

**Sanıklar:** Ahmet Hüsrev ALTAN, Nazlı ILICAK, Fevzi YAZICI, Mehmet Hasan ALTAN, Şükrü Tuğrul ÖZŞENGÜL, Tibet Murad SANLIMAN, Yakup ŞİMŞEK

**Katılanlar:** TBMM Başkanlığı, Türkiye Cumhuriyeti Başbakanlık (T.C. Cumhurbaşkanlığı)

**Suç:** Anayasal düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs etme,  
Silahlı terör örgütüne yardım etmek

**Suç tarihi** 15.07.2016

**Hüküm :**

1- Sanık Tibet Murad Sanlıman hakkında; Beraat kararına ilişkin istinaf başvurusunun esastan reddi

2- Sanıklar Ahmet Hüsrev Altan, Mehmet Hasan Altan, Ayşe Nazlı Ilıcak, Fevzi Yazıcı, Yakup Şimşek ve Şükrü Tuğrul Özşengül hakkında; TCK'nın 309/1, 53, 58/9, 63. maddeleri uyarınca mahkûmiyet kararına ilişkin istinaf başvurularının esastan reddine

**Temyiz edenler:** Sanıklar ve müdafileri, Katılanlar vekilleri

**Tebliğnamedeki düşünce:** Bozma

Bölge Adliye Mahkemesince verilen hüküm temyiz edilmekle;

Temyiz edenin sıfatı, başvurunun süresi, kararın niteliği ve temyiz sebebine göre 477 sayılı Kanun ile bazı Kanunlarda değişiklik yapılması hakkındaki 698 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile Başbakanlık kurumuna yapılacak tüm atıfların Cumhurbaşkanlığı kurumuna yapıldığı göz önünde bulundurularak dosya incelendi:

**GEREĞİ GÖRÜŞÜLÜP DÜŞÜNÜLDÜ:**

I- Sanık Tibet Murad Sanlıman hakkındaki beraat hükmü yönünden yapılan incelemede;

Sanığa yüklenen silahlı terör örgütüne yardım etme suçunun niteliği itibariyle suçtan doğrudan doğruya zarar görmeyen ve bu nedenle de davaya katılma hakkı bulunmayan T.C. Cumhurbaşkanlığı (T.C. Başbakanlık) ve TBMM Başkanlığının bu suç yönünden davaya katılmasına ilişkin verilen karar hukuki değerden yoksun olup, hükmü temyiz yetkisi vermeyeceğinden, katılanlar vekillerinin temyiz taleplerinin 5271 sayılı CMK'nın 298. maddesi uyarınca REDDİNE,

II- Sanıklar Ahmet Hüsrev Altan, Mehmet Hasan Altan, Ayşe Nazlı Ilıcak, Fevzi Yazıcı, Yakup Şimşek ve Şükrü Tuğrul Özşengül hakkındaki hükümler yönünden yapılan incelemede;

Temyiz talebinin reddi nedenleri bulunmadığından işin esasına geçildi;

Vıcdani kanının oluştuğu duruşma sürecini yansıtan tutanaklar, belgeler ve gerekçe içeriğine göre yapılan incelemede;

Silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkesi doğrultusunda, ilk derece ve bölge adliye mahkemelerinde yeterli süre ve imkan sağlanarak savunma hakkının etkin şekilde kullanılmış olması ve temyiz denetiminde de yazılı savunmanın sınırsız şekilde kullanılabilme olanağının bulunması karşısında, savunma hakkının kısıtlanması söz konusu olmadığından sanıklar müdafilerinin duruşmalı inceleme isteminin, 01.02.2018 tarihli ve 7079 sayılı Kanununun 94. maddesi ile değişik CMK'nın 299/1. maddesi uyarınca takdiren REDDİNE,

## **Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi**

"Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç sayılmadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suç işlediği zamanda kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır ceza verilemez." şeklinde ifade edilen kanunilik ilkesi, çağdaş ceza hukukunun en temel ilkelerinden birisidir. Nitekim Anayasamızın 38, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 7, 765 sayılı TCK 7 ve 5237 sayılı TCK'nın 2/1 maddelerinde bu ilkeye yer verilmiştir. Bu ilkenin kabul edilmesindeki asıl neden kişilerin yasaklanan ve işlendiği zaman cezalandırılacağı eylemleri önceden bilmelerini sağlamaktır. Kişiler ancak bu şekilde davranışlarını düzenlenen imkanı bulabilirler ve ancak bu durumda kişiyi işlemiş olduğu eylemden dolayı kusurlu ve sorumlu saymak mümkün olabilir. "Kanunilik ilkesi, böylece çağdaş ceza hukukunda

herşeyin temeli olan bireyle toplum yararları arasında bir denge sağlamaktır." ( Dönmezer/Erman nazari ve tatbiki Ceza Hukuku 14. baskı cilt 1 syf. 17) "Kanunsuz suç ve ceza olmaz kuralı, ceza hukukunda, devlet ve yargıç karşısında bireyin kamu haklarının teminatıdır." (Erem / Danişman/ Artuk, Ceza Hukuku Genel Hükümler 1997 baskı syf 99) "Hukuk devleti, bireyleri, yalnızca ceza hukuku aracılığıyla korumaz, ceza hukukuna karşı da korumalıdır. Böylece suç ve cezanın kanunla konulması ilkesi, devletin ceza verme yetkisinin de sınırını oluşturmaktadır."(Öztürk/Erdem uygulamalı ceza hukuku ve güvenlik tedbirleri hukuku 10. baskı syf 37)

Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi, ilk bakışta sanki doğrudan doğruya uygulama kabiliyeti olmayan ve sıklıkla karşılaşılmayacak bir hüküm gibi görüle de; Ceza Hukukunun en güncel konularından birisidir. Aslında tüm uygulayıcılar, sürekli yorumlar yapmaktadırlar.Yorum yaparken de, hatırdan çıkarılmaması gereken en önemli evrensel ilkelerden birisi de kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesidir. Uygulayıcı önüne gelen somut olayda, soyut ve genel nitelikteki kanunu uygularken yorum yapacaktır. Ancak failin işlediği eylemin Türk Ceza Kanunu veya ceza hükmü içeren özel kanunlarla yasaklanmamış olduğunu gördüğü veya yasaklanmış olmakla birlikte bu eylem için, adli ceza öngörülmediğini anladığı durumlarda, fail hakkında soruşturma aşamasında kovuşturmaya yer olmadığına, kovuşturma aşamasında ise beraat kararı verecektir. ( Yaşar/Gökçen/Artuç TCK yorumu 2010 baskı cilt 1 syf 23)

Dairemizce de benimsenen yukarıda özetlenen doktrindeki görüşler dikkate alındığında; suç ve cezada kanunilik ilkesi ceza hukukunun en temel ilkelerden olduğu uygulayıcılar tarafından hassasiyetle gözetilmelidir. Aksi düşünce keyfiliğe yol açacaktır. Bilindiği gibi, hakim genel ve soyut nitelikteki, kanun maddesini somut ve özel olaya uygularken çoğu zaman yoruma ihtiyaç duymaktadır. Aslında, hukuk kurallarının belirlilik ilkesinin gereği olarak, hem suçun unsurları hem de cezanın miktarı ve çeşidini açık ve seçik olarak düzenlediği durumlarda, ilk okuyuşta hangi eylemin suç olduğu ve bu suç için hangi tür cezadan ne kadar verileceği belli olduğunda yoruma gerek kalmayacaktır. Ancak bazı durumlarda hukuk kuralları bu kadar açık seçik olarak düzenlenmediğinden yorum yöntemine başvurulmaktadır. "Yorum, bir kanun hükmünün gerçek anlamını, kanun koyucunun iradesini ortaya çıkarmak için yapılan fikri faaliyettir." (Özgenç, Türk Ceza Kanunu gazi şehri 3. baskı syf 78) Yasanın yeterince açık ifade edilmemesi halinde uygulayıcı kanun koyucunun gerçek iradesini bulmak için zihni faaliyette bulunabilir. Eğer kanunun lafzı, kanun koyucunun ifade etmek istediği anlama göre dar kalıyor ise, bu durumda kanun koyucunun gerçek iradesini bulmak için genişletici yoruma başvurulmalıdır. Yorum yapılırken başvurulacak araçlar madde başlığı ve gerekçesi, suçun ihlal ettiği hukuki değer anlaşılmaması bakımından maddenin bulunduğu bölüm ve kısım, kanun yapma çalışmaları sırasındaki komisyon ve genel kurul görüşmeleri sırasında yasanın hangi ihtiyaçtan kaynaklandığına ilişkin ifadeler, geçmişteki içtihatlar ve doktrindeki bilimsel görüşler yardımcı kaynaklardır. Yorum yapılırken kıyas yasağının gözetilmesi kanunilik ilkesinin sonucudur. Kanunda açık bir şekilde suç olarak tanımlanmamış olan bir fiilin, bununla bazı yönlerden benzerlik gösteren başka bir fiil ile ilgili suç tanımı kapsamında değerlendirilmesine kıyas denmektedir. Kıyas, yasada hakkında hüküm bulunmayan bir fiilin cezalandırılması anlamına gelir ki bu da kanunilik ilkesine aykırıdır. "kıyas yasağının muhatabı hukuk kurallarına uygulamakla yükümlü olan uygulayıcılarıdır." (Öztürk /Erdem Ceza Hukuku 5. baskı syf 7 ) Kıyas yasağı kanunda öngörülen suçun tüm unsurları açısından geçerlidir. Bu açıklamalar doğrultusunda; Öncelikle, terör örgütleri, anayasal düzene karşı suçların unsur ve nitelikleri, bu suçlar yönünden eski ve yeni ceza yasanın mukayesesi, teşebbüs sorunu, illiyet bağı, iştirak hükümleri ve sanıkların savunmada ileri sürülen hukuki kurumlar ile kusurluluğu etkileyen nedenlerin genel değerlendirilmesi yapılacaktır.

## Silahlı Terör Örgütü Suçu

a-Örgüt Üyeliği:

Tipik eylem unsuru; Örgüte üye olanlar, örgütte kurucu ya da yönetici

konumunda olmayan, örgütün amacına yönelik nedensel hareketi olan, örgüt disiplinine bağlı, örgüt hiyerarşisi içinde yer alan kişilerdir. (Özek, Organize Suç, Syf. 241)

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.Örgüt üyeliği, örgüte katılmayı, bağlanmayı, örgüte hakim olan hiyerarşik gücün emrine girmeyi ifade etmektedir. Örgüt üyesi örgütle organik bağ kurup faaliyetlerine katılmalıdır. Organik bağ, canlı, geçişken, etkin, faili emir ve talimat almaya açık tutan ve hiyerarşik konumunu tespit eden bağ olup, üyeliğin en önemli unsurudur. 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 böylece ifa etmesidir.

Örgüte sadece sempati duymak ya da örgütün amaçlarını, değerlerini, ideolojisini benimsemek, buna ilişkin yayınları okumak, bulundurmak, örgüt liderine saygı duymak gibi eylemler örgüt üyeliği için yeterli değildir. (Evik, Cürüm işlemek için örgütlenme, Syf 383 vd.)

Örgüt üyesinin bu suçtan cezalandırılması için örgüt faaliyeti kapsamında ve amacı doğrultusunda bir suç işlemesi gerekmez ise de, örgütün varlığına veya güçlendirilmesine nedensel bir bağ taşıyan maddi ya da manevi somut bir katkısının bulunması gerekir. Üyelik mütemadi bir suç olması nedeniyle de eylemlerde bir süre devam eden yoğunluk aranır.

Doktrinde farklı görüşler (Özgenç, Suç örgütleri, Syf. 22, Sözüer, Gökçen, vb.) olsa da istikrar kazanmış uygulamaya (Yargıtay Ceza Genel Kurulun 10.06.2008 tarih ve 2007/9-270-164 sayılı kararı vb.) göre, tek taraflı irade beyanıyla örgüte üye olmak imkanı bulunmamaktadır. Örgüt yönetiminin açık ya da zımnî bir kabulü olmalıdır. Örgüt yöneticilerinin, örgüt faaliyeti kapsamında işledikleri bütün suçlardan asli fail olarak sorumlu tutuldukları (TCK 220/5 md) 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 de kabul etmesi beklenemez.

Dairemizce de benimsenen, istikrar kazanmış yargısal kararlarda da; silahlı örgüte üyelik suçunun oluşabilmesi için örgütle organik bağ kurulması ve kural olarak süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk gerektiren eylem ve faaliyetlerin bulunması aranmaktadır. Ancak niteliği, işleniş biçimi, meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı, örgütün amacı ve menfaatlerine katkısı itibarıyla süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk özelliği olmasada ancak örgüt üyeleri tarafından işlenebilen suçların faillerinin de örgüt üyesi olduğunun kabulü gerekir.

Temadi eden suçlardan olan örgüt üyeliği, hukuki veya fiili kesinti gerçekleşinceye kadar tek suç sayılır. Örgüt üyeliği, yakalanma, örgütün dağılması, örgütten ihraç ya da kendiliğinden örgütten ayrılma gibi sebeplerden sona erer. Yakalanmayan sanık hakkında düzenlenen iddianame temadi eden suç için hukuki kesinti oluşturmaz. Örgüt üyeliğinden mahkum olduktan sonra tekrar örgütle hiyerarşik bağ kurup süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk gerektiren faaliyetlere katılması halinde yeniden üyelik suçu oluşacaktır.

Örgüt faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı da cezaya hükmolunur. (TCK. 220/4) Örgüt kurma ve yönetme ya da üye olmak fiillerinin cezalandırılabilmesi için örgütün amacı doğrultusunda ve faaliyeti çerçevesinde bir suç işlenmesi şart değildir. Ancak bu kapsamda bir suç işlenirse bu düzenleme doğrultusunda gerçek içtima kurallarına göre cezalandırılacaklardır.

Manevi Unsur: Suçun manevi unsuru, doğrudan kast ve "suç işlemek amacı/saikini"dir. Örgüte giren kişinin, girdiği örgütün suç işleyen, suç işlemeyi amaçlayan bir örgüt olduğunu bilmesi gerekir.

Örgüt üyesinin, örgüte bilerek ve isteyerek katılması, katıldığı örgütün niteliğini ve amaçlarını bilmesi, onun bir parçası olmayı istemesi, katılma iradesinin devamlılık arz etmesi gerekir. Örgüte üye olan kimse, bir örgüte girerken örgütün kanununun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla kurulan bir örgüt olduğunu bilerek üye olmak kastı ve iradesiyle hareket etmelidir. Suç işlemek amacıyla kurulmuş örgüte üye olmak suçu için de saikin "suç işlemek amacı" olması aranır. (Toroslu özel kısım syf. 263-266, Alacakaptan Cürüm İşlemek İçin Örgüt syf. 28, Özgenç Genel Hükümler syf. 280)

Tüm faillerin kastının suç işlemek amacıyla kurulmuş bir örgüte katılmak olması gerekirken hepsinin de aynı suçları işlemek amacıyla olması gerekmez. Bir oluşuma dahil olan kişinin bu oluşumun suç işlemek amacıyla olduğunu bilincinde olması aranır.

## Örgüt Adına Suç İşlemek:

Kişiler örgüt hiyerarşisinde yer almamakla beraber örgüte duydukları sempatinin etkisiyle örgüt adını kullanarak suç işleyebilirler. Bu halde örgüt üyesi olmayan kişinin örgüt adına suç işlemesinden söz edilebilir. Bu konudaki ilk düzenleme TMK'nın 2/2 maddesinde yer almıştır. "Terör örgütüne mensup olmasa dahi örgüt adına suç işleyenler de terör suçlusu sayılır ve örgüt mensubu gibi cezalandırılırlar." Bu hükümden 02.07.2012 tarih ve 6352 sayılı Kanunla değişiklik yapılarak "ve örgüt mensubu gibi cezalandırılırlar" ibaresi metinden çıkarılmıştır.

Dairemizce de benimsenen yerleşik yargısal uygulamalara göre, 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. Doğal olarak böyle bir suçu işleyen de bu bilinçle işlemesi aranır.

Örgüt adına işlenen suç karşılıksız olabileceği gibi bir menfaat karşılığında da işlenmiş olabilir.

Örgüt adına sürekli suç işleyen ya da belirsiz sayıda suç işleme iradesinde olan sanığın hukuki durumunun örgütle arasında kurulan bağın niteliğine göre örgüt üyesi suçu kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

5237 sayılı TCK'nın 220/6.maddesinde, "Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca örgüte üye olmak suçundan dolayı cezalandırılır." denilerek, TMK'nın 2/2. maddesindeki düzenlemeye paralel bir suç tipine yer verilmiştir.

Her iki düzenlemenin de uygulamada çok ağır cezalar ortaya çıkardığı yönündeki eleştiriler, özellikle çocuklar hakkındaki cezaların olumsuz etkisinin giderilebilmesi için kanun koyucu tarafından 22.07.2010 tarih ve 6008 sayılı Kanunla 2911 sayılı Kanuna 34/A maddesi eklenerek, çocuklar hakkında TMK'nın 2/2 maddesinin uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır. Böylece 2911 sayılı Yasa kapsamındaki suçları işleyen çocukların örgüt üyeliğinden cezalandırılmasının önüne geçildiği gibi örgüt adına bu kapsam dışındaki suçları işlemeleri halinde cezayı artırıcı hali düzenleyen TMK'nın 5/1. maddesi de uygulanmayacaktır. Diğer taraftan TCK'nın 220. maddesinin 6. fıkrasında 02.07.2012 tarih ve 6352 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle hakime örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişinin, örgüt üyeliğinden alacağı cezanın yarısına kadar indirebilme yetkisi tanınmıştır.

11.04.2013 tarih, 6459 sayılı Kanununun 11. maddesi ile değişik TCK'nın 220/6. maddesi gereğince ancak silahlı örgütler adına suç işleyenler örgüt üyeliğinden cezalandırılabilir.

3713 sayılı Kanununun 7/4 maddesi gereğince de, terör örgütünün propagandasını yapmak (TMK 7/2), terör örgütünün bildiri veya açıklamalarını basmak ya da yayımlamak (TMK 6/2), 2911 sayılı Kanununun 28. maddesinde tanımlanan Kanuna Aykırı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşünü düzenleyen ya da yönetenlerin eylemlerine katılmak suçlarını terör örgütü adına işleyenler ayrıca terör örgütü üyesi olmak suçundan cezalandırılmazlar.

## **Örgüte Yardım etmek :**

Türk Ceza Hukukunda silahlı terör örgütlerine yardım suçu, aşağıdaki sistematik içinde düzenlenmiştir.

01.06.2005 tarihinden itibaren yürürlükte olan TCK'nın 314/3, 220/7, 314/2. maddelerinde düzenlenen silahlı terör örgütüne genel nitelikte yardım suçu,

01.06.2005 tarihinden itibaren yürürlükte olan TCK'nın 315. maddesinde düzenlenen silahlı terör örgütüne silah sağlama suçu,

18.07.2006 tarihinde yürürlüğe giren 5532 sayılı Kanun ile yeniden düzenlenen ve 16.02.2013 tarihine kadar yürürlükte kalan 3713 sayılı Kanununun 8. maddesinde yer alan ve 16.02.2013 tarihinde yürürlüğe giren 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanununun 4. maddesinde düzenlenen terörizmin finansmanı suçu.

