

Tahliye İsteklidir

YARGITAY () CEZA DAİRESİ BAŞKANLIĞINA

Sunulmak Üzere

İZMİR BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ 2.CEZA DAİRESİ BAŞKANLIĞINA

TEMYİZ EDEN SANIK _____ : Vahit Yazgan

VEKİLİ _____ : Av. Mehmet Nur Terzi

SUCU _____ : Silahlı örgüte üye olmak

TEMYİZ KONUSU KARAR : İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 2.Dairesinin 2018/2332 Esas, 2018/1936 Karar nolu, 18.07.2018 tarihli istinaf başvurusunun reddine ilişkin kararı

TEBLİĞ TARİHİ _____ : 06.08.2018

TEMYİZ SEBEPLERİ _____ :

1. İstinaf mahkemesi, sanığa ek savunma hakkı verilmemesinin, esas hakkındaki mütalaaya karşı sunduğu savunma ile giderildiğini, mahkumiyet kararı verilen suç yönünden sanığın savunma hakkının kısıtlanmadığı, ilk derece mahkemesinin kararında usule ve esasa ilişkin herhangi bir hukuka aykırılığın bulunmadığı, delillerde ve işlemlerde herhangi bir eksiklik olmadığı, ispat bakımından değerlendirmenin yerinde olduğu, eylemlerin doğru olarak nitelendirildiğini belirterek sanık müdafilerinin ileri sürdüğü nedenlerin yerinde görülmemesinden bahisle istinaf başvurusunun esastan reddine karar vermiştir.

2. Oysa istinaf mahkemesi sanık sanık müdafilerinin ileri sürdüğü nedenlerin hiçbirisini değerlendirmemiştir “*Delillerde ve işlemlerde herhangi bir eksiklik olmadığı, ispat bakımından değerlendirmenin yerinde olduğu, eylemlerin doğru olarak nitelendirildiği*” gerekçesi ise; tüm dosyalarda kullanılabilen kalıp bir gerekçe olup kişiye (sanığa) özgü bir yanı yoktur. Örneğin sanığın gazetecilik faaliyetinin örgüt üyeliğinin delili olup olamayacağına ilişkin bir değerlendirme yapılmamıştır. Bu nedenle İstinaf mahkemesince dikkate alınmayan istinaf gerekçelerini yeniden ileri sürme zorunluluğu doğmuştur.

USUL YÖNÜNDEN

3. Gerek ilk derece Mahkemesine gerekse İstinaf Mahkemesinde sanığın mal varlığı üzerine konan tedbirin kaldırılması istemine ilişkin herhangi bir karar verilmemiştir. Hüküm mahkemesine sunulan 15.02.2018 tarihli esas hakkındaki savunma ile 7 Mart ve 3 Nisan 2018 tarihli dilekçelerde müvekkil Vahit Yazgan'ın mal varlıkları üzerindeki tedbirin kaldırılması istenmiştir. 28.02.2018 tarihli karar duruşmasında dosyada konuya ilişkin evrak bulunmadığı için bir karar verilmemiştir. Aynı şekilde 7 Mart 2018 ve 3 Nisan 2018 tarihli dilekçelerimiz hakkında da bir karar verilmemiş, tedbire konu evraklar C.Savcılığından istenmiştir. Dosyanın istinaf Mahkemesine gitmesine kadar geçen sürede evraklar Savcılıktan gelmediği için bir karar verilmemiştir. İzmir Cumhuriyet Başsavcılığı Terör ve Örgütlü Suçlar Bürosunun 25.04.2018 tarihli yazısı tedbir kararının uygulanmasına ilişkin yazılan müzekkerelerin birer örnekleri ile birlikte Ağır Ceza Mahkemesine gönderilmiş, ancak bu kez dosya İstinaf Mahkemesinde olduğu için bir karar verilmemiştir. İstinaf Mahkemesi de talebe rağmen bu konuda bir karar vermemiştir. Ne varki tedbirin kaldırılması hususunda mahkemeler dışında yetkili bir merci bulunmamaktadır. Konuya ilişkin bir karar verilmemesi müvekkilin mülkiyet hakkından süresiz biçimde yoksun kalmasına yol açmaktadır.

Tedbir kararına ilişkin bir mahkeme yada hakim kararı yoktur. İzmir Cumhuriyet Başsavcılığı Terör ve Örgütlü Suçlar Bürosunun 23.11.2016 tarihli yazısı ile müvekkilin mal varlıkları üzerine tedbir konmuştur. Öncelikle belirtmek gerekir ki, hakim kararı olmaksızın müvekkilin mülkiyetini kullanımından yoksun bırakılması Anayasa 34 md. ve AİHS Ek 1 nolu protokol 1.md.de güvenceye alınan mülkiyet hakkının ihlali niteliğindedir. İkincisi bu konuda bir karar verilmemesi bozmayı gerektirir. Sonuç olarak mal varlığı üzerindeki tedbire ilişkin bir karar içermeyen hükmün bozulmasına ve mal varlığı üzerindeki tedbirin kaldırılmasına karar verilmesini talep ediyoruz.

