 (Çevrimiçi) [https://www.undocs.org/S/RES/1456%20\(2003\)](https://www.undocs.org/S/RES/1456%20(2003)) (E.T.: 04.05.2021).