Bu çerçevede içerisinde, terör örgütlerine silah sağlamak veya finansman sağlamak suçunun, terör örgütlerine yardım suçunun özel bir düzenleniş şekli olduğu anlaşılmaktadır.

Silahlı terör örgütlerine yardım suçunda yardım fiili, örgütün bizzat kendisi veya mensupları lehine gerçekleştirilebilir. Ceza Genel Kurulunun 31.10.2012 tarih ve 2012/1234 Esas, 2012/1825 sayılı kararında da belirtildiği gibi, yardımın mutlaka örgüte ulaşması, sonuç vermesi gerekmez ve her bir fail, örgütçe verilen veya kendiliğinden üstlenilen görev kapsamında kendi fiilinin gerçekleştirilmesinden sorumlu olacaktır.

## **Tipik eylem unsuru:**

Silahlı terör örgütü üyesi olmayıp, örgütün faaliyetlerinde kullanılmak amacıyla bunların amaçlarını bilerek, bu örgütlere üretmek, satın almak veya ülkeye sokmak suretiyle silâh temin eden, nakleden veya depolayanların TCK'nın 315. maddesi;

Terör örgütlerine veya mensuplarına para veya değeri para ile temsil edilebilen

taşınır veya taşınmaz, maddi veya gayri maddi her türlü mal, hak, alacak ile bunları temsil eden her türlü belgeyi sağlayan veya toplayan kişilerin 6415 sayılı Kanununun 4. maddesi;

Örgütün hiyerarşik yapısına dahil olmamakla birlikte, örgüte veya örgüt üyelerine bilerek ve isteyerek yukarıda sayılanlar dışında barındırma, nakletme, istihbari bilgi sağlama, örgüt mensuplarının araştırılmasını, yakalanmasını engellemeye yönelik imkan sağlama gibi her türlü yardım TCK'nın 314/3, 220/7. maddeleri yollamasıyla 314/2. maddesi kapsamında kalacaktır." şeklindeki hukuki yoruma Dairemizce de iştirak edilmektedir.

**Manevi unsur:** Örgüte yardım suçunda kast unsuru yönünden öğretideki görüşler incelendiğinde;

Bir suçun kanuni tanımında "bilerek", "bildiği halde", "bilmesine rağmen" gibi ifadelerle açıkça yer veren suçlar olası kastla işlenemez. (Prof.Dr. İzzet ÖZGENÇ, TCK Genel Hükümler, 7. Baskı, syf. 241)

Kişi, örgütün işlediği somut fiili bilmese de terör örgütü olduğunu, sağladığı yardımın örgütün yararına kullanılacağını bilmeli ve bu irade ile hareket etmelidir. İnsani mülahazalarla yapılan yardımlar örgüte yardım suçunu oluşturmaz. Yapılacak her türlü yardımın suç olarak değerlendirilmemesi gerekir. (Prof. Dr. A. Caner YENİDÜNYA - Arşt. Görv. Zafer İÇER, Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma, 1. Baskı, syf. 56)

Örgüte yardım suçunda manevi unsurun oluşması için genel kasıt yeterli değildir. Özel kasıt ile işlenen bir suçtur. Fail örgütün amacını gerçekleştirilmesine katkı sağlamak kastı ile hareket etmelidir. (Yrd. Doç. Dr. Namık Kemal TOPÇU, Örgütlü Suçlar ve Terör Suçları, syf. 164)

Suç işlemek amacıyla kurulmuş örgüte bilerek ve isteyerek yardım edilmiş olması gerekir. Başka bir ifadeyle, yardım fiilinin örgütün suç işlemek amacıyla kurulmuş bir örgüt olduğu bilinerek gerçekleştirilmiş olması gerekir. Fıkra metninde geçen "bilerek" ibaresi doğrudan kastı ifade eder. Doğrudan örgüte değil de örgüt mensuplarına yardım edilmesi halinde, yardım edilen kişilerin suç işlemek amacıyla kurulmuş bir örgüt mensubu olduklarının da bilinmesi gerekmektedir. Örgüt mensuplarına yapılan yardım, aynı zamanda örgüte yapılan yardım olarak değerlendirilmelidir. Ancak, bu yardımın örgütün amacını gerçekleştirmeye hizmet eden bir yardım olması gerekmektedir. (Prof.Dr.İzzet ÖZGENÇ, Suç Örgütleri, 7. Baskı, s. 38-39)

Dairemizce de benimsenen, yerleşik yargısal uygulamalara ( Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 05.11.2009 tarih ve 2009/10374 E-2009/11111 K. ) göre de, sanığın, örgütün amacını ve faaliyetlerinde kullanılacağını bilerek yardımda bulunması gerekir.

Yukarıda yer verilen öğretideki görüşler ve istikrar kazanmış Yargıtay uygulamaları göz önüne alındığında; suç örgütleri veya silahlı terör örgütlerine yardım suçunun ancak doğrudan kastla işlenebileceği, yardımın örgütün amacını gerçekleştirmeye hizmet etmesi gerektiği, örgüt üyelerine yapılan yardımın da örgüte yapılmış gibi kabul edilmekle birlikte örgüt üyesinin mensup olduğu örgütün bilinmesi ve bu yardımın da insani mülahazalarla değil örgütün amaçlarını gerçekleştirme gayesiyle yapılması hususunda ortak bir kanaat mevcuttur.

Terör örgütü üyeliği, örgüt adına suç işleme ve yardım suçlarına ilişkin genel açıklamalar ışığında olayın daha iyi aydınlatılması bakımından FETÖ/PDY silahlı terör örgütünü hiyerarşik yapılanmasının değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu hususa Dairemizin 2015/1 esas, 20217/3 sayılı kararında yer verilmiştir;

## **FETÖ/PDY nin Hiyerarşik yapılanması**

Dikey Yapılanma- Yedi Katlı Piramit:

Kainat imamı inancı ve yedi katlı piramidal yapılanma, İsmailiye mezhebinden ve köken olarak da Zerdüştlük dininden alınmıştır. Zerdüştlük dini ve ondan mülhem İsmailiye mezhebinden yedi kat gök gibi örgütlenmişlerdir. Bu mezhep, sofilerini yedi dereceye ayırmıştır. Tarikatın piri yedinci derecede oturur ki, bu merteye Allah'tan doğrudan emir alan imamlık makamıdır. İmam helali haram ve haramı helal yapabilir. Ona mübah olmayan hiçbir şey yoktur.

Örgüt içi hiyerarşide itaat ve teslimiyet katı bir kuraldır. Teslimiyet hem örgüte hem de liderin emrine ona atfen verilen göreve adanmışlıktır. Örgüt sivil toplumu kendi haline bırakmayıp, kendine hizmet eden bağlı unsurlara dönüştürmektedir. Kadrolaşma ile yargı, ordu, emniyet ve bakanlık birimleri bu gücün denetimine girip, örgütsel amaçlar doğrultusunda kullanılabilirlerdir.

Örgütün hiyerarşik yapılanmasındaki tabaka sistemi kat sistemine dayanır. Katlar arasında geçişler mümkündür ama dördüncü tabakadan sonrasını önder belirler. Katlar şu şekildedir;

- Birinci Kat, Halk Tabakası: Örgüte iman ve gönül bağı ile bağlı olanlar, fiili ve maddi destek sağlayanlardan oluşur. Bunların birçoğu örgütün hiyerarşik yapısına dahil olmayan bilinçli veya bilinçsiz hizmet ettirilen kesimdir. Genellikle faaliyetlerden habersizdirler. Bu katmandakileri örgüte bağlayan ana unsur istismar edilen İslami duyarlılık ve din duygularıdır.

- İkinci Kat, Sadık Tabaka: Okul, dershane, yurt, banka, gazete, vakıf ve kurum görevlilerinden oluşan sadık gruptur. Bunlar örgüt sohbetlerine katılır, düzenli aidat öder, az veya çok örgüt ideolojisini bilen kişilerdir.

- Üçüncü Kat, İdeolojik Örgütlenme Tabakası: Gayri resmi faaliyetlerde görev alırlar. Örgüt ideolojisini benimseyen ve ona bağlı çevresine propaganda yapan kişilerden oluşur.

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

- Beşinci Kat, Organize Eden ve Yürüten Tabaka: Üst düzey gizlilik gerektirir. Birbirlerini çok az tanır. Örgüt lideri tarafından atanır. Devletteki yapıyı organize edip yürüten tabakadır. Evliliklerinin örgüt içinden olması zorunludur.

- Altıncı Kat, Has Tabaka: Fethullah Gülen ile alt tabakaların irtibatını sağlar. Örgüt içi görev değişiklikleri yapar. Azillere bakar. Örgüt liderince bizzat atanırlar.

- Yedinci Kat, Kurmay Tabaka: Örgüt lideri tarafından doğrudan seçilen 17 kişiden oluşan örgütün en seçkin kesimidir.

Bu tabakalar dışında örgüte sempati besleyenlerden oluşan alt tabaka vardır. Örgüt hiyerarşisinde yer almazlar. Örgüte yönelik herhangi bir olumsuz

düşünceleri yoktur. Örgütün bütün faaliyetlerini illegal bile olsa desteklerler. Talimat almaz ve rapor vermezler. Örgüte zaman zaman maddi yardım yaparlar. Devamlı olmamak şartıyla örgütün bazı faaliyetlerine de katılırlar. Bunlar örgütün iç yüzünü bilmeyen, görünüşteki yüzünü gerçek sanan kimselerdir. Siyasetçi, sanatçı, yazar, gazeteci, akademisyen gibi çok geniş bir alana yayılmış olan bu sempatican kitleyi örgüt zaman zaman lehine kamuoyu oluşturmak için kullanmaktadır.

Yedi katmanın en üstünde "Fethullah Hoca arşı" yer almaktadır. Beşinci, altıncı ve yedinci katmanlar örgütü yöneten katmanlardır. Altıncı ve yedinci katmandakilerinin örgütten kopmalarına kesinlikle izin verilmez. Altıncı katmandakiler örgüt liderinin bildiği ve takip ettiği hayati önemi haiz gördükleri hizmetleri yapan kişilerdir. Beşinci katmanda çok nadir halde örgütten kopma olmuştur. Dördüncü katman örgütü bir arada tutar ve alt katmandakilerin teftiş ve kontrolünü yapar. Hizmet denen işleri ise ilk üç katmandakiler yürütmektedir.

## Anayasayı İhlal Suçu

Ayrıntıları Dairenin 22.03.2019 tarih 2018/7103 Esas, 2019/1953 sayılı kararında açıklandığı üzere:

Suçla ilgili yasal düzenlemeler şöyledir:

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu

### Anayasayı ihlal

Madde 309- (1) Cebir ve şiddet kullanarak, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzeni ortadan kaldırmaya veya bu düzen yerine başka bir düzen getirmeye veya bu düzenin fiilen uygulanmasını önlemeye teşebbüs edenler ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılırlar.

(2) Bu suçun işlenmesi sırasında başka suçların işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı ilgili hükümlere göre cezaya hükmolunur.

(3) Bu maddede tanımlanan suçların işlenmesi dolayısıyla tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

### Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu

Devlet kuvvetleri aleyhinde cürümler

Madde 146 – Türkiye Cumhuriyeti Teşkilatı Esasiye Kanununun tamamını veya bir kısmını tağyir ve tebdil veya ilgaya ve bu kanun ile teşekkül etmiş olan Büyük Millet Meclisini iskata veya vazifesini yapmaktan men'e cebren teşebbüs edenler, ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına mahkûm olur.

65'inci maddede gösterilen şekil ve suretlerle gerek yalnızca gerek bir kaç kişi ile birlikte kavli veya tahriri veya fiili fesat çıkararak veya meydan ve sokaklarda ve nasın toplandığı mahallerde nutuk irat veyahut yafta talik veya neşriyat icra ederek bu cürümleri işlemeğe teşvik edenler hakkında, yapılan fesat teşebbüs derecesinde kalsa dahi ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası hükmolunur.

(Ek: 6/7/1960 - 15/1 md.) Birinci fıkrada yazılı suça ikinci fıkrada gösterilenden gayri surette iştirak eden fer'i şerikler hakkında beş seneden onbeş seneye kadar ağır hapis ve amme hizmetlerinden müebbeden memnuiyet cezası hükmolunur.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 309. maddesinin gerekçesi ise şu şekildedir:

“Anayasanın başlangıç kısmında aynen "Millet iradesinin mutlak üstünlüğü; egemenliğin kayıtsız şartsız Türk Milletine ait olduğu ve bunu millet adına kullanmaya yetkili kılınan hiç bir kişi ve kuruluşun, bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk dışına çıkamayacağı; Hiç bir faaliyetin Türk milli menfaatlerinin, Türk varlığının, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihi ve manevi değerlerini, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılapları ve medeniyetçiliğin karşısında koruma göremeyeceği ve laiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı;" şeklindeki ifade ile siyasal iktidarın kuruluş ve işleyişine egemen olması gereken ilkeler gösterilmiş bulunmaktadır.

Siyasal iktidarın kuruluşu ve işleyişine egemen olan bu ilkeleri içeren kuralların bütünü, Anayasal düzeni teşkil etmektedir. Bu madde ile korunmak istenen hukuki yarar, Anayasa düzenine egemen olan ilkelerdir.

Madde ile korunmak istenen hukuki yararına niteliği dikkate alınarak, "Türkiye Cumhuriyet Anayasasının öngördüğü düzen" ibaresi kullanılmış, böylece korunmak istenen hukuki yarara açıklık getirilmiştir.

Maddede tanımlanan suçun oluşabilmesi için, cebir veya tehdit kullanarak Anayasal düzenin değiştirilmesine teşebbüs edilmesi gerekir. Bu nedenle, cebir ve tehdit bu suçun unsuru oluşturmaktadır. Cebir ve tehdit kavramlarının hukuki anlam ve içeriği, bilinen bir husustur. Bu nedenle, Anayasal düzenin değiştirilmesine yönelik teşebbüsün ancak cebir veya tehdit kullanılarak, yani bireylerin iradeleri zorlanmak suretiyle ifsat edilerek gerçekleştirilmesi gerekir. 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 146. maddesinin kaynağını oluşturan 1889 İtalyan Ceza Kanununun 118. maddesi, 146. maddede olduğu gibi, cebir ("Violentemente") unsuru taşımaktaydı. Ancak, 1930 faşist İtalyan Ceza Kanununun aynı konuyu düzenleyen 283. maddesinde, suç tanımından cebir unsuru çıkartılmıştı. Faşizmin etkisiyle kaleme alınan 283. madde, bilahare 11.11.1947 tarihinde yeniden değiştirilerek; suç tanımında tekrar cebir unsuruna yer verilmiştir.

Maddede, maddi unsur olarak "teşebbüs edenler" ibaresi kullanılmış olduğundan, Anayasanın öngördüğü düzeni ortadan kaldırmaya veya bu düzen üzerine başka bir düzen getirmeye veya bu düzenin fiilen uygulanmasını önlemeye teşebbüs edilmesi, cezalandırma için yeterlidir. Suç hem idare edenler hem de idare edilenler tarafından işlenebileceğinden teşebbüste aranılacak elverişlilik, suçun işleniş biçimi ve özellikle suçun bir tehlike suçu olduğu dikkate alınarak, kullanılan cebir veya tehdidin netice elde etmeye elverişli olup olmadığının hakim tarafından takdir edilmesi gerekir."

a-Genel olarak:

1982 Anayasasının 2. maddesi ile Türkiye Cumhuriyetinin temel niteliği "hukuk devleti" olarak tayin edilmiştir. "Hukuk devleti; insan haklarına saygı gösteren ve bu hakları koruyucu adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendini zorunlu sayan ve bütün faaliyetlerinde hukuka ve anayasaya uyan devlettir." (Anayasa Mahkemesi 11.10.1963 T.124-243 sy. Kararı)

Meşruluk sitenin/devletin gözle görünmeyen barış meleğidir. (Ferraro) Hukuk devletinin meşruiyet kaynağı hukuktur. Toplumun genelini ilgilendiren her olayın tarihi bir yanı varsa da hukuk devleti bağlamında olaylar hukuka uygun olup olmadıkları ile değerlendirilirler. Hukuk devleti her alanda adil ve eşitliğe uygun bir hukuk düzeni kurarak hukuka aykırı ve suç oluşturan her fiili, olay ve fail istisnası gözetmeksizin hukuk denetimine tabi tutar.

Ülkemizin çok partili hayata geçişinden sonra, köklü temelleri olmayan demokrasi serüveninde, henüz demokrasi kültürünün oluşmasına fırsat vermeden darbe yapma alışkanlığını sıradanlaştıranların, ünvan ve statüleri ne olursa olsun, ihlal edilen hukuk düzeninin tesisi, toplumun demokratik geleceğinden emin olması, temel hak ve hürriyetleri ile mukadderatını tayin hakkının korunması bakımından, her suçlu gibi cezai bir yaptırıma tabi tutulması hukuk devleti olmanın gereğidir.

Hukuk kuralları koyma ve kamu gücünü kullanma tekeli devleti yönetenlerin elindedir. (Teziç, Anayasa Hukuku 20.bası sh.128) Modern devletin maddi özünü, cebir kullanma tekeline sahip bulunan siyasal iktidar oluşturmaktadır. (M. Erdoğan, Anayasal Demokrasi 7.bası sh.327)

Devleti meydana getiren dinamik unsur siyasi iktidar olduğuna göre, bir devletin mevcudiyeti ve devamı iktidarın himayesine bağlıdır. Bunun içindir ki, hukukun en eski günlerinden bu yana değişik sistemler içinde siyasi kuvvetler himaye edilmiştir. Devlet otoritesinin mevcudiyeti ancak siyasi iktidarın himayesiyle mümkündür. Devlet mefhumunun hukuki ve politik karakterini ortaya koyan siyasi iktidar realitesi, devleti diğer topluluklardan ayıran kriterdir. Ülke ve Millet

mefhumlarını bir birlik ve siyasi organizasyon halinde ortaya koyan unsur siyasi iktidardır. Bu bakımdan devletin varlığının, tehlikelere ve fiili karşıt hareketlere karşı himayesi bir zaruretin icabıdır ve devlete devlet vasfını veren iktidar unsuru bu himayenin en önemli parçasını teşkil etmektedir. Fakat bu himaye demokrasilerde hiçbir zaman fikrin cezalandırılmasına hak vermez. (Siyasi İktidar Düzeni ve Foksiyonları Aleyhine Cürümler, Özek, 1976 baskı s.50)

Mülga 765 sayılı TCK'nın 146.(5237 sy.TCK'nın 309.) maddesi, siyasi iktidar ve anayasal düzeni himaye etmektedir. Düzen aleyhine maddi fiillerde, icra hareketlerinin mevcudiyetini aramaktadır. Siyasi iktidar düzeni aleyhindeki fiiller, mevcut müesseseseleşmiş prensiplere ve düzene karşıdır. Anayasal düzen aleyhine yapılacak bir fiil tabii olarak ideolojik prensibin de ihlali anlamını taşıyacaktır. İktidarı ele geçirmek için yapılacak bir ihtilal, hem anayasanın kabul ettiği iktidara geliş müessesesini ve hem de demokratik hayat ideolojisini ihlal etmiş olacaktır. (Özek age. s.51)

b- Suçla Korunan Hukuki Değer:

Bu suçla korunan hukuki değer millet iradesine dayanan demokratik rejimdir. (Prof. Dr. İ. Özgenç, Suç Örgütleri, 8. Bası, sy. 224) Madde gerekçesinde de, siyasal iktidarın kuruluşu ve işleyişine egemen olan ilkeleri belirleyen kurallar bütünü olarak Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzen ve bu düzene egemen olan ilkeler olarak belirtilmiştir.

c-Suçun Maddi Unsurları:

Suçun hukuki konusu: Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzen ve devletin siyasi biçimini ve kuruluşu dayandığı ideolojik esasları ifade eden temel ilkelerdir.