TAHLİYE İSTEMİ

4. Yerel mahkeme hüküm ile birlikte tutukluluk halinin devamına karar vermiştir. İstinaf Mahkemesi *sanığa silahlı terör örgütü üyeliği suçu nedeni ile hükmen verilen hapis cezasının miktarı ve sanığın tutuklulukta geçirmiş olduğu süre dikkate alındığında, orantılılık ilkesinin bozulmamış olduğu ve suçun niteliği karşısında Adli Kontrol Tedbirlerinin yetersiz kalacağı anlaşıldığından, sanığın ve müdafinin tahliye taleplerinin reddine* karar vermiştir. Müvekkil 2 yılı aşkın bir süredir tutukludur. Hükme dayanak yapılan delillerin tartışmalı oluşunun yanında tutukluluk süresinin uzunluğu tutuklamayı peşinen cezaya dönüştürmektedir. Alt paragraflarda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere mahkumiyet gerekçelerinin dayanaksız oluşu ve tutuklulukta geçen sürenin uzunluğu dikkate alınarak, cezalandırıcı nitelikteki tutuklamanın kaldırılarak tahliyesine karar verilmesini dilemekteyiz. 8 yıl 9 aylık hapis cezasına karşılık 2 yıllık tutukluluk süresinin orantılı olduğunun kabulü gerekir. Orantılılık ilkesi; hükmedilen cezanın infaz süresinin tamamlaması olarak yorumlanamaz. Sanık hakkında suç işlendiğine dair ciddi belirtilerin bulunması ve cezanın ağır olması uzun süre devam eden tutukluluğu haklı göstermez. Tutukluluğun devamı, sanığın kaçması kaygısına dayanıyorsa bu kaygı çeşitli yöntemlerle teminata bağlanabilir. Müvekkil ile benzer cezaları alanlar hüküm ile birlikte tahliye edilmektedir. Müvekkil 15 Temmuz darbe girişiminden sonra, vizesi olduğu için, yurtdışına çıkma olanağı olduğu halde kaçmamıştır. Evinde göz altına alınmıştır. O zaman kaçmayan müvekkilin şimdi kaçması için bir neden yoktur. Ayrıca AİHM kararlarında belirtildiği gibi tutukluluk süresi uzadıkça kaçma ihtimalinin azaldığı dikkate alınmalıdır. Tutuklu kaldığı 2 yıllık sürenin ve kaçma ihtimalinin bulunmayışının değerlendirilerek, AİHM ve AYM kararları ışığında müvekkilin tahliyesine karar verilmesini talep ediyoruz.

SAVUNMA HAKKININ İHLAL EDİLMESİ BOZMA SEBEBİDİR

5. İstinaf Mahkemesi sadece ek savunma yönünden bir değerlendirme yaparak savunma hakkının kısıtlanmadığını belirtmiştir. Oysa müvekkilin göz altına alınmasından itibaren KHK gereği avukat ile görüşmesine kısıtlama getirilmiştir. Haftada bir kez bir saat ve kameralar denetiminde yapılan avukat görüşünün savunma olanaklarını kısıtladığı açıktır. İlaveten Savcılığın 15 Şubat 2018 tarihinde esas hakkındaki mütalaasını sunmasından sonra duruşma iki hafta sonrasına, 28 Şubat 2018 tarihine, ertelenmiş ve o gün karar verilmiştir. Savunmanın adil yargılama standartlarında hazırlanabilmesi için cezaevinde avukat kısıtlamasının kaldırılması yönünde yerel mahkemeye 16 Şubat 2018 tarihinde dilekçe ile başvurulmuştur. Mahkeme tarafından bu hususta bir karar verilmediğinden cezaevindeki avukat görüşü KHK gereği öncekiler gibi kısıtlama altında yapılmıştır. 28 Şubat 2018 tarihli karar duruşması öncesi savunma hazırlığı için 2 hafta içinde birer saatten 2 kez ve toplam 2 saat gözetim altında avukat görüşü yapılabilmıştır. CMK md. 230/h bendine konu savunma hakkı sınırlandırılmıştır. Bu durum adil yargılama ilkesinin ihlalidir. Müvekkil, duruşmalardaki beyanlarında görüleceği üzere; cezaevinde savunmasını hazırlamakta zorlandığını, bir çok evraka ulaşamadığını, mahkemeye götürmek için yazdığı dilekçelere ve belgelere cezaevinde el konulup kendisine verilmediğini, savunma hakkının bir çok kez kısıtlandığını açıklamıştır.

İlaveten avukat müvekkil görüşmelerinde tüm evraklar KHK gereği cezaevi görevlilerince denetlenmiş, avukatın aldığı notlar delil olarak dosyaya konmuştur. Tüm bunlar adil yargılama ilkesinin ihlali olup Anayasa 90.md. ve AİHS 6/3.maddeye aykırıdır. Bu nedenle bozmayı gerektirir.

CEZA TAYİNİNDE ALT SINIRDAN UZAKLAŞILMASI BOZMA SEBEBİDİR

6. Sanığın eylemine uyan 5237 sayılı TCK'nın 314/2 maddesi gereğince failin güttüğü amaç ve saik, örgütün Bylock isimli gizli haberleşme programını kullanmış olması, suçun işleniş şekli, sanığın işlediği suça ilişkin eylem ve faaliyetlerinin çeşitliliği ve yoğunluğu nedeniyle meydana gelen tehlike ve zararın ağırlığı, kastının yoğunluğu dikkate alınarak taktiren ve teşdiden cezalandırılmasına karar verilmiş, alt sınır olan 5 yıl yerine 7 yıl hapis cezası uygulanmıştır. Açıklandığı üzere müvekkil aleyhine kabul edilen delillerin hukuken tartışmalı olması, hatta delil vasfı taşımadığı dikkate alındığında faaliyetlerinin çeşitliliği ve yoğunluğundan söz edilemeyeceği için ceza tayininde alt sınırdan uzaklaşılması bozmayı gerektirir. Keza kastın yoğunluğundan da söz edilemez. Müvekkilin suç teşkil etmeyen eylemleri (gazetecilik yapması, çocuğunu iltisaklı okulda okutması, banka kredisi kullanması, HTS baz sinyal kayıtları, v.s) abartılı Bylock kullanım sayısı, ispatlanmayan eylemleri (abilik yapması v.s) çokmuş gibi kabul edilerek kastın yoğunluğu artırım gerekçesi yapılamaz. Üstte açıklandığı gibi suç teşkil etmeyen eylemlerin çeşitliliği ve buna dayalı kastın yoğunluğu nedeni ile alt sınırdan uzaklaşılması hukuki değildir. Müvekkil ile benzer durumda olanlara alt sınırdan cezalar verilmektedir.

7. 15 Temmuzda meydana gelen tehlike ve zararın ağırlığı ile müvekkilin durumu arasında bir illiyet bağı yoktur. Müvekkil duruşmalarda hiçbir biçimde suç işleme kastının olmadığını, FETÖ/PDY dahil tüm terör örgütlerini lanetlediğini, 15 Temmuz gecesi darbecileri ilk lanetleyenlerden olduğunu belirtmiştir. Nitekim 15 Temmuz darbe kalkışması gecesinde ve ertesi gün attığı tweetler bunu teyit etmektedir. 17/25 Aralık'tan sonra işsiz kalmamak ve ailesinin geçimini sağlamak için bu gazetede çalışmaktan başka seçeneğinin olmadığını, ama bugünden geriye baktığında ayrılmamakla hata ettiğini, çocuğunun okuduğu Yamanlar Kolejindeki bir öğretmenin basın bültenlerini göndermek için ByLock programı telefonuna kurduğunu, kendisinin de bu amaçla kullandığını, sakıncalı bir program olduğunu bilse kullanmayacağını, hatta kullandığı eski telefonunu oğluna vermeyeceğini eklemiştir. Son olarak TCK 30.md.kapsamında hataya düştüğünü ve pişman olduğunu belirtmiştir. Tüm bunların dikkate alınmayarak ceza tayininde alt sınırdan uzaklaşılması bozmayı gerektirir

GAZETECİLİK FAALİYETİNİN SİLAHLI TERÖR ÖRGÜTÜNE ÜYELİK İÇİN DELİL KABUL EDİLMESİ BOZMAYI GEREKTİRİR

8. Sanık müvekkilin 1993-2016 yılları arasında muhabir, gazeteci ve editör olarak Zaman Gazetesinde görev yapması silahlı terör örgütüne üyelik için delil kabul edilmiştir. Gerek kanunilik ilkesi gerek Anayasal çalışma hakkı gereği müvekkilin 25 yıl sürekli sarı basın kartı sahibi ve Gazeteciler Cemiyetine üye bir gazeteci olarak Zaman gazetesinde çalışmasının suç teşkil edeceği düşünülemez. Müvekkil 17/25 Aralık'tan sonra başka gazetelerde iş bulmak için hükümete yakın kişilerden yardım istediğini, ancak sonuç alamayınca işsiz kalmamak ve ailesinin geçimini sağlamak için 23 yıl çalıştığı gazetede çalışmayı sürdürmekten başka seçeneğinin olmadığını duruşmada açıklamıştır. Bununla birlikte devlet kurumlarının izni ile

yasal olarak faaliyet gösteren bir gazetede 1993 - 2016 tarihleri arasında çalışmasının sonradan suç olarak kabul edilmesi kanunilik ilkesi ile Anayasal çalışma ve mülkiyet hakkının ihlali niteliğindedir. Ayrıca müvekkilin gazetecilik yapmasının mahkumiyet gerekçesi yapılması açıkça ifade hürriyeti kapsamındaki basın özgürlüğünün ihlalidir.

Şahin Alpay & Mehmet Altan ile ilgili Anayasa Mahkemesinin 2016/16092 nolu ve AİHM'in 13237/17 nolu, 20.03.2018 tarihli kararı müvekkil yönünden emsal niteliktedir. Söz konusu kişiler Şahin Alpay ve Mehmet Altan, TV.de yaptıkları program nedeni ile örgütle iltisaklı basın yayın organlarında gazetecilik kapsamında konuştukları için cezalandırılmıştır. Tutuklanmaları ve cezalandırılmaları; hem" kişi özgürlüğü ve kişi güvenliği hakkının" hem de ifade hürriyeti/basın özgürlüğünün ihlali olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle müvekkilin gazeteci olarak çalışmasının suç gerekçesi/delili olarak kabulü bozmayı gerektirir.

Çocuğunun örgütle iltisaklı okulda eğitim-öğretim görmesinin silahlı terör örgütüne üyelik için delil kabul edilmesi bozmayı gerektirir

9. Müvekkilin, binlerce veliden birisi olarak, zamanında yasal olarak faaliyet gösteren ve gene zamanında İzmir'de popüler olan Yamanlar Kolejine çocuğunu göndermesi suç delili olarak kabul edilemez. Devlet kurumlarının izni ile yasal olarak faaliyet gösteren bir okula öğrenci olarak çocuğunu göndermenin sonradan suç olarak kabul edilmesi kanunilik ilkesi ile Anayasal eğitim hakkının ihlali niteliğindedir. Bu nedenle bu konunun suç delili olarak kabulü bozmayı gerektirir. **Yargıtay 16. Ceza Dairesi, 26.10.2017 tarihli 2015/3 E. ve 2017/3 K. nolu kararında;** *sanığın birkaç kez örgütün dini sohbet toplantılarına katılması, örgüt tarafından çıkarılan gazetelere gerçek adı ile abone olması ve çocuğunu örgütle bağlantılı olduğundan bahisle kapatılan bir okula göndermekten ibaret fiilleri ile sanığın konumu ve kişisel özellikleri de nazara alındığında örgüte sempati ve örgütle iltisak boyutunu aşan, örgüt üyesi olduğunu kanıtlamaya yeterli örgütsel faaliyetler kapsamında değerlendirilemez demıştır.*