Fiil: Cebir ve şiddet kullanarak, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzeni ortadan kaldırmaya veya bu düzen yerine başka bir düzen getirmeye veya bu düzenin fiilen uygulanmasını önlemeye elverişli vasıtalarla teşebbüs etmektir.

Bu suçun bu amaçla kurulmuş bir örgüt faaliyeti kapsamında işlenmesi, korunan amaçlara matuf fiillerin elverişliliğinin değerlendirilmesi bakımından önem taşımakta ise de, bu hususun Türk Ceza Kanununun 309. maddesinde düzenlenen suçun unsuru olmadığı kabul edilmektedir. (Kangal s. 40, Hafizoğulları, TCK madde 302, s 509, Yard. Doç. Namık Kemal Topçu, Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar, S. 75)

Türk Ceza Kanununun 309. maddesinde yer alan amaçları gerçekleştirmeye yönelik araç suç, bu amaçları gerçekleştirmeye elverişli olmak kaydıyla icrai ya da ihmali hareketle işlenebilir. (Eren-Toroslu, Özel Hükümler, s.73, Soyaslan, Özel Hükümler, s.582, Akdoğan s.25, Akbulut s. 135, Vural-Mollamahmutoğulları, Türk Ceza Kanunu Yorumu s. 1775, Hafizoğulları, TCK madde 302, s 561, Yard. Doç. Namık Kemal Topçu, Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar, S. 91). Ancak, ihmali fiillerle bu suçun işlenebilmesi; sanığın gerçekleştirilmekte olan icrai fiiller yönünden görevi gereği önleme yükümlülüğünün mevcudiyetine, başka bir deyişle garantör sıfatının bulunmasına bağlıdır.

Cebir ve şiddet kullanılarak elverişli bir ya da eş zamanlı bir çok hareketlerle Anayasanın öngördüğü düzeni, doğrudan doğruya, tanımlanan biçimde, değiştirmeye yönelik bir fiilin icrasına başlandığı anda, suç işlenmiş, suç yolu tüketilmiş olmaktadır. (Manzini, Trattato, IV, s. 489; Fiandaca-Musco, Diritoo penale, Ps., s 11; Antolisei, Manuale, Ps., II, s, 1011; Erem, Ceza Hukuku, HH., s 78; Yaşar-Gökcan-Artunç, Ceza Kanunu, VI, s 8468., Z. Hafizoğulları-M. Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 373)

Belirli bir plan içerisinde uygulamaya konulan sistemli ve örgütlü bir bağlantı içinde organik bütünlük arz eden eylemler tehlike suçunun oluşması için yeterlidir. (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 23/11/1999 tarih, 9-274/284 karar)

Suç, bir teşebbüs suçu ise de, gerek yargısal kararlarda gerekse, doktrinde duraksamasız biçimde kabul edildiği üzere fiilin, hazırlık hareketlerinden çıkıp icra aşamasına ulaşması gerekir. Korunan değerlere matuf tehlike oluşturmaya elverişli eylemlerin bu fiil kapsamında değerlendirilmesi nedeniyle suçun bir somut tehlike suçu olduğunun kabulü gerekir.

Tipik eylemin amaç suç yönünden elverişlilik sorunu;

İşlenen araç suçun vahim eylem kabul edilmesi ve failin ayrıca amaç suçtan (TCK 309. md.) da cezalandırılabilmesi için, eylemin bireysel bir amaçla/saikle değil, yasa maddesinde belirtilen amaçları gerçekleştirmek üzere kurulmuş bir örgütün faaliyeti kapsamında ika edilmiş olması gerekmektedir.

Cezalandırılan hareket anayasal düzeni tehlikeye koyan icra hareketleridir." Diğer birçok ülkede olduğu gibi ülkemizde de devletin birliğine ve bütünlüğüne, anayasal düzenine karşı işlenen fiiller, bu amaçla kurulmuş terör örgütlerinin faaliyeti çerçevesinde işlenmektedir. Bu tür terör örgütlerinin araç fiil olarak ifade edilen ve maddede belirtilen amaçlara yönelmiş olan adi suç niteliğindeki kasten öldürme, kasten yaralama, yağma, mala zarar verme vb. fiilleri işlemelerindeki gaye; kamu düzenini bozmak, kamu otoritesini zayıflatmak, toplumda kargaşa yaratmak, toplumun şiddet yoluyla siyasallaşması ve kutuplaşmasının yolunu açmak toplumun karşı koyma gücünü felce uğratmaktır. Fail için işlenen araç



suçla ortaya çıkan somut zarar neticesi değil (yakın netice), bu fiilin toplum üzerinde meydana getirdiği etki (uzak netice) önem arz etmektedir. Fail, işlediği araç fiillerle devlet otoritesinin, ülkesinde yaşayan halkın güvenliğini koruma görevini gerçekleştirmediği, zayıfladığı ve işlerliğini yitirdiği imajını yaratmaya çalışarak devlete olan güveni sarsmayı amaçlar. Ülkede yaşanan kaos ortamı ve toplumda yaşanan korku ve endişe, yöneticilerde ve halkta istenileni vererek kaos ortamını bitirme iradesini doğurur, yöneticileri belli kararları almaya ya da politikalarını değiştirmeye zorlar ve bu da idari, siyasi, ekonomik, ve toplumsal sistem değişikliklerini sonuçlar. Bu suretle de fail, esas gayesi olan devletin birliğini ve bütünlüğünü bozma ya da anayasal düzenini değiştirme amacına ulaşmaya çalışır. (N.K. Topçu Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar Sayfa 89, 90, Dönmezer Tedhişçilik sh.56)

Söz konusu düzenlemeye esas itibarıyla cezalandırılmak istenen, amaçların gerçekleştirilmesine yönelik araç fiil ile ortaya çıkan yakın netice değil, araç fiilin işlenmesi ile suçun konusunun zarara uğraması tehlikesidir. Yasa koyucunun düzenlemenin ikinci fıkrasında amaca yönelik araç fiillerinin ayrıca cezalandırılacağını kabul etmesi de bu hususu desteklemektedir. Söz konusu düzenleme dikkate alındığında; araç fiilin işlenmesine yönelik icra hareketinin, hem zarar ya da tehlike suçu niteliğindeki araç fiilin (TCK 309/2) hem de tehlike suçu niteliğindeki amaç suçu (TCK 309/1) "fiil" unsurunu teşkil ettiği görülmektedir." (N.K. Topçu Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar Sayfa 89, 90)

Kanuni tanımında yer alan araç fiilin, suç olması gerektiğinde kuşku yoktur. Müstekar uygulamaya göre araç suçu, zarar ya da tehlike suçu (Yargıtay 9. CD 26.06.2012 T. 2012/2855-8069 sy. k, 15.01.2014 t. 2013/12441-2014/614 sy. k. 30.03.2010 t. 20098654-20103632 sy. k 09.06.2011 tarihli, 2011/4202 esas, 2011/3296 karar sayılı kararı vb.) olabilir. Ancak suç teşkil eden her fiilin de amaç suçu oluşturmak için yeterli/elverişli olmadığı açıktır. Fiilin bu niteliği taşıyıp taşımadığı ise her olayın özelliğine göre; fiilin niteliği, işleniş biçimi, işlenme zamanı, toplumda meydana getirdiği etki, ortaya çıkan zarar ve tehlikenin ağırlığı, örgütün amacı, faaliyet alanı, ülke genelindeki organik bütünlüğü gibi ölçütler değerlendirilerek takdir edilecektir. Toplumda kaos ve tedirginlik oluşturacak, devlet otoritesine olan güveni sarsacak, kamu düzenini, toplum barışını bozarak devletin anayasal düzeni bakımından somut tehlike meydana getirecek yoğunluk ve ciddiyetteki eylemlerin amaç suçu yönünden elverişli olduğu kabul edilmektedir. Gündülen amacın gereği olarak bu eylemlerin belli bir kişi ya da kitleye tevcih edilmesi gerekmez. Amaç tedhiş ortamı oluşturmak olduğuna göre hedefin muayyen veya gayrimuayyen olmasının da bir önemi yoktur.

Suçta teşebbüsün kabulü için aranan elverişli vasıtalarla cebri eylemlere başlanıp başlanmadığı araştırılırken ve vasıtanın elverişliliği takdir edilirken tek tek yapılan eylemlerle amaçlanan hedefler arasında doğrudan doğruya bağ kurmak yoluna gidilirse (mülga)TCK'nın 146. maddesinin (mer'i TCK madde 309) de hiçbir olaya uygulanamayacağı ortaya çıkar. Bu sebeple gerçekleştirilen eylemlerin ve bu eylemlerde kullanılan vasıtaların tehlikeyi doğuracak eylemin yapılmasına elverişli olup olmadığının takdiri yeterli kabul edilmiştir. (Askeri Yargıtay Daireler Kurulu, 25.03.1983 tarih 70-73 sayılı kararı)

Tipik eyleminin hazırlık hareketi aşamasında kalıp kalmadığı sorunu:

Elverişli/vahim eylemin diğer tabirle araç suçun, hazırlık hareketi aşamasından icra hareketi safhasına geçmesi, en azından teşebbüs boyutuna ulaşması, "amaçlanan sonucu doğurabilecek icra hareketi olarak belirginleşmesi gerekir." (Yargıtay CGK. 09.02.2010 t. 2009/9-103, 2010/22) Suç yolunda gerçekleştirilen hazırlık hareketlerinin tamamlanmış suç kabul edilip cezalandırılmadığı hallerde eylemin hangi şartlarda icra hareketi sayılacağı sorunu ile karşılaşılır. Sorunun çözümü bağlamında ortaya konan ve TCK'nın 35. maddesinin gerekçesinde "Eğer failin kastının şüpheye yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkmasıyla icranın başlayacağı yolundaki sübjektif ölçüt kabul edilirse, kişinin düşüncesi ve yaşam tarzı dolayısıyla cezalandırılmasına varabilecek bir uygulamaya yol açılacaktır. Çünkü hazırlık hareketleri aşamasında da kastın varlığının şüpheye yer vermeyecek biçimde tespit edilebilmesi mümkün olup, böyle bir ölçüt hazırlık-icra hareketleri ayrımı konusunu bir kanıtlama sorunu haline getirmektedir... Açıklanan bu nedenlerle, Tasarıdaki "kastı şüpheye yer bırakmayacak" ölçütü madde metninden çıkartılmış ve bunun yerine "doğrudan doğruya icraya başlama" ölçütü kabul edilmiştir. Böylece işlenmek istenen suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılması durumunda suçun icrasına başlanılmış sayılacaktır." denilmekle benimsenen, (Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, (7), s. 569-570; Centel/Zafer Çakmut, (4), s. 455; Öztürk/Erden, kn. 359; Hakeri, Ceza Hukuku, (15), s. 423 vd.; Özbek, Teşebbüs ve Kusurluluğa, s. 20.- Prof. Dr. Mahmut Koca ve Prof. Dr. İlhan Üzülmöz Türk Ceza Hukuku Genel Hükümleri s. 408) Yargıtay tarafından da uygulanagelen (Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 19.10.2010 tarih 1-153/206 sayılı kararı vb.) objektif teori- Frank formülüne göre;

Suçun kanuni tarifinde unsur veya nitelikli hal olarak belirtilmiş hareketlerin gerçekleştirilmesi halinde icra hareketlerinin başladığını kabul etmek gerekir. Gerçekleştirilen bir hareketin icra hareketi teşkil edip etmediğinin belirlenmesinde, hareketin harici olarak değerlendirilmesiyle yetinilmemeli, özellikle bu hareketin suçun konusuyla yakın bağlantı içerisinde olup olmadığı ve suçun konusu bakımından tehlikeye sebebiyet verip vermediği de araştırılmalıdır. Bir hareket kısmi olarak tipik olmasa da mahiyeti itibarıyla yapılan değerlendirmeye göre tipik harekete zorunlu olarak bağlı ise icra hareketi sayılmalıdır. (Prof. Fatih Selami Mahmutoğlu - Av Serra Karadeniz-LLM / Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri Şerhi / Sayfa 792, 793, 794, İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler Sayfa 503 ve devamı, Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel

Hükümler, (7), s. 569-570; Centel/Zafer Çakmut, (4), s. 455; Öztürk/Erdem, kn. 359; Hakeri, Ceza Hukuku, (15), s. 423 vd.; Özbek, Teşebbüs ve Kusurluluğa, s. 20.- Prof. Dr. Mahmut Koca ve Prof. Dr. İlhan Üzülmez Türk Ceza Hukuku Genel Hükümleri s. 408)

Sanığın eylemi/araç suç ile amaç suç arasında illiyet bağının bulunup bulunmadığı sorunu;

Hiç kimse, kendi hareketinin neden olmadığı bir sonuçtan sorumlu tutulamaz.

Bir neticeden dolayı sorumlu tutulabilmenin temelini, hareket ile netice arasındaki sebep-sonuç ilişkisini ifade eden nedensellik bağı oluşturur. Fail'in sorumluluğu bakımından, suçun kanuni tanımında hareketin yanı sıra neticeye yer verilmişse illiyet bağının bulunması zorunludur. Esasen illiyet bağı her neticeli suçta bulunması gereken doğal bir olay olmakla birlikte, doğa bilmi temelinde nedensellik, isnadiyet propleminin çözümünde sadece bir hareket noktası ve dış bir çerçeve oluşturabilir. Bir kimsenin davranışı nedensel olabilir ancak ona isnad edilemiyebilir, nedensel bağının varlığı faili tek başına sorumlu tutmak için yeterli değildir, ayrıca neticenen failde objektif olarak isnad edilebilmelidir.

Öğretide illiyet bağının tespitinde birçok teori ortaya atılmıştır. 765 sayılı Türk Ceza kanununun uygulandığı dönemde genel olarak kabul gören ve uygun illiyet teorisini esas alan "karma uygunluk teorisi"ne göre; neticenin isnat edilebilirliği bakımından, nedensellik bağı gerekli fakat yeterli değildir. Neticenin sanığa isnat edilebilmesi için eyleminin, neticeyi meydana getirmeye uygun ve elverişli olmasının yanında, meydana gelen neticenin failde objektif olarak isnat edilebilmesi gereklidir. Objektif isnadiyetten bahsedebilmek için netice, "failin eseri olmalıdır." Objektif isnadiyette, hareketin yapıldığı koşullara gidilir ve o anki somut koşullara göre üçüncü kişinin bilgi ve tecrübesine göre gerçekleştirilen hareketin söz konusu neticeyi oluşturmaya elverişli olup olmadığı belirlenir. Subjektif isnadiyet ise, failin iç durumu ile onun ile fiil arasındaki ilişkiyi ifade eder, failin, fiilini kast veya taksirle işleyip işlemediğinin araştırılmasını gerektirir. failin kişisel bilgisi ve tecrübesi araştırılır, objektif ve subjektif bakımdan sonucu öngörebiliyorsa yani her iki değerlendirme uyumlu ise hem nedensellik bağı hem de kusurluluk meselesi çözülmüş olacaktır. Objektif değerlendirme ile sübjektif tasavvur birbiri ile uyumlu değil ise, eğer fail objektif olarak öngörülmemiş bir neticeyi öngörmüşse nedenselliğin varlığı kabul edilecek, objektif olarak öngörülen husus sanık tarafından öngörülmemiş hareket ile netice arasındaki öngörmeme durumunda sanığın kusuru mevcut ise fail neticeden sorumlu kabul edilecek, aksi halde neticenin tahmininde sanığın kusuru yoksa cezalandırma söz konusu olmayacaktır.

20.yüzyılın ikinci yarısında geliştirilen objektif isnadiyet teorisi, şart teorisini esas almakla birlikte, şart teorisinde olduğu gibi neticeye neden olan her hareketi eşit derecede görmez, netice bakımından etkin olan bazı hareketlerin failde yüklenemeyeceği sonucuna ulaşır, keza neticeye sebebiyet veren her hareket eşit derecede değildir. Netice failde, ancak hareketin suçun konusu üzerinde hukuken tasvip edilmeyen önemli bir tehlike (veya risk) yaratması ve kendini tipik olarak neticede gerçekleştirmiş olması halinde objektif olarak yüklenebilir. Bir başka ifade ile fail, tipik neticeyi gerçekleştiren hukuken önemli bir tehlikeye ya da risk yaratmışsa, netice failde objektif olarak isnad edilebilir. Özet olarak, netice failin eseri olmalı, üçüncü kişinin veya rastlantının eseri olmamalıdır.

21.Hareket ile netice arasında nedensellik bağı bulunmalıdır.

22.Her türlü hayat tecrübesinin dışında kalan atipik bir gelişme olmamalıdır.

23.Fail olayın gelişimine egemen olabilmelidir.

24.Fail tarafından yaratılan tehlike tipte öngörülen neticede gerçekleşmiş olmalıdır.

5.Netice normun koruma alanının dışında olmamalıdır. Bu koşullarının gerçekleşmesi durumunda illiyet bağının varlığı kabul edilecektir

İlliyet bağının, örgütlü suçlar/terör örgütleri bağlamında değerlendirilmesine gelince; her halde suçun oluşması için, failin amaca yönelik işlediği vahim eylem/elverişli araç suç ile suçun konusu üzerinde meydana gelen somut tehlike arasında illiyet bağının bulunması gerekir.

Kanun koyucu, TCK'nın 20/1 maddesinde yer alan "cezaların şahsiliği" ilkesini de gözeterek örgüt mensuplarının örgütteki konumu ve fiilinin niteliğine göre ayrı ayrı suç tanımlamaları yaparak ceza adaleti bakımından dengeli bir sorumluluk rejimi belirlemiştir.

Terör örgütlerinin her kademesindeki mensuplarının, hatta yardım edenlerinin bile, örgütün "devletin birliği ve ülke bütünlüğünü bozmak ya da anayasal düzenini ortadan kaldırmak" şeklindeki nihai amacını bildiklerinde şüphe olmadığı halde, örgüte yardım eden, örgütün hiyerarşik yapısına dahil olmakla birlikte örgüt adına suç işleyen, örgütün üyesi, yöneticisi veya kurucusu olanlar arasında hiçbir ayırım yapmaksızın her eylemin amaç suç olan TCK'nın 302 ve 309.

maddelerinde düzenlenen suçlardan cezalandırılması gerekeceği gibi bir sonuca ulaşmak mümkün değildir. Yüksek Yargı tayın yerleşik uygulamaları da bu yöndedir.

### **Tipik eylemde cebirlik sorunu:**

Tipik eylem, cebir ve şiddet kullanarak, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzeni ortadan kaldırmaya veya bu düzen yerine başka bir düzen getirmeye veya bu düzenin fiilen uygulanmasını önlemeye elverişli vasıtalarla teşebbüs etmektir.

Görüldüğü üzere, cebir ve şiddet bu suçun unsurunu oluşturmaktadır. Bu nedenle Anayasal düzenin değiştirilmesine yönelik teşebbüsün ancak cebir ve şiddet kullanılarak, yani bireylerin iradeleri zorlanmak suretiyle ifsat edilerek gerçekleştirilmesi gerekir.

Kanunun aradığı cebirlikten maksadın fiziki/maddi cebir olduğu açıktır.

Fiziki güce dayanan elverişli ve cebri eylemin, Anayasayı ihlal/Hükûmeti ortadan kaldırmaya veya görevlerini yapmasını kısmen veya tamamen engellemeye teşebbüs etmek suçunu oluşturacağı konusunda Fransız, İtalyan, Alman, Türk hukukunda hiçbir hukukçunun itirazı yoktur. (Prof. Dr. Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Güncelleştirilmiş 11.Baskı Syf. 779, 780, 781, 782)

Amaç suç yönünden elverişli/vahim olduğu takdirde, silahlı bir örgütün veya silahlı kuvvetlere mensup unsurların Türkiye Büyük Millet Meclisi'ni, Cumhurbaşkanlığı'nı ya da benzer kurumları kuşatması halinde silah kullansın ya da kullanmasın fiziki cebir mevcudiyetinde tereddüt edilemez. Harpte ülkeyi korumak veya gereğinde siyasi iktidarın inisiyatifıyla kamu düzenini sağlamak amacıyla verilen devlete ait silah, tank ve uçağın kanuna aykırı bir şekilde, Anayasal düzeni yıkmak amacıyla kullanılması halinde tipik eylem gerçekleşmiş olacaktır.

Müşnet suçun, devlete ait kamu gücünün kullanılması suretiyle işlenmesi olarak ifade edilen "manevi cebir"le işlenip işlenemeyeceğine gelince; Doktrininde Özek, Erem, Toroslu ve Soyaslan. (Prof. Dr. Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Güncelleştirilmiş 11.Baskı Syf. 779, 780, 781, 782) tarafından benimsenen görüşe göre; cebir, mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 146. maddesindeki suçun "müstakil bir maddi unsur"unu oluşturmamaktadır. Suçun oluşumu için "failin hukuka aykırı usullere veya cebre matuf bir iradesinin mevcudiyeti" yeterli olacaktır. Bu fikre göre cebir "faildeki kusurlu iradede de mevcut bulunabilir". "Mülga 765 sy. TCK'nın 146. maddesinin cezalandırmak istediği husus, Anayasa iradesine aykırı iradelerdir. Buna göre, "Anayasa iradesine aykırı, netice olarak, hukuka aykırı bulunan her türlü vasıta ve usul cebir unsuruna dahil olmak gerekir." Mesela Anayasanın 4. maddesine göre devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki Anayasa hükmü ile laiklik ve demokratik olma gibi cumhuriyetin niteliklerinin ayrıca resmi dilin Türkçe olduğuna dair Anayasa hükmü değiştirilemez, değiştirilmesi dahi teklif edilemez. Anayasadaki bu hükümlerin değiştirilmesine yönelik olarak bir milletvekili tarafından Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne bir kanun teklifi verilmesi 146. maddedeki suçu oluşturmayacaktır. Ancak bu değişiklik teklifinin "gündeme alınarak meclis müzakerelerine konu yapılması, 146. maddeyi ihlal edecek bir icra hareketi olur."

Bu görüşe göre, suçun oluşması için cebir bilfiil tahakkuk etmesine de gerek yoktur. Suçun oluşabilmesi için "failin gayri hukuki vasıtalarla neticeye erişmek hususundaki kastının mevcudiyeti yeterlidir". Hatta kastın varlığını tespit için "objektif bir takım emarelerin, maddi delillerin mevcudiyeti dahi şart değildir". Daha da ileri gidilerek, anayasal düzeni değiştirmek hususundaki "gayeye erişilmesi için cebir mevcudiyeti veya düşünülmesi dahi gerekli görülmemiştir". Gayenin tahakkukunu engelleyebilecek reaksiyonları kırmak için kullanılacak hukuka aykırı usuller dahi yeterli sayılmaktadır.

Cebir kavramını bu şekilde geniş yorumlayan anlayışa göre; Anayasada öngörülmüş olan usule riayet etmeksizin bir anayasa veya kanun değişikliğinin yapılması teşebbüsünde bulunulması dahi, mülga 765 sayılı TCK'nın 146. maddesindeki suçu oluşturacaktır. Anayasal düzeni değiştirmek için başvurulmuş yolun Anayasada öngörülen usul ve esaslara aykırı olması, söz konusu suçun oluşumu açısından yeterli görülmektedir. Keza, "Anayasaya aykırılığı açık olan bir kanunun meclisçe çıkarılması da" 146. maddedeki suçu oluşturmaktadır. Bu anlayışa göre, 146. madde kapsamında düzenlenen suç, "görevin suistimali, yetki gaspı, hile, keyfi işlemler" yolu ile işlenebilir.

Bu görüşte olan yazarlardan Soyaslan, Anayasal düzeni değiştirmeye cebren teşebbüs suçunun ihmali bir davranışla da gerçekleşebileceği düşüncesindedir. Yazara göre, "Cumhurbaşkanının Anayasaya alenen aykırılığı sabit olan bir kanuna karşı Anayasa Mahkemesine gitmeyişi bu suçun ihmali suretiyle icra yoluyla işlenişinin tipik" örneğidir. (İzzet Özgenç, Suç Örgütleri, 8. Baskı, Syf. 228, 229, 230, 231)

Doktrinde Prof. Dr. Doğan Soyaslan karşılaştırmalı hukuk açısından durumun, Fransız ve Alman hukukçuları için tartışmalı, İtalyan hukuku için tartışmasız olduğunu, Alman hukukunda Merkel, Haelshner, Von Liszt'in cebir şiddet

terimini maddi cebir, Binding'in hukuka aykırılık olarak; Frank, Köhler, Von Calker'in tehdidin şiddetle yapılması olarak tanımlandığını (Ceza Hukuku Özel Hükümler, Güncelleştirilmiş 11. Baskı Syf. 779, 780, 781, 782) nakletmektedir.

Ancak mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 146. maddesinin kaynağını oluşturan 1889 İtalyan Ceza Kanununun 118. maddesi, 146. madde de olduğu gibi cebir (Violentemente) unsurunu taşımaktaydı. Ancak, 1930 Faşist İtalyan Ceza Kanununun aynı konuyu düzenleyen 283. maddesinde, suç tanımından cebir unsuru çıkarılmıştır. Faşizmin etkisiyle kaleme alınan bu 283. madde, bilahare 11.11.1947 tarihinde yeniden değiştirilerek, suç tanımında tekrar cebir unsuruna yer verilmiştir. (Madde gerekçesinden)

5237 sayılı TCK'nın hazırlık çalışmaları sürecinde de Hükümet Tasarısının anayasayı ihlal suçunu düzenleyen 363. maddesinin "koruyucu doktrin"in benimsediği görüş doğrultusunda şu şekilde formüle edildiği görülmektedir;

Madde 363- Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının hükümlerine aykırı olarak ve Anayasanın müsaade etmediği usullerle Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzeni ortadan kaldırmaya veya bu düzen yerine başka bir düzen getirmeye veya bu düzenin fiilen uygulanmasını önlemeye teşebbüs edenler ağırlaştırılmış müebbet hapis ceza ile cezalandırılırlar.

Madde gerekçesi ise şöyledir:

"Anayasanın müsaade ettiği usul ve yollarla Anayasa düzenine aykırı bir netice doğduğunda Anayasa Mahkemesine başvurulmak suretiyle düzeltilmesi mümkün olan bu hallerin suç oluşturmayaacağı göz önüne alınarak, yürürlükteki maddedeki (cebir) unsuru yerine (Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının hükümlerine aykırı olarak ve Anayasanın müsaade etmediği usullerle) ibaresi kullanılmış, böylece cebri de içine alan hukuka ve kanuna aykırı her türlü yollar ifade edilmiştir. Bu suretle ayrıca cebir unsurunun var olup olmadığı, maddi ve manevi cebir gibi, 27 Mayıs 1960'dan sonra ortaya çıkan tartışmaların da giderilmesi arzulanmıştır"

Ancak Meclis çalışmaları sırasında bu görüşten vazgeçilerek yasa metninde açıkça "cebir ve şiddet" unsuruna yer verilmiş, cebrin de fiziki/maddi cebir olduğu gerekçede açıklığa kavuşturulmuştur.

Manevi cebir kavramı, me'haz kanun bakımından Faşizmin, Türk Ceza Hukuku yönünden ise meşru siyasi iktidarın yargılanmasına gerekçe arayan 27 Mayıs 1960 darbesinden sonra o gün iktidarda olanları yargılamak amacıyla kurulan Yüksek Adalet Divanı'nın eseridir. (Bknz. madde gerekçesi ve Prof. Dr. Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Güncelleştirilmiş 11. Baskı Syf. 779, 780, 781, 782) Bu nedenledir ki, özgürlükçü çağdaş demokratik hukuk devletinde bu görüşün savunulabilir bir tarafı yoktur.

Fail ve Mağdur: Bu suçun faili yöneten/yönetilen herkes olabilir. Suçun mağduru ise, demokratik toplumu oluşturan her bir ferttir.

Bu suçun işlenmesi için önceden oluşturulmuş bir çete veya örgütün varlığı zorunlu değildir. Maddede "teşebbüs edenler" denilmiş olduğundan, suçun işlenmesi bakımından şahıs itibariyle ayırım yapılmadığı, korunan değeri zorla ihlal eden bir kimsenin konumuna bakılmaksızın bu suçun faili olabileceği görülmektedir. (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 07/07/1998 tarih, 9-187/272 karar)

Bu suçun, bu amaçla kurulmuş örgütün faaliyeti çerçevesinde, örgütün kurucusu, yöneticisi, üyesi ve üyesi olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen bir kişi tarafından da işlenmesi mümkündür (Yargıtay 9. Ceza Dairesi 07/11/2014 tarih, 5688-11080 sayılı kararı). TCK'nın 220/5. maddesinde yer alan düzenleme nedeniyle, örgüt yöneticisinin bu suçun faili olması bakımından elverişli fiilleri bizzat işlemesi zorunlu değildir.

Suçun Manevi Unsuru: Suç, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzeni ortadan kaldırmak, bu düzen yerine başka bir düzen getirmek veya bu düzenin fiilen uygulanmasını önlemek amacına matuf doğrudan genel kast ile işlenebilen bir suçtur.

Suçta teşebbüs sorunu: Bu suç, düzenleniş itibariyle teşebbüs suçu olduğundan niteliği gereği teşebbüs mümkün değildir.

İçtima sorunu: Araç fiilin işlenmesine yönelik icra hareketi, hem araç suçun hem de tehlike suçu niteliğindeki amaç suçun icra hareketini oluşturduğundan sanık hukuki anlamda tek bir fiil ile kanunun birden fazla hükmünü ihlal etmekle, Türk Ceza Kanununun 44. maddesinin uygulanması gerekmekte ise de, TCK'nın 309/2. maddesindeki düzenleme, fikri içtima kurumunun uygulanmasının önlenmesine getirilen bir düzenleme olduğundan araç ve amaç suçları yönünden her olayda kural olarak gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır.

Türk Ceza Kanununun 311. maddesinin gerekçesi de gözetildiğinde bu suçun işlenmesi sırasında kasten öldürme, nitelikli yaralama veya kamu mallarına zarar verme gibi suçların işlenmesi halinde amaç suç yanında ayrıca bu suçlardan

da cezaya hükmolunacaktır. Ancak, suçun unsuru olarak sayılan "cebir ve şiddet" in basit hallerinin işlendiği araç suçlar yönünden, cezalandırılan amaç suçla birlikte ayrıca mahkumiyet hükmü kurulamayacaktır.

Araç suçlar bakımından içtimaya ilişkin genel hükümlerin uygulanması mümkündür. Hukuki ve fiili kesintiye kadar gerçekleştirilen birden fazla araç suç için bir kez Anayasayı ihlal suçu oluşur.

Anayasayı ihlal suçunun, aynı anda yasama organına karşı ve hükümete karşı suçla birlikte işlenmesi halinde her bir suçtan ayrı ayrı cezalandırma yoluna gidilip gidilemeyeceği hususuna gelince;

Türk Ceza Kanununun 311. maddesinin gerekçesinde; "Anayasayı ihlal suçu, Anayasa düzenine hakim olan ve sistemleri koruma amacını güderken; bu madde, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin egemenlik unsurunun oluşturduğu üç güçten birini ve yasama gücünü oluşturan Türkiye Büyük Millet Meclisinin, Anayasa kurallarına uygun bir biçimde görevlerini yerine getirilebilmesi yeteneğini korumaktadır.

Anayasa düzenini ortadan kaldırmaya veya bu düzen yerine başka bir düzen getirme veya bu düzenin fiilen uygulanmasını önleme amacını gerçekleştirmek için Türkiye Büyük Millet Meclisine yönelen saldırılar, Anayasayı ihlal suçunu oluşturur. Bu madde kapsamında tanımlanan suç, bu amaçlar dışında Türkiye Büyük Millet Meclisinin Anayasaya uygun bir şekilde görevlerini yerine getirmesini engelleme hallerinde oluşacaktır." denilerek konuya yeterince açıklık getirilmiştir. Bu nedenle, aynı hukuki değerleri koruyan ve kapsamı itibariyle eylemlerin haksızlık muhtevasını tamamen ortadan kaldıran Anayasayı ihlal suçunun tüm unsurlarıyla gerçekleştiği durumlarda sanıkların ayrıca, Türk Ceza Kanununun 311. ve 312. maddelerinde düzenlenen suçlardan cezalandırılmaları cihetine gidilemeyecektir.

765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemdeki uygulama ve doktrindeki görüşler de bu doğrultudadır. "...Askeri bir hükümet darbesi halinde parlamentoyu

fesh eden ve parlementer sisteme son veren hareket; Anayasayı ihlal etmiş ve Meclisin fonksiyonunu engellemiş olacaktır. Kanaatimizce bu durumda faile tek ceza vermek gereklidir. Zira fail parlamentonun fonksiyonuna tecavüz ederken gaye olarak Anayasayı ihlali göz önünde bulundurmaktadır. Bu durumda parlamentoya karşı fiil, Anayasaya karşı fiilin icrai hareketi olmaktadır. Anayasaya karşı fiilin cezalandırılması için icra hareketine başlanması kafi olduğuna göre, meclislere karşı bir fiilin belirli maksatla yapılması halinde, failin tamamlanmış bir suç varmış gibi Anayasayı ihlalden cezalandırılması icap edecektir. Bu durumda ortaya müterakki bir suç çıkmaktadır. ...Meclislere karşı fiil, Anayasayı ihlal suçunun icra hareketini teşkil etmesi yönünden faile tek ceza verilmesi gereklidir. Aynı sonucu icra organına karşı işlenebilen 147 ve 149. maddeler (5237 TCK 312, 313 m.) bakımından da varmak gereklidir." (Özek, age 1967 İst. bs. s. 160)

### **İştirak sorunu:**

Genel olarak suça iştirak:

Bir tek kişi tarafından işlenebilen bir suç, birden fazla kimseler tarafından önceden işbirliği yapmaları sonucunda gerçekleştirilebilmesi halinde, failer arasında iştirakin varlığından sözedilir ve bu surette işlenen suçlara iştirak halinde işlenen suçlar adı verilir. (Dönmez/ Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, 1981 bsk. Cilt II s.543,544)

Birden fazla faillerden her birinin hareketi tipe uygunsa, işlenen suçun cezası ile cezalandırılmaları bir sorun teşkil etmez, ancak suçta kanunilik ilkesi gereği, tipe uygun olmayan suçun meydana gelmesi bakımından nedensellik değeri taşıyan hareketi yapanların sorumlu tutulabilmeleri iştirak kuralları ile mümkündür. Bu bakımdan iştirak hükümlerinin sorumluluk alanını genişlettiği söylenebilecektir.

765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde suça iştirak, asli ve fer-i iştirak olarak ikili ayrıma tabi tutulmuş, bu iştirak şekilleri arasında ayırım yapılırken uygulama ve doktrinde farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu benzer nitelikteki bazı kararlarda; "suça asli olarak iştirak etmek ile fer'i şekilde katılma arasındaki kriterler belirlenirken; suçu doğrudan doğruya beraber işleyenlerle, fer'i maddi failerin durumları sıklık birbirine karıştırılmaktadır. Esas itibariyle suçu doğrudan doğruya birlikte işleyen failerin hareketleri ne suçun unsuru, ne de şiddet sebebi olmayıp fer'i niteliktedirler. Fakat maddi şekilleri, suçun icrası ile aynı oluşları ve suçun icrasında birinci derecede etkili bulunuşları nedeniyle bu hareketleri gerçekleştirenler asli fail olarak kabul edilmişlerdir. Fer'i iştirakte ise suça ikinci derece katılma söz konusu olup, asli maddi failin suç teşkil eden hareketleri ile yardımcı durumundaki fer'i failin hareketleri arasında bir bağlantı vardır." (CGK, 23/11/1981 gün ve 214-385 sayılı kararı) bu duruma vurgu yaparak, ayırıcı kriterler getirmiştir

Genel Kurul eski ve yeni ceza yasasındaki iştiraka ilişkin hükümleri karşılaştırırken, "Fer'i faillik halleri yasa metninde tek tek sayılmıştır. Yasaya göre, suçun işlenmesinde asli maddi faile vasıta tedarik etmek ve suçun işlenmesini kolaylaştırıcı

yardımda bulunmak fer'i fail olarak cezalandırılmayı gerektirmektedir. Bu anlamda destekleme (müzaheret) ve yardım (muavenet) suçun icrasını kolaylaştırıcı hareketler yapmak şeklinde anlaşılmalıdır. Yeni yapılan düzenleme ile

suçun işlenmesini sağlayan hareket üzerinde hakimiyet kuran herkes fail sayılabilecektir. Hareket üzerinde hakimiyet kurmak birlikte irtikap etme şeklinde gerçekleşebileceği gibi zımnî veya açık bir işbölümüne dayalı olarak hareketi birlikte gerçekleştirmeyi de kapsayabilir. Fakat bir başkasının bu hakereti yapması için gereken ortamı hazırlayanlardan herbirisi de fail sayılabilecektir. "(CGK 20/01/2009 gün 1/232-2 sayılı kararı) sonucuna ulaşmıştır.

765 sayılı Yasada suça asli iştirak ve ferî iştirak ayrımının ortaya çıkardığı sorunların giderilmesi için iştiraka ilişkin hükümet tasarısında yer alan önceki hükümlere paralel düzenleme, Meclis çalışmaları sırasında tasarıdan çıkarılarak sistemin sadeleştirildiği, fail'in işlenen işlenen fiile katkısına göre sorumluluk statüsü belirleneceği madde gerekçesinde aşağıdaki şekilde ifade edilmiştir.