Bank Asya'da katılım hesapları açmasının silahlı terör örgütüne üyelik için delil kabul edilmesi bozmayı gerektirir

10. Müvekkilin Bank Asya hesabında 2014 yılında iki kez meydana gelen artışı ve 55.000 TL.lik araç kredisi kullanmasına rağmen Bank Asya'daki Katılım hesabındaki 16.529 TL. ile 8203 dolarlık katılım hesabı açması örgüt üyeliğinin delili olarak kabul edilmiştir. 22.01.2014 ve 23.10.2014 tarihlerinde hesaptaki para artışı örgüt üyeliğinin delili olarak değerlendirilmiştir. Yargılama sırasında her iki artışın da araç alım satımından kaynaklandığı belgeleri ile ispatlanmıştır. Bu artışların doğrudan bankaya para yatırarak değil araç satışı ve çekilen kredi nedeni ile banka havalesi şeklinde olduğu kanıtlanmıştır. Bu durum mali bilirkişi raporunda da kabul edilmiştir. Bununla birlikte müvekkilin çektiği 55.000 TL. lik tüketici kredisini alıcı Yakup Kurnaz'a havale etmekle birlikte Bank Asya'da (katılım hesabında 16.529 TL. olmasına rağmen bunu araç alımında kullanmak yerine) 8203 dolarlık katılım hesabı açması örgüt liderinin çağrısına uymak olarak değerlendirilmiştir.

11. Hesap inceleme tutanağında görüleceği üzere; müvekkilin çalıştığı gazetenin maaşları yatırması nedeni ile Bank Asya'da hesabı vardır. Ve örgüt liderinin talimat tarihinden önce, 2013 yılı boyunca, müvekkilin banka hesabında ortalama 18-19 bin lira para hep vardır. Bu husus Vergi Başmüfettişi Tuncel Atabay'ın düzenlediği 17.05.2017 tarihli inceleme raporunun

23.sayfasında açıkça görünmektedir. Araç kredisi kullanıldıktan sonra bankada tutulan miktar 16.529TL.dir. Yani örgüt liderinin talimatından önce 2013 yılı boyunca hesapta tutulan miktardan fazla değildir. Bu husus ve veriler hüküm mahkemesince dikkate alınmamıştır.

Müvekkilin kayınbiraderi Şeref Yazgan'a borcu nedeni ile onun parasını da hesabında tuttuğunu açıklamıştır.

Bahsedilen 16.529 TL. yüksek bir miktar olmadığı gibi, müvekkilin bir önceki yıl hesapta tuttuğu ortalama miktardan azdır. Bu durumda bu paranın hesapta tutulması hukuken örgüt üyeliğinin delili olarak kabul edilemez.

İlaveten Yargıtay 16.Ceza Dairesi, 20.12.2017 tarihli 2017/1862 E. ,2017/5796 K. nolu son kararı ile Bank Asya'ya para yatırılmasını TCK 220/7 md. kapsamında kabul ederek "örgüte hakim olan hiyerarşik ilişki içinde olmamakla beraber, örgütün amacına bilerek ve isteyerek hizmet eden kişi, örgüt üyesi olarak kabul edilerek cezalandırılır." demiştir.

FETÖ/PDY silahlı terör örgütünün İzmir ilindeki üst düzey mensuplarına sohbet abiliği yaptığı iddiası

12. İlk derece Mahkemesi bu konuda HTS baz sinyal kayıtlarına ve İzmir C.Başsavcılığına gönderilen isimsiz ve imzasız ihbar mektubuna dayanmıştır. *Yapılan bu HTS Analizi ve ihbar dilekçesinde belirtilen hususlar birlikte değerlendirildiğinde, sanık Vahit YAZGAN'ın FETÖ/PDY silahlı terör örgütünün İzmir ilindeki üst düzey mensupları olan A. K. , A. K. , M. S. , S. K. , B. B. , H. R. , D. A. D. , Ş. D. , M. G. , M. Ö. , Ş. K. , Ü. K. isimli kişiler ile sık sık bir araya geldiği ve bu kişilere 17-25 Aralık 2013 tarihinden sonra çeşitli tarihlerde sohbet abiliği yaptığı kanaatine varılmıştır.*