"MADDE 37.— 765 sayılı Türk Ceza Kanununda "asli" ve "ferî iştirak" ayrımı kabul edilmiştir. "Asli iştirak", "asli maddî iştirak" ve "asli manevî iştirak" olarak ikiye ayrılmıştır. Bu ayırmada "fiili irtikap etme" ve "doğrudan doğruya beraber işleme", "asli maddî iştirak" şekilleri olarak öngörülmüştür. Buna karşılık azmettirme, "asli manevî fail" olmayı gerektirmektedir. Tek tek sayılmak suretiyle belirlenen "ferî iştirak" hâllerinde ise, cezanın indirilmesi gerekirken, "zorunlu fer'i iştirak"ın "asli iştirak" olarak cezalandırılması öngörülmüştür.

Bu sistemin en önemli sakıncası, kişinin suçun işlenişine katkısının, gerçekleştirilen suçun bütünlüğü içerisinde değil, ondan bağımsız olarak ele alınmasıdır. Örneğin bir işyerinde işlenen silâhlı yağma suçunda, dışarıda gözcülük yapan kişinin fiili yağma suçunun bütününden bağımsız olarak değerlendirilmektedir. Bu nedenle, gözcülük yapan uygulamada bazen "asli fail" bazen "fer'i fail" olarak sorumlu tutulmaktadır. Bu sistemde, suçun işlenişine iştirak eden kişilerin çoğu zaman "asli fail" olarak mı yoksa "fer'i fail" olarak mı sorumluluğu gerektirdiği duraksamaya yer vermeyecek bir biçimde saptanamamaktadır. Halbuki, örnek olayda gözcülük yapma fiilinin diğer kişilerle birlikte işlenen yağma suçunun gerçekleşmesine olan etkisi bir bütün olarak değerlendirildiğinde; gözcülük yapan kişinin de diğer suç ortaklarıyla birlikte suçun işlenişinde ortak hâkimiyet kurduğu sonucuna ulaşılır. Bu durumda ise gözcülük yapan kişinin de fail olarak sorumlu tutulması gerekir.

Hükümet Tasarısında da benimsenen "asli iştirak", "ferî iştirak" ayrımının adil ve eşit olmayan bir cezalandırmayı sonuçlaması ve uygulamada zorluk ve duraksamalara neden olması dolayısıyla, bu ayrımı esas alan düzenleme tasarıdan çıkarılmıştır. Yeni yapılan düzenlemeyle, iştirak şekilleri, fiilin işlenişinde kurulan hâkimiyet ölçü alınarak belirlenecektir. Bu sistemde birer sorumluluk statüsü olarak öngörülen iştirak şekilleri ise, faillik, azmettirme ve yardım etmeden ibarettir.

Yeniden düzenlenen maddenin birinci fıkrasına göre suçun kanuni tanımında öngörülen fiili gerçekleştirilen kişi fail olup; suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi durumunda, bu kişilerin her biri müşterek fail olarak sorumlu tutulacaklardır.

Müşterek faillikte, birlikte suç işleme kararının yanı sıra, fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurulduğu için, her bir suç ortağı fail statüsündedir. Ortak hâkimiyetin kurulup kurulmadığının saptanmasında suç ortaklarının suçun icrasındaki rolleri ve

katkılarının taşıdığı önem göz önünde bulundurulur. Bu durumda, fiilin icrası veya sonuçsuz kalması ortak faillerden her birinin elinde bulunmaktadır. Örneğin suç ortaklarından birinin cebir veya tehdit kullanarak mağduru etkisiz hâle getirdiği, diğerinin de üzerindeki para ve sair kıymetli eşyayı aldığı yağma suçunda her iki suç ortağının suçun işlenişine yaptıkları katkı, suçun icrası açısından birbirini tamamlayıcı niteliktedir. Dolayısıyla, her iki suç ortağı, suçun işlenişinde ortak bir hâkimiyet kurmaktadır.

Suç ortaklarının iştirak katkılarının karşılıklı olarak birbirlerini tamamlamadığı durumlarda da müşterek faillik mümkündür. Bazı hâllerde failler, her biri suçun kanuni tanımındaki bütün unsurları tek başına gerçekleştirmek üzere, bir anlaşmaya varabilir. Örneğin bir kişiyi öldürmek için aralarında anlaşmış olan beş kişi, amacın gerçekleşme ihtimalini daha da yükseltmek için, aynı anda mağdurun üzerine ateş ederler. Ateşlenen mermilerden bir kısmı mağdura isabet eder, bir kısmı ise etmez. Bu örnek olayda bütün suç ortakları ortak bir suç işleme kararına dayanarak birlikte hareket etmektedirler. Bu beş suç ortağının ateşlediği mermilerden sadece bir tanesinin mağdura isabet edip ölümüne neden olması hâlinde dahi, tamamlanmış kasten adam öldürme suçundan dolayı bu kişilerden her biri müşterek fail olarak sorumlu tutulacaktır.

Müşterek faillik bakımından zorunlu diğer bir koşul, failler arasında birlikte suç işleme kararının varlığıdır. Belli bir hareketin icrasına ve neticenin meydana gelmesine ilişkin olan birlikte suç işleme kararı, kast kapsamında düşünülmelidir. Suç ortaklarının suçun işlenişine ilişkin kastlarının doğrudan veya olası kast gibi farklılık göstermesinin, müşterek fail olarak sorumlulukları üzerinde bir etkisi yoktur.

Bir suçun failine, onun haberi olmaksızın, tek taraflı iradeyle, suçun işlenmesine başlamadan önce veya suçun icrası sırasında yardım edilmesi hâlinde, müşterek fail olarak değil, yardım eden olarak sorumlu tutulmak gerekir."

Madde gerekçesinde de açıklandığı üzere 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda suça iştirak düzenlenirken faillik ve şeriklik ayırımı öngörülmüş, azmettirme ve yardım etme şeriklik kavramı içinde değerlendirilmiştir. TCK'nın 37. maddesindeki; "(1) Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur. (2) Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur. Kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası, üçte birden yarısına kadar artırılır" şeklindeki hüküm ile maddenin birinci fıkrasında müşterek faillik, ikinci fıkrasında ise dolaylı faillik düzenlenmiştir.

Kanunda suç olarak tanımlanan fiilin, birden fazla suç ortağı tarafından iştirak halinde gerçekleştirilmesi durumunda TCK'nın 37/1. maddesinde düzenlenen müşterek faillik söz konusu olacaktır.

Öğretideki görüşler ve yerleşik içtihadlar ve Dairemizce de benimsenen Genel Kurul kararına göre;

Müşterek fail olarak kabul için, failer arasında birlikte suç işleme kararının yanında, suçun işlenişi üzerinde birlikte hâkimiyet kurulmalıdır. Müşterek hakimiyetin tespitinde, suç ortaklarının suçun icrasında üstlendikleri rolleri ve fiilin gerçekleştirilmesine sağladıkları katkı ile fiilin başarı ile tamamlanması açısından önemli bir fonksiyon icra edip etmediği dikkate alınmalıdır.

"Müşterek faillikte, birlikte suç işleme kararının yanı sıra fiil üzerinde ortak hakimiyet kurulduğu için her bir suç ortağı "fail" konumundadır. Müşterek faillik; suçun icrai hareketlerinin birlikte gerçekleştirilmesidir. Fiil üzerinde ortak hakimiyetin kurulup kurulmadığının belirlenmesinde suç ortaklarının suçun icrasında üstlendikleri rolleri ve katkılarının taşıdığı önem göz önünde bulundurulmalıdır. Suç ortaklarının, suçun işlenmesinde yaptıkları katkının, diğerinin fiilini tamamladığı durumlarda da müşterek faillik söz konusu olacaktır. Buna göre her müşterek fail, suçun icrasına ilişkin etkin, fonksiyonel bir katkıda bulunmaktadır. Fiilin başarı ile tamamlanması açısından yapılan iş bölümü doğrultusunda bizzat fiili icra etmeyen diğer kişinin katkısı önemli bir fonksiyon icra etmişse, bu kişi de müşterek faildir." (CGK 10/05/2011 gün ve 1/59-85 sayılı kararı)

Müşterek failliğin zorunlu diğer şartı, müşterek failer arasında birlikte suç işleme kararının varlığıdır. Bu karar belli bir hareketin icrasına ve neticenin meydana gelmesine ilişkin olmalıdır. Müşterek suç işleme kararı kast içinde mütalaa edilmelidir. Suç ortaklarının suçun işlenişine ilişkin kastlarının farklılık arz etmesi (doğrudan kast veya olası kast) müşterek fail olarak sorumlu tutulmalarını engellemez.

Fiil üzerindeki fonksiyonel hakimiyet, müşterek failer arasında üzerinde anlaşmaya varılmış bir suç planının varlığını gerekli kılmaktadır. (Özgenç, age syf 501)

Suçun işlenişine katkıda bulunanların müşterek fail sayılabilmesi için mutlaka suçun işlendiği yerde olması gerekli değildir. Olay mahallinde bulunmamakla birlikte uzaktan suçun birlikte işlenişini etkileyen önemli bir katkıda bulunulması halinde müşterek faillik söz konusu olur. Uzak bir pozisyondan olay yerinde etkili bir konumda olan fail telefon ve telsiz gibi iletişim araçlarıyla koordine eden veya suçun işlenişinde anında telefonla talimat veren kişi de bizzat müşterek faildir (Roxin, 2 s. 25, kn 200 Atfen, Koca -Üzülmez age.440 syf; Özgenç,Gazi şerhi,genel hükümler,3. baskı,s493).

Bir suçun işlenişine katılan, fakat gerçekleştirmiş olduğu katkı ile suçun kanuni tanımında yer alan fiil üzerinde hakimiyet kuramayanlara şerik denmektedir. (Üzülmez/Koca, age 6. baskı s.444)

Şerikliğin bir şekli olan "Yardım etme" ise; 5237 sayılı TCK'nın 39. maddesinde; "(1) Suçun işlenmesine yardım eden kişiye, işlenen suçun ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirmesi hâlinde, onbeş yıldan yirmi yıla; müebbet hapis cezasını gerektirmesi hâlinde, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hâllerde cezanın yarısı indirilir. Ancak, bu durumda verilecek ceza sekiz yılı geçemez.

(2)Aşağıdaki hâllerde kişi işlenen suçtan dolayı yardım eden sıfatıyla sorumlu olur:

aa-Suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek.

bb-Suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak.

cc-Suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak" şeklinde, seçimli hareketlere yer verilmiştir.

Bağlılık kuralı da aynı Kanunun 40. maddesinde;

"(1) Suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir. Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır.

(2) Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur.

(3) Suça iştirakten dolayı sorumlu tutulabilmek için ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir" biçiminde düzenlenmiştir.

Suçun icrasına iştirak etmekle birlikte, işlenişine bulunduğu katkının niteliği gereği kanuni tanımdaki fiili gerçekleştirmeyen diğer suç ortaklarına "şerik" denilmekte olup, 5237 sayılı TCK'da şeriklik, azmettirme ve yardım etme olarak iki farklı şekilde düzenlenmiştir. Buna göre, kanuni tanımdaki fiili gerçekleştirmeyen veya özel faillik vasfını taşımadığı için fail olamayan bir suç ortağı, gerçekleşen fiilden 5237 sayılı Kanununun 40. maddesinde düzenlenen bağlılık kuralı uyarınca sorumlu olmaktadır.

TCK'nın 39/2. maddesindeki düzenlemeye göre, yardım etme; maddi yardım ve manevi yardım olarak ikiye ayrılmaktadır.

1- Bir suçun işlenmesine maddi yardımda bulunma çok çeşitli şekillerde ortaya çıkmakla birlikte anılan maddede maddi yardım;

aa)Suçun işlenmesinde kullanılan araçları temin etmek,

bb)Suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında maddi yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak olarak sayılmış,

2- Manevi yardım ise;

1.aa) Suç işlemeye teşvik etmek,

2.bb) Suç işleme kararını kuvvetlendirmek,

cc)Suçun işlenmesinden sonra yardımda bulunmayı vaad etmek,

dd)Suçun nasıl işleneceği konusunda yol göstermek şeklinde belirtilmiştir.

Suçta iştirak şekillerinden olan faillik ile yardım etme şeklinde gerçekleşen şeriklik arasındaki önemli farklardan biriside, suç işlenmezden önce alınan birlikte suç işleme kararı önem arz etmektedir. "Mağdur Mustafa'nın cep telefonlarını yağmalama eylemleri sırasında mağdura yönelik herhangi bir davranışta bulunmamaları ve olay öncesinde yağma suçunu işleme konusunda aralarında anlaştıkları yolunda bir kanıtın olmaması gibi hususlar, tüm dosya içeriği birlikte değerlendirildiğinde, birlikte suç işleme kararının olmaması ve fiil üzerinde ortak hakimiyet kurulmaması nedeniyle sanıkların TCK'nın 37/1. maddesi kapsamında müşterek fail olarak kabulü olanaklı değildir..." Suçu icra eden sanıkların yanlarında bulunmaları, yağma eylemin gerçekleştiren sanıkların bu eylemlerine taraftar olmadıklarını gösterecek şekilde engelleyici bir söz söylememeleri ve bu yönde bir davranışta bulunmamaları, aksine olayın başından itibaren sanıkların yanında yer almaları gözönüne alındığında suçun işlenmesinden önce ve işlenmesi sırasında suçun icrası kolaylaştırmak suretiyle yardım ettiklerinden TCK'nın 39/2-c. maddesi gereğince sorumlu tutulmaları gereklidir. (CGK 17/05/2011 gün, 6/76-100 sayılı Kararı)

Suçun icrası açısından müstakil bir fonksiyonu olmayan bir katkıda bulunması halinde , müşterek hakimiyetten bahsedilemez, Müşterek faillik için, suçun icrası aşamasında bulunsun bile , bir iştirak katkısı, suçun işlenişine açısından bir önemi haiz olmalıdır; başka bir ifadeyle, suç ortakları arasında işbölümü gereğince suçun icrası üzerinde müessir, fonksiyonel bir hakimiyet kurulmasını sağlayacak ağırlıkta olmalıdır. (Özgenç,age,s 494)

Anayasal düzene karşı işlenen suça iştirakten sorumlu tutulabilmek için, eylemin icrai hareketlerine başlanılmış olması gereklidir. Bu konuda öğretide; "İfade etmek gerekir ki; hazırlık hareketleriyle suç teşkil eden fiil üzerinde hakimiyet kurulamaz. Müşterek faillik için aranan fiili hakimiyetin tespitinde, ilk önce kanunda tanımı yapılan muayyen fiil göz önünde bulundurmaya gerekecektir. Bu itibarla suçun işlenişine bulunan katkı, kanunda tanımlanan tipik hareketlere uymayıp, nitelik itibariyle hazırlık hareketi mahiyetinde ise; ilgili suç ortağının müşterek fail olarak değil, ancak yardım eden olarak sorumlu tutulmaması gerekecektir. Hazırlık hareketi mahiyetinde bir katkıda bulunmakla suçun işlenişine iştirak eden kişi fiilin işlenişine müşterek bir hakimiyet kuramamaktadır. Daha ziyade suçun işlenmesini, bilahare suçun icrai hareketlerini gerçekleştirecek suç ortağına/ortaklarına havale etmektedir. Bu nedenle, söz konusu suç ortağı, suçun icrai hareketlerini gerçekleştiren suç ortağına/ortaklarına bağımlı hale gelmektedir. Halbuki müşterek faillikte bütün suç ortakları, aralarındaki müşterek iş bölümüne dayanarak suçun icrasını gerçekleştirebilmektedirler. Bu ortak iş bölümü



gereğince, suçun icrası bütün müşterek faillerin katılımına bağlıdır. Öyle ki, bunlardan bir tanesi kendisine düşen görevi gerçekleştirmediği takdirde bütün plan akamete uğrayacaktır." (Özgenç,age,s 499)

Kişinin eyleminin, bir suça katılma aşamasına ulaşıp ulaşmadığı, ulaşmışsa da suça katılma düzeyinin belirlenmesi için, eylemin bir aşamasındaki durumu değil, eylemin yapılması için verilen kararın, bu kararın icra ediliş biçiminin, olay öncesi, sırası ve sonraki davranışların da dikkate alınıp, tüm delillerin birlikte değerlendirilmesi gerekir. Zira "yardım etme" yi müşterek faillikten ayıran en önemli unsur, kişinin suçun işleniş sırasında fiil üzerinde ortak hakimiyetinin bulunmamasıdır. (Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 2014/İ-558-480 sayılı kararı).

### **Örgütlü suçlarda iştirak:**

Örgüt kurma suçu çok failli bir suçtur. Suçun oluşumu için en az üç kişinin bir araya gelmesi zorunludur.

Suçta iştirakten bahsedebilmek için de birden fazla kişiye ihtiyaç vardır. Bir suçun icrasına iştirak eden suç ortaklarının, suçun işlenişine buldukları katkılar göz önünde bulundurularak sorumluluk statüleri belirlenir.

Örgüt kurma suçunun iştirakten farkı, örgütün devamlılığı ve belirlenmemiş sayıda suç işlemek amacıyla bir birleşmenin söz konusu olmasıdır. Suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir. Suçun işlenişine iştirak eden her fail diğerlerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır.

TCK'nın 220/5. maddesinde, "Örgüt yöneticileri, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılır." denilerek örgüt yöneticileri hakkında özel faillik düzenlemesi ile TCK'nın 20. maddesindeki "ceza sorumluluğunun şahsiliği" ve faillik bakımından "fiil üzerinde müşterek hakimiyet kurma" ilkelerine istisna getirilmiştir.

Faillik, birlikte suç işleme kararı yanında, fiil üzerinde ortak hakimiyet kurmayı da gerektirir. Zira örgütlü suçlarda nihai amaçta birleşme nedeniyle birlikte suç işleme kararının varlığı kabul edilse dahi fiil üzerinde müşterek hakimiyet kurulmadığından, gerçekleşen suçlar bakımından örgüt yöneticileri dışında kalan örgüt mensuplarının, örgüt faaliyeti kapsamında işlenen her suç yönünden müşterek fail olarak sorumlu tutulamayacağına tereddüt yoktur.

TCK'nın 39. maddesinde düzenlenen suça iştirak kapsamındaki yardım etme ile aynı kanunun 220/7 maddesinde tanımlanan örgüte bilerek ve isteyerek yardım etmek eylemleri nitelik itibarıyla birbirlerinden farklıdır. Sanığın örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenecek somut bir suça dair kasta dayanan ve yardım teşkil eden eyleminin, hem yardım edilen suç bakımından şeriklik kapsamında hem de şartları varsa amaç suç yönünden faillik kapsamında değerlendirilmesi gerekirken somut bir olaya dayanmayan ancak örgüt faaliyeti kapsamında kullanılmak/değerlendirilmek üzere gerçekleştirilen yardımların TCK'nın 220/7 maddesinde düzenlenen suçu oluşturacağı gözetilmelidir.

Anayasayı ihlal, Hükümete karşı suç ve TBMM'ne karşı suçlar yönünden iştirak sorunu;

Suç tanımında belirtilen amaçları gerçekleştirmeye yönelik bir fiil işlenmesi hususunda iştirak iradeleri bulunan sanıklar hakkında Türk Ceza Kanununun 309. maddesinde düzenlenen Anayasayı ihlal suçu yönünden iştirakin her şeklinin uygulanması mümkündür (Askeri Yargıtay Daireler Kurulu'nun, 19.3.1987, 41/49 sayılı kararı,Eren Toroslu, Özel Hükümler, syf. 74 - Hafizoğulları Türk Ceza Kanununun 302. maddesi syf. 559 - Kangal syf. 55 - Akdoğan syf. 31 - Gözübüyük, syf. 10 - Yard. Doç. Dr. Namık Kemal Topçu, Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar, syf. 200).

Mensup olduğu örgütle kurduğu bağ nedeniyle örgütsel faaliyet kapsamında işlenen anayasayı ihlal suçuna ilişkin planlama, hazırlık ve icra organizasyonundan haberdar olmak suretiyle darbeye teşebbüs suçunu sevk ve idare edenler tarafından verilen emirleri /görevleri kabullenerek ülke çapındaki icra hareketleriyle illi bir değer taşıyan icra hareketlerini gerçekleştirenlerin ya da görev paylaşımı bağlamında henüz sırası gelmemiş icra hareketleri için gerekli hazırlıkları yapanların bu suç yönünden müşterek fail olarak sorumlu tutulmaları gerekmektedir. ( Özgenç İ. Sahife 332)

Müşterek faillik ile TCK'nın 39/2-c maddesinde düzenlenen, suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında maddi yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak şeklinde ortaya çıkan şerikliğin,her olayın özelliğine göre; suçun işlenişine bulunulan katkının arzettiği önem, zaruret göz önünde bulundurularak hakim tarafından ayırt edileceği kabul edilmektedir. Müşterek faillikte/fiil hakimiyetinde, fiilin icrası veya akim kalması müşterek faillerden her birisinin elinde bulunmaktadır.Yardım eden şerik suçun icrasını failin inisiyatifine havale etmektedir. (Özgenç İ.Suç örgütleri sh.332,Türk Ceza Hukuku sh.490)

Türk Ceza Kanununun 309. maddesinde düzenlenen suça iştirakten bahsedebilmek için sadece araç fiil/suç bakımından değil, ayrıca, amaç suç bakımından da iştirak iradesinin varlığı aranmalıdır.

Bir kişinin maddede belirtilen amaçlara yönelik bir örgütün kurucusu ya da üyesi olması, tek başına TCK'nın 309. maddesindeki suça iştirak ettiği anlamına gelmez. (ÖZEK, Silahlı Çete, syf. 366-374; AKBULUT, Ülke Bölücülüğü, syf. 130) Bu fiiller, TCK 314'te bağımsız bir suç olarak düzenlenmiştir. Bu sıfatları haiz kişilerin TCK 309'daki suça iştiraktan sorumlu tutulabilmeleri için; örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen ve bu amacı gerçekleştirmeye elverişli nitelikteki belirli bir araç fiil bakımından, hem iştirak iradelerini ortaya koymaları hem de maddi veya manevi nitelikte nedensel bir katkıda bulunmaları gerekmektedir. Bu kişilerin maddede sayılan amaçları gerçekleştirmek için salt bir örgütün çatısı altında bir araya gelmeleri, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen araç suçlara da iştirak etmiş sayılmaları anlamına gelmeyecektir (Yard. Doç. Dr. Namık Kemal Topçu, Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar, syf. 202).

Suçta iştiraktan söz edebilmek için amaca yönelik bir fiil işleme hususunda iştirak iradelerini ortaya koyan kişilerin hepsinin bu amaçla kurulmuş bir örgütün üyesi olması da gerekmez.

Fiilin işleneceği konusundaki bilginin iştirak bakımından önemi yoktur. 1960 darbesi sonrasında 20-21 Mayıs olayları ile ilgili yapılan yargılamalarda; Mamak 1 nolu Sıkıyönetim Komutanlığı Askeri Mahkemesinin 963/1 sayılı 5 Eylül 1963 tarihli kararı ile failerin bir kısmı, ihtilal müteşebbislerinin bu konudaki hareketlerini bilmesi ve hazırlık hareketlerine katılması nedeniyle sorumlu tutulmuşlardır. Diğer bir deyişle failin, fiilin ika edileceği konusundaki bilgisi, iştirak iradesinin mevcudiyeti, fiile iştirak ettiğinin delili sayılmıştır. Bu karar temyiz edilmekle Askeri Yargıtay Dava Daireleri Kurulunun 15 Ocak 1964 tarih ve 1963/2548 E, 1964/1 sayılı kararı ile "icra hareketi ile iştirak mefhumunun birbirine karıştırıldığı" gerekçesi ile bozulmuştur. Doktrinde de aynı görüş savunulmuştur. Failin fiil hakkındaki bilgisi iştirak iradesini sağlamaya yeterli değildir. Olsa olsa bildiğini ihbar etmemekten doğan sorumluluk veya hazırlık hareketlerine katılma nedeniyle (mülga 765 sayılı) TCK 168, 171. maddedeki (5237 sayılı TCK'nın 314, 316. maddelerindeki) suçlar tahakkuk edebilir (Özek, a.g.e. 172 s).

### **Hukuka Aykırılık;**

Hukuka aykırılık genel bir ifadeyle, hukuka (hakka) karşı gelmek (Heinrich I kn 305) onunla çatışma halinde olmak demektir. Suçun unsuru olarak hukuka aykırılık ise, işlenen fiile hukuk düzeni tarafından cevaz verilmemesi, bütün hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma halinde bulunması anlamına gelmektedir. (Koca, Üzülmez, A.g.e. s.252, Prof. Dr. Fatih Selami Mahmutoğlu, Av. Serra Karadeniz-LLM, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, syf. 450)

Bir davranışın tipe uygunluğunun belirlenmesiyle suç teşkil eden haksızlık gerçekleşmiş olur. Şayet olayda bir hukuka uygunluk nedeni yoksa, tipe uygun davranış aynı zamanda hukuka da aykırı olacak ve suç teşkil edecektir.

5237 sayılı TCK'da yer alan hukuka uygunluk nedenleri şunlardır;

- kanunun hükmünü yerine getirme (TCK 24.md.),
- meşru savunma (TCK 25/1.md.),
- hakkın kullanılması (TCK 26/1.md.)
- ve ilgilinin rızası (TCK 26/2.md.). (Dairenin 2017/1443, 2017/4758 sayılı kararından)

İlgisi sebebiyle bir hukuka uygunluk nedeni olarak hakkın kullanılması (TCK 26/1.md.) bağlamında savunmaların dayandığı basın yayının hakkının irdelenmesi gerekecektir.

### **İfade ve basın özgürlüğü**

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; demokratik toplumun vazgeçilmez unsurlarından biri olarak, toplumun gelişmesi, bireyin kendini geliştirmesi ve gerçekleştirmesi için en temel haklardan birisidir. Basın özgürlüğü ise AİHS'nin 10. maddesi çerçevesinde korunurken, Anayasanın 28. maddesinde özel bir himaye görmüştür.

Demokratik bir toplumdan beklenen, çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin zaruri umdesi olan ifade ve basın özgürlüğünün, esas itibarıyla siyasi otoritenin veya halkın çoğunluğunun onaylamadığı, sarsıcı rahatsız edici görüş ve düşünceleri de koruduğu (AİHM, Handyside/Birleşik Krallık Başvurusu) kabul edilmektedir.

Ancak toplum hayatında temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması kaçınılmazdır. Çünkü toplumsal yaşama gerçeği ve bu gerçeğin zorunlu unsuru olan "ortak düzen" realitesi, özgürlükler idealitesinin sınırlılığını koşullamaktadır. (Eren 2004 sy. 15) Düzensizlik, kargaşa ve huzursuzluk içinde gerçek özgürlüğün varlığından bahsedilemez. Hürriyetlerin

sınırlandırılmadığı bir ortam, toplum hayatı ve kamu düzeni açısından tehlikeli olduğu gibi bireylerin kendi menfaatlerinin de aleyhinedir. Sınırları belirtilmeyen özgürlükler özgürlük vaadinden başka bir şey değildir. Bu vaadin sosyal hayat içinde bir kargaşa ortamı yaratmadan, gerçek manada vücut bulabilmesi için ham madde halindeki hürriyetlerin kanun yoluyla işlenmesi ve herkesin hak ve hürriyetlerinin nereye kadar uzanıp nerede bittiğinin açıkça belli edilmesi gerekir." (Münci Kapani 1970, sy. 204)

Mutlak haklardan olmayan ifade ve basın özgürlüğünün, gerek bilgiye ulaşmada/haber almada, gerekse düşünce ve kanaati açıklama ve yaymada sınırsız bir özgürlük vadedmediği de tartışmadan varestedir. AİHS kişilere her türlü bilgiye erişim hakkı tanımamıştır (AİHM, Loiseau/Fransa Başvurusu). Nitekim hem AİHS, hem Anayasa, hem de Basın Kanunu, demokratik toplumun zorladığı bir gerekliliğin varlığı durumunda, meşru amaçlar için, hakkın özüne dokunmayan ölçülü sınırlamaların getirilebileceğini öngörmüştür.

Ne var ki, düşüncelerin şiddete teşvik etmediği durumlarda, -yani şiddete başvuru veya kanlı intikam yollarını övmediği, yandaşlarının amaçlarını gerçekleştirme doğrultusunda terör eylemlerinin işlenmesini haklı göstermediği ve kimliği belirli şahıslara karşı telkin etikleri derin ve mantıksız nefretle şiddete teşvik edebilecekleri şeklinde yorumlanmadıkları takdirde-, Sözleşmeciler Devletlerin, Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen amaçları, yani toprak bütünlüğünün korunmasını, milli güvenliği, kamu düzeninin korunmasını ve suçun önlenmesini ileri sürerek bile, halkın haber alma hakkını kısıtlayamayacağı yerleşik içtihatlarla kabul edilmektedir. (sanığın başvurusu üzerine verilen karar ve Sürek/Türkiye no. 24762/94, 8 Temmuz 1999 )

Diğer taraftan Anayasanın 12. maddesinin "Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder." biçimindeki ikinci fıkrası, kişilerin sahip oldukları temel hak ve hürriyetleri kullanırken ödev ve sorumluluklarının da bulunduğuna gönderme yapmaktadır. Dolayısıyla ifade ve basın özgürlüklerinin kullanımı yönünden basın için geçerli olan bazı "görev ve sorumluluklar" da bulunmaktadır. (Anayasa Mahkemesi 15.02.2017 tarih, 2014/2983 ve 25.02.2016 tarih, 2015/18567 Başvuru)

Kişiler hak ve hürriyetlerinden hiç birisinin, insan haklarına dayanan Demokratik ve Laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılmayacağına dair Anayasanın 14. maddesinde de açıkça vurgulandığı üzere, bu suç herhangi bir hukuka uygunluk sebebi kapsamında işlenemez. Hiç bir devlet, hiç kimseye birliği ve ülke bütünlüğünü bozacak bir hukuk düzeni kurmaz. Devletin varlığının, tehlikelere ve fiili karşıt hareketlere karşı himayesi bir zaruretin icabıdır ve devlete devlet vasfını veren iktidar unsuru bu himayenin en önemli parçasını teşkil etmektedir. Fakat bu himaye demokrasilerde hiçbir zaman fikrin cezalandırılmasına da hak vermez.

Tartışma konusu suçlar bakımından, normun cezalandırdığı eylemlerin düşünce ve ifadeler değil ve fakat düşüncelerin gerçekleştirilme yöntemleri olduğu her türlü tartışmadan varestedir.

Hakkın kullanılması/Basın özgürlüğü bağlamında AİHM ve AYM kararlarının bağlayıcılığı sorunu:

28.01.1987'de Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na başvuru yetkisinin kabul edilmesiyle iç hukukun bir parçası haline gelen bireysel başvuru ya da anayasa şikâyeti değişikliği gerekçesinde, kamu gücü tarafından, temel hak ve özgürlükleri ihlâl edilen bireylerin başvurdukları olağanüstü bir kanun yolu olarak tanımlanmaktadır.

Anayasanın 90/5 maddesi sarahatine göre AİHS, iç hukukun ayrılmaz bir parçasıdır ve kanunlarla uyumsuzluk halinde uygulanma önceliği bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi sözleşme hükümlerini "destek norm" olarak kabul etmektedir. AİHM ise sözleşmeyi, "yasa sözleşme" olarak vasıflandırmakta, üye devletlerin sözleşmeye uygun hukuki düzenleme yapma ve AİHM içtihatlarına uyma mecburiyetlerini vurgulamaktadır. Esasen Sözleşme'nin "Kararların bağlayıcılığı ve infazı" kenar başlıklı 46/1. maddesine göre; Sözleşmeciler Taraf, taraf oldukları davalarda Mahkeme'nin verdiği kesinleşmiş kararlara uymak mecburiyetindedirler.

AİHS ile AİHM'nin yargı yetkisinin tanınması ile birlikte, ulusal mahkemeler ile AİHM arasında ortaya çıkan yetki çatışmasının, "ikincilik ilkesi", "takdir alanı doktrini" ve "dördüncü derece yargı yeri doktrini" gibi çareler üretilmiş ve geliştirilmiştir. Aynı sorun 07/5/2010 tarihi itibarıyla (5982/18 md.) derece ve temyiz mahkemeleri arasında da yaşanmaktadır.

Gerek AİHM (Kemmerich/Fransa, B.No:17621/91, 24.11.1994), gerekse AYM (B.No:2013/1728, 12.11.2014), dördüncü yargı yeri doktrini çerçevesinde ikincil niteliği göz ardı edilip, itiraz, istinaf ve temyiz gibi kanun yolu derecesinde görerek yapılan bireysel başvuruları kabul edilemez bulmaktadır. Açık keyfîlik veya bariz takdir hatası içermedikçe ulusal hukukun yorumlanıp uygulanmasıyla, ilgili hukuki sorunları her iki mahkeme de incelememektedir.

Anayasa Mahkemesi, Şahin Alpay Başvurusu ile ilgili olarak 15.3.2018 tarih. 2018/3007 sayılı kararında, ilgili AİHM ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu (28/4/2015 tarihli ve E.2013/9-464, K.2015/132) kararlarına da atıfta bulunarak, AİHM ve

AYM kararlarının bağlayıcılığı, ikincilik niteliği, inceleme yetki ve sınırları hakkında ayrıntılı tespitlerde bulunmuştur. Anılan kararın ilgili bölümleri şöyledir;

"... Anayasanın 148. maddesi uyarınca herkesin Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunma hakkı bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesinin diğer kararları gibi bireysel başvuruları inceleyen Bölüm kararları da yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlamaktadır."

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM); Sözleşme'nin 46. maddesi bağlamında, devletlerin taraf oldukları başvurulara ilişkin olarak verilen AİHM kararlarıyla bağlı olma yükümlülüğü altına girdiğini vurgulamaktadır (Del Rio Prada/İspanya [BD], B. No: 42750/09, 21/10/2013, § 137). AİHM'e göre bu, Mahkemenin bir ihlal bulduğunda davalı devletin sadece Sözleşme'nin 41. maddesine göre hükmedilen tazminatı ödeme yükümlülüğünü değil bunun yanında AİHM tarafından bulunan ihlalin ortadan kaldırılması için iç hukukta bireysel ve/veya -gerekirse- genel tedbirler alma ve başvuru yollarını, Sözleşme ihlal edilmiş olsaydı bulunacağı duruma mümkün olan en yakın konuma getirecek şekilde ihlalin etkilerini telafi etme yükümlülüğünü de barındırmaktadır (Del Rio Prada/İspanya, § 137).

AİHM, Hasan Uzun/Türkiye (B. No: 10755/13, 30/4/2013) kararında Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunun AİHM'e başvurmadan önce tüketilmesi gereken bir iç hukuk yolu olduğu sonucuna varırken Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığını da dikkate almıştır. Bu bağlamda AİHM, Anayasa'nın 153. maddesinin altıncı fıkrasında yer alan ve Anayasa Mahkemesi kararlarının devletin tüm organları ile gerçek ve tüzel kişileri bağlayacağını ifade eden hükme atıf yapmış ve Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruya ilişkin kararlarına uyulmasına ilişkin bir sorun yaşanmayacağını değerlendirmiştir (Hasan Uzun, § 66).

2010 yılında Anayasa'nın 148. maddesinde yapılan değişiklikle Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruları karara bağlama yetki ve görevi verilmiştir. Bu değişikliğin gerekçesi şöyle ifade edilmiştir:

Anayasanın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre herkes, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden Sözleşme ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Anayasa'nın 148. maddesinin birinci fıkrasında Anayasa Mahkemesine bu başvuruları karara bağlama yetki ve görevi verilmiştir.

6216 sayılı Kanununun 49. maddesinin (6) numaralı fıkrası uyarınca Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurulara ilişkin incelemesi, "bir temel hakkın ihlal edilip edilmediği" ve "bu ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağına belirlenmesi" ile sınırlıdır.

Anayasanın 148. maddesinin dördüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 49. maddesinin (6) numaralı fıkrasına göre kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlar bireysel başvuruda incelenemez. Aynı Kanun'un 50. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre ise ihlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilirken yerindelik denetimi yapılamaz.

Bu hükümlerin Anayasa'nın 148. maddesinin birinci ve üçüncü fıkralarında düzenlenen Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruları karara bağlama yetki ve göreviyle birlikte değerlendirilmesi gerekir. Bu görevi kapsamında Anayasa Mahkemesi, Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanında bulunan temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddiasıyla yapılan bireysel başvuruları incelemek ve karara bağlamak durumundadır. Anayasa Mahkemesi, bu incelemeyi temel hak ve özgürlüklere ilişkin olarak Anayasa'da öngörülen güvencelere göre yapar.

Dolayısıyla Anayasa ve Kanun'da bireysel başvuruda inceleme yasağı getirilen alanın temel hak ve özgürlüklere ilişkin olarak Anayasa'da öngörülen güvencelerle ilgili olduğu düşünülemez. Bu alan, bireysel başvuru kapsamı dışındaki hukuka aykırılık iddialarına ilişkindir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesinin birçok kararında da ifade edildiği üzere temel hak ve özgürlüklere müdahale söz konusu olmadıkça hukuk kurallarının uygulanması ve yorumlanması ile delillerin takdiri ve değerlendirilmesi derece mahkemelerine aittir (örnek olarak bkz. Ahmet Sağlam, B. No: 2013/3351, 18/9/2013, § 42; Sabahat Beşik ve diğerleri [GK], B. No: 2014/3738, 21/12/2017, § 23). Ancak temel hak ve özgürlüklere müdahalenin söz konusu olduğu durumlarda derece mahkemelerinin takdir ve değerlendirmelerinin Anayasa'daki güvencelere etkisini nihai olarak değerlendirecek merci Anayasa Mahkemesidir. Bu itibarla Anayasa'da öngörülen güvenceler dikkate alınarak bireysel başvuru kapsamındaki temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilip edilmediğine ilişkin herhangi bir inceleme "kanun yolunda gözetilmesi gereken hususun incelenmesi" veya "yerindelik denetimi" olarak nitelendirilemez.