13. Hazırlık soruşturmasında C.Savcılığına sunulan müvekkil hakkındaki imzasız ve isimsiz bir ihbar mektubuna dayalı bir cümlelik "geçmişte babalara sohbet abiliği yaptı" iddiası, bu delilin hukuken geçerli olmaması nedeni ile dikkate alınmaz. Ceza hukukun genel ilkesi gereği iddia makamı iddiasını ispatlamakla yükümlüdür. Oysa dosyada bu soyut suçlamayı destekleyici başkaca bir bilgi veya beyan yoktur. Müvekkilin nerede, ne zaman, hangi toplantıda hangi kişilere sohbet abiliği yaptığına dair bir bilgi içermeyen isimsiz ve imzasız soyut ihbar hukuki kanıt olarak kabul edilemez. Zaten bu **sebeple C.Savcılığı esas hakkındaki mütalaasında bu delile dayanmaktan vazgeçmiştir.** Ancak Mahkeme hüküm gerekçesi yapmıştır. Kaldı ki, iddia makamının iddianamede dayandığı tek yönlü bir delile itibar edilmesi adil yargılama ve silahların eşitliği ilkesine aykırılık oluşturur. Bu mektubu gönderen kişi gerçekte var ise tanık olarak duruşmada dinlenir ve sanık ile avukatına bu kişiyi sorgulama hakkı tanınırdı. Nitekim, müvekkil aleyhine emniyette tanıklık yapan Kürşat Yükselcan'ın duruşmada tarafımızdan sorgulanması sonucu tanıklığı delil olmaktan çıkartılmıştır. Belirsiz gizli ihbarcının tanık olarak dinlenmemesi ve savunma tarafına bu kişiyi sorguya çekme fırsatının verilmemesi adil yargılama ilkesinin ihlalidir. Keza müvekkilin kendilerine abilik yaptığı belirtilen A. K. , A. K. , M. S. , S. K. , B. B. , H. R. , D. A. D. , Ş. D. , M. G. , M. Ö. , Ş. K. , Ü. K. isimli kişiler müvekkil hakkında herhangi beyanda bulunmamış yada tanıklık yapmamıştır. Hüküm mahkemesi bu hususu delil olarak kabul edecekse, anılan kişileri tanık olarak dinleyebilir ve tarafımızdan sorgulanmalarına izin verebilirdi. Bunun yapılmadan hüküm gerekçesi olarak kabulü bozmayı gerektirir.

14. Hüküm Mahkemesinin delil olarak kabul ettiği HTS kayıtları, telefon görüşmelerine değil, telefon baz sinyallerine ait kayıtlardır. **C.Savcılığı esas hakkındaki mütalaasında sohbet abiliğinde olduğu gibi bu delile de dayanmaktan vazgeçmiştir.** Müvekkilin değişik

zamanlarda kamuya açık ve geniş alanlarda, hakkında soruşturma/dava açılan kişilerle aynı yerde bulunması suç delili olarak kabul edilmiştir. Müvekkil, gazeteci olup mesleği gereği pek çok yerde bulunmuş ve toplantılara katılmıştır.

Başka kişilerin de telefonlarının aynı yerden sinyal vermesi o kişilerle gizli toplantı yaptığı anlamına gelmez. Örneğin müvekkilin 2013 Haziran başında Atatürk stadında yapılan Türkçe olimpiyatlarına dönemin Ulaştırma bakanı Binali Yıldırım ile İzmir Büyükşehir Belediye Başkanı Aziz Kocaoğlu'nun konuşmacı olduğu toplantıda veya 2013 Mayıs ayında İzmir Fuar alanında dönemin Ulaştırma bakanının da katıldığı ülkeler şöleninde hakkında soruşturma olan kişilerin telefonları da sinyal verebilir. Bunun gibi kamuya açık toplantılara müvekkilin tanıdığı tanımadığı pek çok kişi katılmıştır. Bu durumda müvekkilin orada bulunanlarla (telefonu sinyal verenlerle) örgütsel toplantı yapmış olduğunun kabulü gerekir. Keza telefonu sinyal verdi diye, Kaya Prestige otelde dönemin İzmir Vali ve Başsavcısının vedası nedeni ile verilen protokol yemeğinde yada işadamının düğününde bulunan müvekkilin, değişik nedenlerle aynı toplantıya gelmiş protokole dahil kişilerle örgütsel toplantı yaptığını kabul etmek gerekir. HTS kayıtlarına göre gizli toplantı yapılmış olabileceği belirtilen yerlerden birisi de; müvekkilin çalıştığı gazetenin bulunduğu iş hanının altındaki Basmane / Mumcu camidir. Müvekkilin telefonu camiye gelenlerle aynı bölgeden sinyal verdi diye camiye gelenlerle gizli örgüt toplantısı yaptığı herhalde düşünülemez

15. Müvekkil, HTS baz sinyal kayıtlarına dayanılarak A. K. , A. K. , M. Ö. , R. D. vb. silahlı terör örgütünün İzmir ilindeki üst düzey mensupları ile sık sık bir araya gelip onlara sohbet abiliği yapmaktan dolayı örgüt üyesi olarak kabul edilmiştir. Adı geçen kişiler İzmir'de tanınan işadamları olup, aynı zamanda dönemin EXPO yönetiminde olan kişilerdir. Söz konusu kişilerin katıldığı mekanlarda/ toplantılarda gazeteci olarak bulunması muhtemel olan müvekkilin cep telefonları aynı yerden sinyal verdi diye örgüt üyesi olarak kabulü hukuka aykırıdır. Üstelik bu kişilerin müvekkil aleyhine her hangi bir ifade yada beyanı yoktur. Eğer böyle bir durum olsaydı ortaya çıkardı.

16. Delil olarak kabul edilen HTS kayıtları, görüşmelere değil telefonun gönderdiği baz sinyallerine ait kayıtlardır. İsmi geçen kişilerle müvekkil arasında görüşmeler yapıldığına dair dosyada bir veri yoktur. Zaten böyle olduğu için İddianamede her bir sinyal kaydının değerlendirilmesi yapılırken, baz sinyallerine dayanılarak örgüt toplantısının **yapılmış olabileceği** söylenmiştir. Bu nedenle telefon baz sinyalleri örgüt üyeliği için delil olarak kabul edilemez. Kabulü bozmayı gerektirir.

17. Telefon baz sinyallerinin tek başına hukuki bir kanıt olarak kabul edilemeyeceğine ilişkin **Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 2013/247 E. 2015/6 0 K. nolu, 24.03.2015 tarihli kararı emsal niteliktedir; Baz istasyonlarının kapsama alanında olmayan yerlerde mobil iletişim kurmak mümkün olmadığından, bir cep telefonu ile iletişim kurabilmek için o telefonun mutlaka bir baz istasyonunun kapsama alanında bulunması zorunludur.**

Olay tarihinde cep telefonlarının aynı baz istasyonundan sinyal vermesi nedeniyle sanıkların buldukları iddia edilmekte ise de; baz istasyonlarının geniş bir kapsama alanının olması, sanık M. Ç.'in işyeri ile N. Ç.'in görev yaptığı adliye ve ikamet ettiği lojmanın birbirine yakın yerlerde bulunması ve İ. D.'nin avukat olması dikkate alındığında cep telefonlarının aynı baz istasyonundan sinyal vermesinin normal olduğu, başka bir anlatımla İstanbul, Ankara gibi büyük şehirlerde birbirine yakın yerlerde oturan, çalışan veya tesadüfen oradan geçmekte olan insanların cep telefonlarının aynı baz istasyonundan sinyal vermesinin olağan bir durum olması göz önüne alındığında, cep telefonlarının aynı baz istasyonu kapsamında sinyal vermesinin sanık M. Ç.'in diğer sanıklarla bir araya geldiği ve görüştüğünü kabule imkan vermemektedir. Cep telefonları ile yapılan görüşmeler, baz istasyonları ile cep

telefonları arasında karşılıklı gönderilen elektromanyetik dalgalarla sağlanmaktadır. Özellikleri gereği bir baz istasyonunun dan aynı anda birçok cep telefonu yararlanmakta ve bu baz istasyonunun vasıtasıyla görüşme yapabilmektedir. Nüfusu kalabalık olan yerleşim bölgelerinde ise bu sayı daha da artmakta, aynı anda pek çok cep telefonu aynı baz istasyonundan sinyal verebilmektedir. Bu nedenle, farklı kişiler tarafından kullanılan cep telefonlarının aynı baz istasyonu kapsama alanında bulunması ve sinyal vermesi tek başına o kişilerin bir araya geldikleri veya buluştukları anlamına gelmeyecektir.

By Lock kullanımının silahlı terör örgütüne üyelik için yeterli kabul edilmesi

18. İki yüz binden fazla kişinin By Lock programını kullandığı basına yansımıştır. Bunların hepsinin silahlı örgüt üyesi olduğu düşünülemez. Bu nedenle By Lock kullanılması, kullanma amacından bağımsız olarak tek başına örgüt üyeliğine delil teşkil etmez. Bir çok kişi bu programı baskıyla, hatırla, ticari yada mesleki çıkarlar nedenlerle kullanmış olabilir. Dolayısıyla burada kullanımdaki kasit unsurunun dikkate alınması gerekir. Eğer kişi örgütsel bir talimatla ve haberleşmede gizliliğin sağlanması amacıyla değil de, bunların dışında bir sebeple kullanmışsa bu kullanım otomatik olarak silahlı örgüt üyeliğinin kanıtı olarak değerlendirilemez. 26.09.2017 tarihli Yargıtay Ceza Genel Kurul kararında; örgüt talimatı ile bu ağa dahil olunduğunun ve gizliliği sağlamak için haberleşme amacıyla kullanıldığının, her türlü şüpheden uzak, kesin kanaate ulaştıracak teknik verilerle tespiti halinde, kişinin örgütle bağlantısını gösteren delil olacağı kabul edilmiştir. Müvekkilin By Lock'u örgütsel talimatla kullandığına dair dosyada aleyhe somut bir veri yoktur. Keza gizliliğin sürdürülmesi amacıyla By Lock'u kullandığı da somut verilere dayanılarak ileri sürülmemiştir. Mesaj içerikleri incelendiğinde görüleceği üzere; çoğunlukla, müvekkilin dahil edildiği, başkalarının oluşturulan gruplardan gelen mesajlar vardır. Müvekkilin kendisinin oluşturduğu bir grup yoktur. Ayrıca gelen kayıtlarda müvekkile gönderilen maillerin hiçbirisinin okunmadığı belirtilmiştir. Bu da müvekkilin bu programı gizli haberleşme amacıyla kullanmadığının başka bir göstergesidir. Mesajlar genellikle gazetecilik faaliyetleri kapsamındadır. Mesajlarda gizlilik olmayıp şifreli haberleşme yoktur. Bu da gizli bir faaliyet gerçekleştirmediğini gösterir. Müvekkilin örgüt talimatı ile bu ağa dahil olduğu ve gizliliği sağlamak için haberleşme amacıyla kullanıldığı her türlü şüpheden uzak, kesin kanaate ulaştıracak teknik verilerle tespit edilmemiştir. Aksine mevcut mesaj içerikleri bir gizlilik olmadığını gösterir niteliktedir. Hüküm mahkemesi mesaj içeriklerini bu kapsamda ele alıp değerlendirmemiştir. Sonuç olarak, hüküm mahkemesinin mesaj içeriklerini bu kapsamda değerlendirmemesi bozmayı gerektirir.