Aksinin kabulü durumunda Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruları karara bağlama yetki ve görevinin işlevsiz hâle geleceği, bunun da bireysel başvurunun etkili bir hak arama yolu olarak öngörülmüş olması amacıyla (bkz. §§ 40, 48)

bağdaşmayacağı ortadadır. Anayasa'daki temel hak ve özgürlüklerle ilgili güvenceler kapsamında inceleme yapılmasının kanun yolu denetimi olarak değerlendirilmesi, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruları inceleme ve karara bağlama görevinin yerine getirilememesi sonucunu doğurur.“

Bu durumda (iç) hukukun yanlış yorumlandığını, delillerin yanlış değerlendirildiğini ve uyuşmazlık sonucunun adil olmadığını ileri süren başvurular kural olarak AİHM //(AYM) tarafından, kanun yolu şikayeti“ olarak görüldüğünden kabul edilemez bulunmaktadır. Bunun istisnası, keyfi uygulama veya bariz kanuna aykırılık halleridir. AİHM ve AYM kararlarında anayasa ve sözleşmede tanınan bir hakkın ihlali ile sonuçlanan hukuka aykırılıklar kanun yolu şikayeti olarak nitelendirilmemektedir(Gökcan H. Tahsin Bireysel Başvuruda Denetim Yetkisinin Sınırları TBB Dergisi).

AİHM sanığın başvurusu üzerine verdiği kararda da, Anayasa Mahkemesi'nin kararlarının, Anayasa'nın 153. maddesinin 6. fıkrasından doğan bağlayıcı niteliğini dikkate alarak, bireysel başvuruya ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi'nin kararlarına uygulamada riayet etme hususunun, öncelikle (a priori) Türkiye'de sorgulanmaması gerektiği ve bu mahkemenin ihlâl kararlarının etkin bir şekilde uygulanmasından şüphe duyulmasına yer olmadığı kanaatine varmıştır.

Şu hale göre; özellikle yargılama ve olağan yasa yolları süreci tamamlanmadan yapılan bireysel başvuru incelemelerinde, AYM'nin delil değerlendirmesinin hak ihlali bağlamında da olsa, asıl yargılama mercileri ile bir yetki çatışması sonucunu doğurduğu açıktır. Hak ihlalini netice veren meşru müdahale için ikame olunan delilin yeterli olup olmadığına ilişkin tespitin, yargılama konusu suçun sübut ve/veya vasfının tayini yönünden de belirleyici olacağına kuşku yoktur. Ne var ki, yargılama süreci tamamlanmış ve kanun yolu incelemesinden de geçerek kesinleşmiş hükümler yönünden gerçekleştirilen bireysel başvuru sonucunda tespit edilen hak ihlallerinin, gerektiğinde yeniden yargılama sebebi olarak kabul edildiği (CMK 311) sistemde, yargılamanın devamı sırasında ihlal neticesini doğuracak tespitlerin yargılama mercilerince göz ardı edilmesi düşünülemez. Aslolanın haksız-ölçsüz bir müdahaleye maruz bırakılan temel hakkın bir an önce teslimi olduğuna göre, sair çatışma ve tartışmaların bu değer önüne geçmesine “hukuk düzeninin teklifi“ ilkesi de müsaade etmez.

Bu açıklamalar ışığında sanıklara müsnet suçların unsurları ve özel görünüm şekilleri, savunmalarında ileri sürülen hukuki kurumlar ile ilgili olarak yapılan açıklamalar, 15 Temmuz 2016 günü ülke genelinde yaşanan olaylar, Bölge Adliye ve İlk Derece Mahkemelerince sübutu kabul edilen somut olay çerçevesinde sanıkların hukuki durumlarının değerlendirilmesine gelince:

15 Temmuz 2016 günü, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin Anayasal düzeninin değiştirilmesi amacıyla, Türk Silahlı Kuvvetlerine sızmış FETÖ/PDY silahlı terör örgütü mensubu olan ve/veya bu örgütsel faaliyeti destekleyen 8.000'in üzerinde askerî personel tarafından savaş uçakları dâhil 35 uçağın, 3 geminin, 37 helikopterin, 74'ü tank olmak üzere 246 zırhlı aracın ve 4.000'e yakın hafif silahın kullanılarak; Cumhurbaşkanına suikasta teşebbüs edilmiş, TBMM ve Cumhurbaşkanlığı Külliyesi başta olmak üzere birçok stratejik merkez bombalanmış, Başbakanın konvoyuna silahlı saldırı gerçekleştirilmiş, kalkışmaya karşı koyan güvenlik görevlileri ile sokaklara çıkan sivillere devletin silahlı kuvvetlerine ait bu uçak, helikopter, tank ve silahlarla saldırılarak 4'ü asker, 63'ü polis ve 183'ü sivil olmak üzere toplam 250 'den fazla kişi şehit edilmiş, 23'ü asker, 154'ü polis ve 2.558'i sivil olmak üzere toplam 2.735 kişi de yaralanmıştır.

15 Temmuz 2016 günü işlenen somut darbe teşebbüsü, TCK'nın 309. maddesinde sayılan amaçlara matuf zarar tehlikesi doğuran vahim eylemler vasfını aşarak, anayasal düzeni doğrudan ortadan kaldırma neticesine yönelmiş, örgütün ülke genelindeki organik bütünlüğünden ve etkinliğinden istifade edilerek planlanıp uygulanmış, neticesi ve başarısı eş zamanlı, senkronize hareketlere bağlı hukuki

anlamda tek bir fiil olarak ortaya çıkmıştır. Bu nedenle örgütsel koordinasyon veya iştirak iradesi gereğince ve iş bölümü doğrultusunda bulunduğu mahal ve konumuna uygun, amaca hizmet eden ve katkı sunan icrai (ya da garantör olunan hallerde ihmalî) harekette bulunarak bu suça iştirakin her halinin mümkün olduğunun kabulü gerekir.

TCK'nın 309. maddesinde düzenlenen suç bir somut tehlike suçu olduğundan suçun oluşması için ayrıca bir neticenin gerçekleşmesi aranmamaktadır. Bu itibarla sanığın amaca matuf eylemi ve/veya işlediği elverişli araç suç ile suçun konusu üzerinde meydana gelen somut tehlike arasında illiyet bağının bulunması gerekli ve yeterlidir. Suça teşebbüsün kabulü için aranan elverişli vasıtalarla cebri eylemlere başlanıp başlanmadığı araştırılırken ve vasıtanın elverişliliği takdir edilirken tek tek yapılan eylemlerle amaçlanan hedefler arasında doğrudan doğruya bağ kurmak yoluna gidilemez. Ancak her halükarda ülke genelinde gerçekleştirilmek istenen amaca matuf cebri/icrai fiilin, sanığın bulunduğu mahalde/sorumluluk sahasında da doğrudan doğruya ya da araç suçlar yönünden icrasına başlanması aranmalıdır. Sanığın bu icrai fiile yine icrai bir hareketle katılması mümkün olduğu gibi garantörlük yükümlülüğünü ihmal etmek suretiyle de iştirak edebileceği görülmektedir.

5237 sayılı TCK nun 309/1. maddesinde tanımlanan anayasal düzene karşı suçta, tipik eylem, cebir ve şiddet kullanarak, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzeni ortadan kaldırmaya veya bu düzen yerine başka bir düzen getirmeye veya bu düzenin fiilen uygulanmasını önlemeye elverişli vasıtalarla teşebbüs etmektir. Görüldüğü üzere, cebir ve şiddet bu suçun unsurunu oluşturmaktadır. Bu nedenle Anayasal düzenin değiştirilmesine yönelik teşebbüsün ancak cebir ve şiddet kullanılarak, yani bireylerin iradeleri zorlanmak suretiyle ifsat edilerek gerçekleştirilmesi gerekir. Kanunun aradığı cebrilikten maksadın fiziki/maddi cebir olduğu açıktır.

Fiziki güce dayanan elverişli ve cebri eylemin, Anayasayı ihlal/Hükûmeti ortadan kaldırmaya veya görevlerini yapmasını kısmen veya tamamen engellemeye teşebbüs etmek suçunu oluşturacağı konusunda doktrin ve uygulamada ortak görüş mevcuttur.

Halbuki, 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 146. maddesinin yürürlükte olduğu dönemde doktrinde savunulan ağırlıklı görüş ve bir kısım yargısal kararlara göre "cebir" kavramı 5237 sayılı TCK dan farklı şekilde tanımlanarak uygulanagelmış, manevi cebirle de bu suçun işlenebileceği, cebirin suçun müstakil bir maddi unsurunu oluşturmadığı ifade edilerek, suçun oluşumu için "failin hukuka aykırı usullere veya cebre matuf bir iradesinin mevcudiyeti" yeterli olacaktır. Cebir "faildeki kusurlu iradede de mevcut bulunabilir". "Mülga 765 sy. TCK'nın 146. maddesinin cezalandırmak istediği husus, Anayasa iradesine aykırı iradelerdir. Buna göre, "Anayasa iradesine aykırı, netice olarak, hukuka aykırı bulunan her türlü vasıta ve usul cebir unsuruna dahil olmak gerekir, suçun oluşması için cebirin bilfiil tahakkuk etmesine de gerek yoktur. Suçun oluşabilmesi için "failin gayri hukuki vasıtalarla neticeye erişmek hususundaki kastının mevcudiyeti yeterlidir". Hatta kastın varlığını tespit için "objektif bir takım emarelerin, maddi delillerin mevcudiyeti dahi şart değildir". Daha da ileri gidilerek, anayasal düzeni değiştirmek hususundaki "gayeye erişilmesi için cebirin mevcudiyeti veya düşünülmesi dahi gerekli görülmemiştir".

Gayenin tahakkukunu engelleyebilecek reaksiyonları kırmak için kullanılacak hukuka aykırı usuller dahi yeterli sayılmaktadır.

Cebir kavramını bu şekilde geniş yorumlayan anlayışa göre; Anayasada öngörülmüş olan usule riayet etmeksizin bir anayasa veya kanun değişikliğinin yapılması teşebbüsünde bulunulması dahi, mülga 765 sayılı TCK'nın 146. maddesindeki suçu oluşturacaktır. Anayasal düzeni değiştirmek için başvuru yolun Anayasada öngörülen usul ve esaslara aykırı olması, söz konusu suçun oluşumu açısından yeterli görülmektedir. Keza, "Anayasaya aykırılığı açık olan bir kanunun meclisçe çıkarılması da" 146. maddedeki suçu oluşturmaktadır. Bu anlayışa göre, 146. madde kapsamında düzenlenen suç, "görevin suistimali, yetki gaspı, hile, keyfi işlemler" yolu ile işlenebilir.

5237 sayılı TCK'nın hazırlık çalışmaları sürecinde de, Hükûmet tasarısında anayasayı ihlal suçunu düzenleyen 363. maddesi "koruyucu doktrin" in benimsediği görüş doğrultusunda formüle edilmişti, ancak, tasarının Mecliste ki görüşmelerinde; "Manevi cebir kavramı, mehz kanun bakımından Faşizmin, Türk Ceza Hukuku yönünden ise meşru siyasi iktidarın yargılanmasına gerekçe arayan 27 Mayıs 1960 darbesinden sonra o gün iktidarda olanları yargılamak amacıyla kurulan Yüksek Adalet Divanı'nın eseridir. " gerekçesi ile, bu tasarı kabul görmemiş, yasa metninde açıkça "cebir ve şiddet" unsuruna yer verilmiş, cebirin de fiziki/maddi cebir olduğu gerekçede açıklığa kavuşturularak, hatta cebir kavramının yanına şiddet eklenmek suretiyle maddi cebir vurgulanarak, özgürlükçü çağdaş demokratik hukuk devleti ilkelerine uygun düzenleme yapılmıştır.

Bölge Adliye Mahkemesince de isabetli görülen yerel Mahkemenin gerekçeli kararına göre; Anayasayı İhlal suçunun ülke geneline icrai hareketleri başladıktan sonra, fiil üzerinde müşterek hakimiyet kurmak ve maddi/fiziki cebir kullanmak suretiyle fail olarak katıldıkları yönünde iddia ve kabule yer verilmediği, esasen gerek bu hususta gerekse kabule dayanak teşkil eden konuşma ve makalle muhtevalarının cebirin öncüsü olduğu gerekçesiyle, anayasayı ihlal suçundaki cebir unsurunun gerçekleştiği, kabulüne ulaşılmıştır. Bu kabul 765 sayılı TCK'nun 146. maddesinin yürürlükte olduğu dönemde "koruyucu doktrin" anlayışına uygun olmakla birlikte, 5237 sayılı TCK'nun 309. maddesinde düzenlenen ve suçun unsuru olarak maddi cebiri esas alan kanun koyucunun iradesine açıkça aykırı olacaktır.

Anayasal düzene karşı suçlara iştirakin her şekli mümkün olduğu, terör örgütleri tarafından işlenmeye elverişli olan suçun, Örgüt yöneticisi olmamak koşuluyla, maddi cebir içeren icrai hareketlerini bizzat gerçekleştirmediği için müşterek fail sıfatına haiz olmayan kişilerin, şerik olarak suça katıldıklarını kabul için azmettiren yada yardım eden sıfatını taşımaları gereklidir. Şeriklik tipik haksızlığı ifade etmemekte, suçun konusu ile doğrudan bağlantısı olmadığından sadece faile bağlantısı nedeniyle bağlılık kuralı gereğince sorumluluk cihetine gidilecektir. Şeriklik hallerinden olan azmettirmenin gerçekleşmesi için; henüz suç işleme kararı bulunmayan kişiye bu kararın verilmesi ve azmettirilen fiilin en azından teşebbüs aşamasına vardırılması gereklidir. Eğer kişi daha önce suç işlemeye karar vermiş ise ikna faaliyetleri azmetirme değil, manevi yardım (suça teşvik yada suç işleme kararını kuvvetlendirme ) söz konusu olacaktır.

Yardım etme; öncesinde suç işleme kararının bulunmaması ve suç tipi üzerinde bizzat hakimiyet kurulmaması yönüyle failikten ayrılmaktadır. Yardım edenin kastı belli bir suça yönelik olmalı, sorumluluk için yardım teşkil eden hareketle

gerçekleşen netice arasında illiyet bağı kurulmalıdır. Neticenin sanığa isnat edilebilmesi için eyleminin, neticeyi meydana getirmeye uygun ve elverişli olmasının yanında, meydana gelen neticenin faile objektif olarak isnat edilebilmesi gereklidir. Objektif isnadiyetten bahsedebilmek için neticenin "failin eseri olduğunu" söyleyebilmeliyiz.

Oluşa ilişkin kabul ve dosya kapsamındaki sair delillere nazaran, anılan suçların hazırlık, planlama, icra ve sonrası ile ilgili olarak örgütsel bir organizasyon içinde yer almak suretiyle aralarındaki iş bölümü gereğince iştirak iradesi kapsamında yardım eden sıfatıyla hareket ettiklerine dair mahkumiyetlerine yeterli delil ikame olunamayan sanıkların kabule göre; darbeye zemin hazırlayan/kalkışmayı meşru gösteren konuşma ve makaleleri ile, örgütün nihai amacını gerçekleştirmek için düşünce, planlama, icra ve sonrası itibarıyla örgütsel bir organizasyon ürünü olduğu anlaşılan kalkışma arasında illiyet bağının bulunduğu kabulüne yasal imkan bulunmadığından, darbe yapılacağı hususundaki bilgilerinin mevcudiyeti sabit kabul edilse dahi, bu durumun iştirak iradesine dahil olduğu sonucunu doğurmayacağı gerçeği de gözetildiğinde, Daire içtihadına da yanlış anlam yüklenerek, sanıkların medya organlarında sarf ettikleri sözler ve kaleme aldıkları yazılarla "maddi cebri" ne şekilde gerçekleştirdiklerini izahatın eksik, hukuki olmayan gerekçe ile yazılı olduğu şekilde anayasayı ihlal suçundan mahkumiyetlerine karar verilmesinde isabet görülmemiştir.

Bu nedenlerle;

1.A) Üst düzey yöneticilik yapmakta iken örgütten ayrılan tanık beyanlarına göre FETÖ/PDY Silahlı Terör Örgütünün medya yapılanması ile, HTS kayıtlarına göre de örgütün üst düzey yöneticileri ile irtibat kuran, ikametinde yapılan aramada F serisi bir Dolar ele geçirilen, örgüte müzahir Bankasya'da hesabı bulunan ve münhasıran örgüt mensuplarınca gizliliğin temini için kullanılan Bylock üzerinden görüşen üçüncü şahısların mesaj içeriklerinde adı geçen, darbe girişiminden bir gün öncesinde Can Erzincan isimli televizyon kanalında diğer sanıklar Ayşe Nazlı Ilıcak ve Ahmet Hüsrev Altan ile gerçekleştirdikleri "Özgür Düşünce" isimli programda konuşma yapan, 17/12/2010 tarihli "Balyoz'un Anlamı" başlıklı ve 20/07/2016 tarihli "Türbülans" başlıklı köşe yazıları yazan sanık Mehmet Hasan Altan'ın, 8 Kasım 2016 tarihinde Anayasa Mahkemesi'ne bilahare AİHM'e yaptığı bireysel başvuru üzerine AİHM 20 Mart 2018 tarih, 13237/17 sayılı kararında özetle; sanığın, 8 Kasım 2016 tarihinde, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunarak, makaleleri ve sözleri nedeniyle tutuklanması nedeniyle özgürlük ve güvenlik hakkının ve ifade ve basın özgürlüğü hakkının ihlâl edildiğini ileri sürdüğünü, Anayasa tarafından öngörülen nedenlerden başka nedenlerle yakalanarak tutuklandığını iddia ettiğini, Anayasa Mahkemesinin, 11 Ocak 2018 tarihinde, 2016/23672 sayılı kararı kapsamında, altıya karşı on bir oyla, özgürlük ve güvenlik hakkı ile ifade ve basın özgürlüğünün ihlâl edildiğine karar verdiğini, Anayasa Mahkemesinin öncelikle, ilgilinin tutukluluğunun dayandırıldığı delil unsurları arasında: i) Star gazetesinde

2010 yılında yayımlanan "Balyoz'un Anlamı" başlıklı bir makale; ii) Can Erzincan TV'de 14 Temmuz 2016 tarihinde yayımlanan bir televizyon yayını sırasında başvuranın yaptığı konuşma; ve iii) ilgilinin internet sitesinde 20 Temmuz 2016 tarihinde yayımlanan "Türbülans" başlıklı bir makalenin bulunduğunu tespit ettiğini, bu unsurların içeriğini incelemesinin ardından Anayasa Mahkemesinin, soruşturmadan sorumlu makamların, başvuranın FETÖ/PDY'nin amaçları doğrultusunda hareket ettiği ve olası bir askeri darbeye zemin hazırlamayı amaçladığı kanısına varılmasını sağlayacak olgusal bir dayanağın varlığını kanıtlamadıkları kanaatine vardığını, yukarıda belirtilen makaleleri yayımlaması ve ihtilaf konusu sözleri ifade etmesinin yanı sıra, Bank Asya'da bir banka hesabına ve "F" seri numaralı bir Amerikan doları banknotuna sahip olmakla suçlandığını tespit ettikten sonra bu iddialar konusunda, başvuranın ifadelerini ve savunma hakkını dikkate alarak, kendi ifadesine göre, "hayatın olağan akışına uygun olan" ve ilgili tarafından sunulan açıklamaları çürütebilecek nitelikte herhangi bir somut olgunun tespit edilmediği kanısına vardığını, aynı şekilde, özellikle üçüncü kişilerin ByLock üzerinden yaptıkları mesaj alışverişinin içeriğine ilişkin olarak da bu mesajların başvuranın bir suç işlediğini düşündürecek ciddi bir emare olarak değerlendirilemeyecekleri kanaatine ulaştığını, dolayısıyla, "bir suçun işlendiğine dair kuvvetli delilin" somut olayda yeterince gösterilmediği sonucuna vardığını belirtip, sanığın makalelerinden ve konuşmalarından başka herhangi bir somut unsura dayandırılmaması nedeniyle ifade ve basın özgürlüğü üzerinde caydırıcı bir etki yaratabileceğinin açık olduğu kanaatine vararak Anayasa'nın 26 ve 28. maddeleri anlamında ifade ve basın özgürlüğünün ihlâl edildiğini saptadığını belirterek; "Mahkeme, mevcut davanın kendine özgü koşullarında, Anayasa Mahkemesi'nin derin bir inceleme sonucunda varmış olduğu sonuçlara katılmaktadır." demektedir. Yine Mahkeme, "Anayasa Mahkemesi'nin ve İstanbul 26. Ağır Ceza Mahkemesi'nin kararlarının gerekçelerinden, bu iki yargı organı tarafından izlenen kriterlerin, özellikle dosyada yer alan delil unsurlarını değerlendirme yetkisine ilişkin olarak örtüşmüşüğünün anlaşıldığını gözlemlemektedir. Bu bağlamda Mahkeme, 26. Ağır Ceza Mahkemesi'nin Anayasa Mahkemesi'nin dosyada yer alan unsurları değerlendirmemesi gerektiğine dair gerekçesine katılmamaktadır. Nitekim aksi bir tutum, Anayasa Mahkemesi'nin ilgili aleyhinde sunulan delillerin içeriğini incelemeksizin, ilgilinin tutukluluğuna ve tutukluluk halinin devamına ilişkin kararın yasalılığıyla ilgili şikâyeti inceleyebileceğini ileri sürmek anlamına gelecektir. Mahkeme'nin de düzenli olarak teyit ettiği gibi, iç hukukun yorumlanması ve uygulanması öncelikle ulusal makamların ve özellikle ulusal mahkemelerin görevi olsa da, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrası bakımından iç hukuka riayet edilmemesi, Sözleşme'nin ihlâline neden olur ve Mahkeme, iç hukuka riayet edilip edilmediğini denetleyebilir ve denetlemelidir (Mooren/Almanya [BD], No. 11364/03, § 73, 9 Temmuz 2009)... TCK hükümlerinin yorumlanması ve uygulanmasının, söz konusu hukuki normların erişilebilirliğini ve öngörülebilirliğini azaltıp azaltamayacağı sorusu sorulur.