19. Her ne kadar Yargıtay, MİT teşkilat kanununun 4. maddesi gereği MİT'in, devletin güvenliğini tehdit eden bir terör örgütü ile ilgili elde ettiği verileri terörle mücadele konusunda görevli idari ve adli birimlere ulaştırmakla yükümlü olduğu ve MİT'in görev ifası sırasında elde ettiği veya rastladığı ve suç delili olabilecek unsurları dokunmadan, bozmadan adli makamlara veya terörle mücadele konusunda görevli birimlere iletmesi MİT'in istihbarati bilgi toplaması görüş bildirmesi olarak değil, görevi sırasında ulaştığı ve belirtilen suçlara (terörizm, uluslararası suçlar, siber güvenlik) konu olabilecek materyalleri adli makamlarla paylaşması delilin adli makamlara verilmesi olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmişse de, AİHM yasaya dayanmadan elde edilen delilleri "yasayla öngörülmüş olma" şartının yerine getirilmediğinden bahisle AİHS 8/2. md.nin ihlali olarak değerlendirmektedir. Müvekkil açısından da durum benzer niteliktedir. İlaveten MİT' in delilleri elde etme yöntemi Anayasa

20, 22, 38/6 ve CMK 134. maddelerinde belirtilen yasayla öngörülme şartını yerine getirmediği gibi, CMK 134. maddesinde belirtilen " bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma" ve " hakim kararı" unsurlarını ihtiva etmemektedir. Dolayısıyla delil olarak kabul edilemez.

20. 5651 sayılı internet ortamında yapılan yayınların düzenlenmesi ve bu yayınlar yoluyla işlenen suçlarla mücadele edilmesi yasası ve toplu kullanım sağlayıcıları hakkında yönetmelik gereğince; iç IP dağıtım Logoları 1 yıl süre ile saklanır. Bu nedenle 2014 ve 2015 yıllarına ait internet trafik verilerinin istenmesi yasaya ve yönetmeliğe aykırılık teşkil edecektir.

Örgüt üyeliği suçunun unsurları

21. Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarında belirtildiği gibi silahlı örgüt üyesi olma suçunun oluşması için kişinin suçu işleme amacını bilmesi ve istemesi gerektiği gibi, kişinin örgütün amaçlarını bildiği ve bu amaçların gerçekleşmesini istemiş olduğu somut delillerle ispatlanmalıdır. Müvekkilin örgütün amaçlarını bildiği ve bu amaçların gerçekleşmesini istediği somut delillerle ispatlanmamıştır. Ayrıca silahlı örgüt üyesi olma suçlarının ispatı için kişinin örgüt şeması ve hiyerarşik yapısı içinde yerinin tespit edilmesi gerekir. Müvekkil yönünden böyle bir tespit veya iddiaya da yer verilmemiştir. Ayrıca, 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 kanunun suç saydığı filleri işlemek amacıyla kurulan bir örgüt olduğunu bilerek üye olmak kastı ve iradesiyle hareket etmelidir. Müvekkil yönünden böyle bir amacın varlığı ortaya konmamıştır.

22. Yargıtay 16. Ceza Dairesi, 26.10.2017 tarihli 2015/3 E. ve 2017/3 K. nolu kararında; sanığın birkaç kez örgütün dini sohbet toplantılarına katılması, örgüt tarafından çıkarılan gazetelere gerçek adı ile abone olması ve çocuğunu örgütle bağlantılı olduğundan bahisle kapatılan bir okula göndermekten ibaret fiilleri ile sanığın konumu ve kişisel özellikleri de nazara alındığında örgüte sempati ve örgütle iltisak boyutunu aşan, örgüt üyesi olduğunu kanıtlamaya yeterli örgütsel faaliyetler kapsamında değerlendirilemez demiştir. " *Bağ kavramının, failin örgütün amacını bilmesinin ve örgüte katılmayı isteme iradesinin, örgüt iradesine teslimiyetin örgüt üyesi sayılmayı gerektirecek şekilde suç işlemenin örgüt üyeliği için arandığı, bunların dışında örgüte sempati duymanın (birisini sevimli, cana yakın bulmanın) veya örgütün amaçlarını, değerlerini, ideolojisini benimseme ile örgütün değerlerine saygı duymanın örgüt üyeliği için yeterli olmadığını, örgüte üye olma kastı ve iradesi sile hareket etmenin varlığının, hatta suç işlemek amacıyla kurulmuş örgüte üye olmak için "suç işleme amacı" saikinin tespitinin, örgütün amacını bilip örgüte katılma olarak sanığın ikrarının ve bazı örgüt mensupları ile görüşmesinin, örgütün hukuka aykırı yapısının ortaya çıktığı zamandan sonra da dini sohbetlerine katılmanın, örgüt yayınlarına abone olmanın, çocuklarını örgütle ilişkili okullarda okutmanın ise örgüt üyeliği için suçun yeterli maddi ve manevi unsurlarından görülmediği anlaşılmaktadır.*" Özetle Örgüte sadece sempati duymak, yada örgütün amaçlarını, değerlerini, ideolojisini benimsemek, buna ilişkin yayınları okumak, bulundurmak, örgüt liderine saygı duymak gibi eylemler, örgüt üyeliği için yeterli görülmemiştir.

23. HİÇ BİR YERDE MÜVEKKİLİN ÖRGÜT HİYERARŞİSİ İÇİNDE YER ALDIĞI, SOHBET TOPLANTILARINA KATILDIĞI VEYA HİMMET VERDİĞİ YÖNÜNDE BİR BEYAN YOKTUR. İSMİ HİÇ BİR FETÖ YAPILANMASI İÇİNDE GEÇMEMİŞ TİR. TERÖR ÖRGÜTÜNÜN MEDYA YAPILANMASINA DAHİL OLDUĞU

YÖNÜNDE İSMİ GEÇMEMEKTEDİR. Bütün bu veriler müvekkilin yasadışı silahlı örgüt üyesi olmanın gerektirdiği koşulları taşımadığını göstermektedir.

24. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 24.04.2017 tarihli 2017/16.MD-956-370 nolu kararında; FETÖ/PYD örgütünün 6 tabaka-kat şeklinde örgütlendiği açıklanmıştır. *İkinci Kat (Sadık Tabaka): Okul, dersane, yurt, banka, gazete, vakıf ve kurum görevlilerinden oluşan sadık gruptur. Bunlar örgüt sohbetlerine katılan, düzenli aidat ödeyen, az veya çok örgüt ideolojisini bilen kişilerdir.* denilmiş ve **bu kişilerin TCK 30.md. kapsamındaki hata hükmünden yararlanabileceği** açıklanmıştır. *Silahlı terör örgütüne üye olma suçunun doğrudan kastla işlenebildiği gözetilerek, hukuki zeminde faaliyet gösteren ve nihai amacını gizli tutması nedeniyle açıkça bilinmeyen yapılara dahil olan örgüt mensuplarından bir kısmının, oluşumun bir terör örgütü olduğunu bilmediklerini iddia etmeleri durumunda, TCK'nun 30. maddesinin birinci fıkrasında yer alan hata hükmü uyarınca değerlendirme yapmak gerekecektir. 30.md. 3 fıkra 5377 sayılı Kanunun 4. maddesi ile "İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz" biçimindeki dördüncü fıkra ile son halini almıştır. 4.maddede kişinin işlediği fiilden dolayı kusurlu ve sorumlu tutulabilmesi için, bu fiilin bir haksızlık oluşturduğunu bilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Buna göre fail, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu konusunda kaçınılmaz bir hataya düşmüşse, diğer bir ifadeyle, eyleminin hukuka aykırı olmadığı, haksızlık oluşturmadığı, meşru olduğu düşüncesiyle hareket etmişse ve bu yanlışlığı içinde bulunduğu şartlar bakımından kaçınılmaz nitelikte ise artık cezalandırılmayacaktır. Hatanın kaçınılmaz olduğunun belirlenmesinde, kişinin bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre şartları göz önünde bulundurulacaktır. Üçüncü ve dördüncü fıkraların uygulanması yönüyle kişinin kaçınılmaz bir hataya düşmesi şartı aranmakta olup, hatanın kaçınılabilir olması durumunda kişi kusurlu sayılacak, diğer bir ifadeyle fiilden dolayı sorumlu tutulacak, ancak bu hata temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınacaktır. Maddenin birinci fıkrasının gerekçesinde; "Kast, suçun kanuni tanımındaki maddî unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. Bu unsurlara ilişkin bilgisizlik, eksik veya yanlış bilgi sahibi olunması durumu ise, maddî unsurlarda hata olarak adlandırılır. Böyle bir hata kastın varlığına engel olur." denmiştir.*

25. Zaman gazetesi çalışanı olan müvekkilin başkaca somut örgütsel faaliyetleri tespit edilmediğinden ikinci kat içinde olduğu düşünülebilir. Müvekkil de böyle bir hataya düştüğünü ve pişman olduğunu belirtmiştir. 17/25 Aralık'tan sonra işsiz kalmamak ve ailesinin geçimini sağlamak için bu gazetede çalışmaktan başka seçeneğinin olmadığını, ama bugünden geriye baktığında ayrılmamakla hata ettiğini, çocuğunun okuduğu Yamanlar Kolejindeki bir öğretmenin basın bültenlerini göndermek için programı telefonuna kurduğunu, kendisinin de bu amaçla kullandığını, sakıncalı bir program olduğunu bilse kullanmayacağını, hatta kullandığı eski telefonunu oğluna vermeyeceğini söylemiştir. Tüm bunların dikkate alınarak müvekkil hakkında TCK. 30.md. hata hükmünün düşünülmemiş olunması bozmayı gerektirir. İlaveten müvekkilin eylemlerinin TCK 220/7 md. kapsamına girip girmediğinin tartışılmaması bozma gerekçesidir.

26. İlk Derece Mahkeme heyetinde bulunan sayın yargıç Çağdaş Topgül, Hazırlık soruşturması sırasında İzmir 4. Sulh Ceza Hakimi olarak 2016/4146 D.İş. nolu dosyada 31.10.2016 tarihinde müvekkilin tahliye talebinin reddi ile tutukluluğun devamına karar vermiştir. Sanık müvekkil, sayın yargıcın olayla ilgili bir ön yargıya sahip olduğu için kendi davasına bakarken tarafsız olamayacağı endişesi taşımaktadır. Bu endişe nedeni ile AİHM

kararları gereği adil yargılamadaki hakimin tarafsızlığı ilkesinin ihlal edildiğini belirtmektedir.

SONUÇ VE İSTEM :

1. Müvekkilin tutukluluk halinin kaldırılarak tahliyesine,
2. Açıklanan gerekçeler veya Mahkemenizin re'sen gözeceği gerekçelerle, usul ve yasaya aykırı İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 2.Ceza Dairesinin 2018/2332 Esas, 2018/1936 Karar nolu, 18.07.2018 tarihli kararın bozulmasına karar verilmesini vekaleten talep ederim.

09.08.2018.

Sanık Vahit Yazgan vekili
Av.Mehmet Nur Terzi