Somut olayda, hem savcılığın, başvuran hakkında yapılan suçlamaları ileri sürerek, hem de hâkimlerin, başvuranın tutukluluğunun devamına karar vererek, bu ifadeleri, ilgili tarafından yazılan makaleleri içerdiği şeklinde yorumlamış olmaları sebebiyle,

Mahkeme, başvuranın, TCK'nın 309, 311 ve 312. maddeleriyle birlikte 220. maddesinin 6. fıkrasına dayanılarak tutuklanmasının ve tutululuk halinin devamına karar verilmesinin öngörülebilirliğine ilişkin olarak başvuran için ciddi şüphelerin ortaya çıkabileceği kanaatine varmaktadır...Mahkeme, müdahil tarafların, Cumhuriyet savcılarının ve yetkili hâkimlerin terörle mücadeleye ilişkin mevzuatı yorumlamasıyla ilgili olarak Türkiye'de genel nitelikte bir sorun bulunduğunun altını çizdiğini kaydetmektedir. Müdahil taraflar, gazetecilerin sıklıkla, genel menfaate ilişkin konuları ele almaları sebebiyle, tutukluluk gibi ağır tedbirlere tabi tutulduklarını ileri sürmektedirler. Bu açıdan Mahkeme, düşüncelerin şiddete teşvik etmediği durumlarda, -yani şiddete başvuru veya kanlı intikam yollarını övmediği, yandaşlarının amaçlarını gerçekleştirme doğrultusunda terör eylemlerinin işlenmesini haklı göstermediği ve kimliği belirli şahıslara karşı telkin ettikleri derin ve mantıksız nefretle şiddete teşvik edebilecekleri şeklinde yorumlanamadıkları takdirde-, Sözleşmeciler Devlelerin, Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen amaçları, yani toprak bütünlüğünün korunmasını, milli güvenliği, kamu düzeninin korunmasını ve suçun önlenmesini ileri sürerek bile, halkın haber alma hakkını kısıtlamayacağına dair yerleşik içtihadını hatırlatmaktadır (Sürek/Türkiye (no. 4) [BD], no. 24762/94, § 60, 8 Temmuz 1999 ve daha önce anılan Şık,85)... Mahkeme, hükümetlere karşı eleştiriler yapılmasının ve bir ülkenin liderleri ve yöneticileri tarafından, milli menfaatler için tehlikeli olarak değerlendirilen bilgilerin yayımlanmasının, özellikle terör örgütüne mensup olma veya yardım etme, hükümeti veya anayasal düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs etme ya da terör örgütü propagandası yapma gibi cezai sonuçları olan ağır suçlamalara kadar vardırılmaması gerektiği kanaatinde dir.Aksi halde, ulusal yargı makamları tarafından yapılan yorum kabul edilebilir olarak değerlendirilemez...Mahkeme ayrıca, Anayasa Mahkemesi'nin, 11 Ocak 2018 tarihli kararında, başvuranın yazdığı makaleler sebebiyle tutuklanmasının, ilgilinin ifade ve basın özgürlüğü hakkının kullanımına bir müdahale teşkil ettiği kanaatine vardığını kaydetmektedir. Bu durumda Mahkeme, Yüksek Mahkeme'nin değerlendirmesine katılmaktadır." demektedir.

Bu durumda ilgili bölümde yer verilen hukuki düzenleme,görüş ve açıklamalar ile sanığın bireysel başvurusu üzerine AYM ve AİHM tarafından verilen ve Anayasanın 90/5,153/6.,AİHS'nin 46/1.maddesi, Anayasa Mahkemesi'nin,15.3.2018 tarih.2018/3007 sayılı, AİHM'in yukarıda yer verilen kararı ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 28/4/2015 tarihli ve E.2013/9-464, K.2015/132 sayılı kararları gereğince derece mahkemelerini ve Daireyi de bağlayan kararlarda yer alan tespit ve değerlendirmeler muvacehesinde, özellikle gazetecilik faaliyeti kapsamında değerlendirilen konuşma ve makaleler dışında kalan, FETÖ/PDY Silahlı Terör Örgütünün medya yapılanması ve üst düzey yöneticileri ile yaptığı görüşmelerin tarihi ve aksi kanıtlanamayan,hayatın olağan akışına uygun düşen savunmaya göre içeriğinin, ikametinde F serisi bir Dolar bulundurmasının,örgüt liderinin talimatı ile işlem yapıldığı tespit edilemeyen örgüte müzahir Bankasya nezdindeki mutad hesap hareketlerinin ve münhasıran örgüt mensuplarınca gizliliğin temini için kullanılan Bylock üzerinden görüşen üçüncü şahısların mesaj içeriklerinde adının geçmesinin,mesaj muhtevası da gözetildiğinde müsnet suçlar ve/veya silahlı terör örgütüne üye olmak,örgüt adına suç işlemek ya da hiyarsarşik yapısına dahil olmamakla birlikte FETÖ/PDY silahlı terör örgütüne yardım etmek suçlarının işlendiğine dair yeterli ve inandırıcı delil niteliği taşımadığı da gözetilerek sanığın 5271 sy.CMK'nın 223/2-e maddesi gereğince ispat edilemeyen müsnet suçlardan beraatine,

B-) Darbe girişiminden sonra kapatılan,örgütün manipilasyonlarında kullandığı Taraf gazetesinin kurucusu ve genel yayın yönetmeni olan, terör örgütünün yayın organı olan, "haberdar.com" isimli haber sitesinde yazarlık yapan, 03/03/2015 tarihli "Ben Buradayım Benimle Konuşun" başlıklı, 12/05/2016 tarihli "Mutlak Korku" başlıklı, 14/06/2016 tarihli "Ezip Geçmek" başlıklı ve 10/07/2016 tarihli "Montezuma" başlıklı köşe yazılarını kaleme alan, HTS kayıtlarına göre örgütün üst düzey yöneticileri ile iletişim-irtibatı bulunan,14 Temmuz 2016 günü Can Erzincan isimli televizyon kanalında diğer sanıklar Ayşe Nazlı Ilıcak ve Mehmet Hasan Altan ile gerçekleştirdikleri "Özgür Düşünce" isimli programda konuşma yapan sanık Ahmet Hüsrev Altan ve örgüte ait veya müzahir yayın organlarında uzun zaman yazarlık yapan, 2012 yılında "Her Taşın Altında 'The Cemaat' mi Var?" isimli kitabı örgütün görünür meşruyetini sürdürmek için yazan, kullandığı twitter sosyal paylaşım platformu hesabını darbe girişimi günü dahil olmak üzere terör örgütünün kamuoyu oluşturmak amacı doğrultusunda kullanan, üst düzey yöneticilik yapmakta iken örgütten ayrılan tanık beyanlarına göre FETÖ/PDY Silahlı Terör Örgütünün medya yapılanması ile,HTS kayıtlarına göre de örgütün üst düzey yöneticileri ile irtibat kuran, ikametinden elde edilen not defterlerinde örgüt mensupları ile ilgili notlar bulunan, darbe girişiminden bir gün öncesinde Can Erzincan isimli televizyon kanalında diğer sanıklar Mehmet Hasan Altan ve Ahmet Hüsrev Altan ile gerçekleştirdikleri "Özgür Düşünce" isimli programda konuşma yapan sanık Ayşe Nazlı Ilıcak yönünden;

Anayasayı ihlal suçuna fail olarak iştirak ettikleri kanıtlanamayan, yazılan yazı ve söylenen sözlerle nedeniyle FETÖ/ PDY terör örgütü lider ve yöneticilerin suçun işlenmesine karar verildiğinin kabulüne olanak bulunmaması nedeniyle azmettirmenin koşullarının oluşmadığı, suça teşvik yada suç kararını kuvvetlendirmek suretiyle yardım edildiğinin kabulü için işlenecek suçun bilinmesi gerçekleşen neticenin faillerin eseri olduğunu kabul edilmesi mümkün olmadığından



şerikliğin yasal koşullarının gerçekleşmediği, silahlı terör örgütü FETÖ/PDY'nin hiyerarşik yapısına organik bağla dahil olup, süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk içeren faaliyetleri nedeniyle anılan örgütün üyesi oldukları yönünde iddia ve kabul bulunmayan, dosyada buna dair her hangi bir delile de rastlanmayan ve esas itibarıyla kamuoyunca da tanınan siyasi-ideolojik kimlikleri itibarıyla savunmaları hayatın olağan akışına uygun düşen gazeteci sanıklar Ahmet Hüsrev Altan ve Ayşe Nazlı Ilıcak'ın, gazetecilik faaliyeti kapsamında gerçekleştirdikleri makale ve konuşmalarının eleştiri içeren muhtevastından ayrı olarak, ayrıntıları Dairenin 2015/3-2017/3 sayılı kararında açıklandığı üzere; önce dini bir kült, ardından bir terör örgütüne dönüşen, amaca ulaşmak için her yolu mübah gören fakat sözde meşruiyetini sivil alanda dinden, kamusal alanda ise hukuktan aldığı izlenimi vermek için yeterli güce ulaşınca kadar alenen kriminalize olmamaya çalışsan FETÖ/PDY'nin eğitim öğretim

Faaliyetleri, sivil toplum ve meslek kuruluşları, yerel ve Uluslar arası ticari işletmeler, basın-yayın ve medya organları gibi legal yapılar ve Abant Toplantıları, Türkçe olimpiyatları benzeri prestijli organizasyonlar üzerinden oluşturulan sempatizan halkasından insan ve maddi kaynak devşirdiğinin açıklığa kavuşmuş olması da gözetildiğinde, nihai amacı anayasal düzeni değiştirmek olarak belirginleşen ve bu maksatla Devletin silahlı kuvvetlerine sızan mensuplarının silahlı bir kalkışma/darbe gerçekleştirme ihtimalinin kuvvetle muhtemel olarak görüldüğü bir dönemde örgütün, anayasal düzene karşı icra edeceği kalkışma öncesindeki sürece mutad siyasi muhalefet görüntüsü vermeye çalışmak ve örgütün sempatizan sınıfını oluşturan geniş halk kitleleri nazarında sözde meşruiyetini korumak amacına hizmet eder mahiyetteki, gazetecilik faaliyeti kapsamında değerlendirilmesi de mümkün olmayan sübut bulan eylemlerinin, TCK'nın 314/3 ve 220/7 maddeleri delaletiyle 314/2. maddesinde düzenlenen, hiyerarşik yapısına dahil olmamakla birlikte FETÖ/PDY silahlı terör örgütüne yardım etmek suçunu,

1.C) Uzun yıllar terör örgütüne müzahir olması nedeniyle kapatılan Zaman Gazetesinin çeşitli birimlerinde ve son olarak da marka pazarlama direktörlüğü gibi üst düzey görevlerde bulunan, örgüt liderinin talimatı üzerine örgüte ait Bank Asyada kendi adına katılım hesabı açtıran, çocukları adına da hesap açıp para yatıran, terör örgütünün üst düzey yöneticilerinden Hidayet Karaca, Hüseyin Kara, Abdullah Aymaz, Alaaddin Kaya, Halit Esendir, Selman Kuzu ve Ahmet Kirmiş ile irtibat-iletişim kuran, firari sanık Ekrem Dumanlı ve sanık Fevzi Yazıcı ile birlikte örgütün yayın organlarına ilişkin yayınlanacak reklam filmlerini hazırlayan ekipte bulunup Ekim 2015 tarihinde yayınlanan "Sükutun çığılığı" başlıklı spekülative subliminal mesaj içerikli reklam filminin hazırlanmasında yer alan ve yakalandığı ikametinde örgüt liderine ait kitapları bulduran, sanık Yakup Şimşek'in,

Uzun yıllar terör örgütüne müzahir olması nedeniyle kapatılan Zaman Gazetesinin görsel yönetmen-grafik tasarım sorumlusu olarak üst düzey görevde bulunan, kendi beyanlarına göre 1999-2003 yılları arasında Amerika'da bulunduğu dönemde örgüt liderinin bizzat gerçekleştirdiği toplantılarına katılan, örgüt liderinin talimatı üzerine Bank Asya hesabına para yatırıp katılım hesabı açan, örgüle iltisaklı olduğundan bahisle 667 sayılı KHK ile kapatılmasına karar verilen Pak Medya İş Sendikası üyesi olan, firari sanık Ekrem Dumanlı ve sanık Yakup Şimşek ile birlikte örgütün yayın organlarına ilişkin yayınlanacak reklam filmlerini hazırlayan ekipte bulunup Ekim 2015 tarihinde yayınlanan "Sükutun çığılığı" başlıklı spekülative subliminal mesaj içerikli içerikli reklam filminin hazırlanmasında yer alan sanık Fevzi Yazıcı'nın;

Terör örgütünün yayın organı olup kapatılmasına karar verilen "samanyoluhaber.com" internet sitesinde köşe yazarlığı ve "Samanyolu Haber" televizyonunda "Bağzı Şeyler" isimli programın sunuculuğunu yapan, terör örgütünün amaçları doğrultusunda propaganda faaliyetleri için kullanılan "fuatavni" isimli twitter hesabının kullanıcılarından olan Said Sefa isimli şahıs ve terör örgütünün üst düzey yöneticilerinden Abdullah Aymaz ile irtibatı bulunan, 07/03/2016 tarihli "bir şey diyeceğim kızmayın" başlıklı köşe yazısında örgütü aklamaya ve destekleyici yazılar yazan, 30/12/2014 tarihinde twitter sosyal paylaşım platformu hesabında "çok ciddi

askeri darbe kokusu var havada" şeklinde paylaşımda bulunan, darbe girişiminin gerçekleştiği gün örgüte ait internet üzerinden yayın yapan STV kanalında "Özgürlük Zamanı" isimli programa katılarak darbe girişiminin gerçekleştiği anlarda askeri darbeyi övücü ve halkın darbeye karşı sokaklara çıkmasını engellemeye yönelik konuşmalar yapan, darbenin silahlı kuvvetler içerisindeki başka gruplarca gerçekleştirildiğini söyleyerek darbeci örgüt mensuplarını kamufle etmeye ve darbeyi meşrulaştırmaya çalışsan sanık Şükrü Tuğrul Özşengül'ün,

Sübut bulan eylemlerinin, silahlı terör örgütü FETÖ/PDY'nin hiyerarşik yapısına organik bağla dahil olarak, süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk içeren faaliyetleri nedeniyle anılan örgütün üyesi olduklarını ortaya koyduğundan TCK'nın 314/2. maddesinde düzenlenen silahlı terör örgütüne üye olmak suçunu oluşturduğu, gözetilmeden suç vasfında hataya düşülerek yazılı şekilde anayasayı ihlal suçundan mahkumiyetlerine karar verilmesi,

1.D) Kabul ve Uygulamaya göre de;

2.aa) TCK'nın 309. maddesi ile cezalandırılmasına karar verilen sanıklar hakkında hükümete karşı suç, yasama organına karşı suç ve silahlı terör örgütüne üye olma suçlarından 5271 sayılı CMK'nın 223. maddesi uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi,

3.bb) Sanıklar hakkında 3713 sayılı Kanunun 3. maddesinde mutlak terör suçu olarak sayılan Anayasayı ihlal suçundan verilen temel cezaya aynı Kanunun 5/1. maddesinin de tatbiki gerektiğinin gözetilmemesi,

4.cc) Kısa kararda hesaplanan yargılama giderlerinin, gerekçeli kararda tekrar hesaplanıp artırılarak düzeltilmesi ve Adli Emanetinin 2017/3278 sırasına kayıtlı not defteri ve 2017/3277 sırasına kayıtlı 1 doların dosyada delil olarak saklanması karar verilirken uygulama maddesi olarak müsadereyi düzenleyen TCK'nın 54. maddesine atıf yapılması suretiyle hükümde çelişkiye düşülmesi,

5.dd) Duruşmada Segbis vasıtasıyla kaydedilen sanık savunmalarına ilişkin Segbis çözüm tutanağı düzenleyen bilirkişiye ödenen ücretin yargılama gideri olarak sanıklara yükletilemeyeceğinin gözetilmemesi,

Kanuna aykırı, sanıklar ve müdafileri ile katılan vekillerinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan bu sebeplerden dolayı hükümlerin BOZULMASINA, suçların niteliği, tutuklulukta geçirilen süre ve mevcut delil durumu dikkate alınarak sanıklar ve müdafilerinin tahliye taleplerinin reddine, 28.02.2019 tarihinde yürürlüğe giren 20.02.2019 tarih ve 7165 sayılı Kanunun 8. maddesiyle değişik 5271 sayılı Kanunun 304/1. maddesi uyarınca dosyanın İstanbul 26. Ağır Ceza Mahkemesine, kararın bir örneğinin bilgi için İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 2. Ceza Dairesine gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİİNE, 05.07.2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.